Revue de l'ERSUMA

Droit des Affaires - Pratique Professionnelle

NUMERO 04 - SEPTEMBRE 2014 *Version Electronique sur http://revue.ersuma.org*

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

Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature

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

Numéro 04 - Septembre 2014

DROIT DES AFFAIRES PRATIQUE

PROFESSIONNELLE

NUMERO 4

Septembre 2014

DIRECTEUR DE PUBLICATION

- **Dr. Félix ONANA ETOUNDI**, Magistrat, Enseignant-Chercheur HDR, DIRECTEUR GENERAL de l'ERSUMA

COMITE DE REDACTION

- **Dr. Gourouza Magagi ZEINABOU ABDOU**, Assistante, Faculté des Sciences Economiques et Juridiques, Université Abdou Moumouni de Niamey, Niger
- **Dr. Louis Jean Bedel TCHOUAMBIA TOMTOM**, Assistant à la FSJP de l'Université de Douala, Cameroun
- **Dr. Désiré GATCHOUP TCHINDA**, Assistante, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Yaoundé 2, Cameroun
- **Dr .Karel Osiris Coffi DOGUE**, (LL.D. Montréal), Chef des Services Etudes, Formations et Recherche, ERSUMA
- **Dr. Félix FANOU**, Université Cheick Anta Diop de Dakar, Sénégal
- **Dr. Marlize Elodie NGNIDJIO TSAPI**, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Yaoundé 2, Cameroun
- **Mohamadou BOYE**, Maître-Assistant Associé, Université Gaston Berger de Saint-Louis, Sénégal
- **Pr. Louis MARQUIS**, Avocat, Ecole de Technologie Supérieure, Montréal, Canada
- **Dr .Toussaint KWAMBAMBA BALA**, Professeur Associé à l'Université de Bandundu et à l'Université Catholique du Congo, Avocat
- **Dr. AKONO MINLO Ruben**, Enseignant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré, Cameroun
- **Dr. Robert ASSONTSA**, Chargé de Cours à la FSJP de l'Université de Dschang, Cameroun
- **Me Jérémie WAMBO**, Assistant-Juriste, CCJA

SECRETARIAT DE LA REVUE :

- **Dr. Karel Osiris Coffi DOGUE**, (LL.D. Montréal), Chef des Services Etudes, Formations et Recherche, ERSUMA
- **Ghislain OLORY-TOGBE**, (M.Sc.), Juriste de Recherche, ERSUMA

SOMMAIRE

Editorial ……09

Doctrine

1. La vente électronique dans les espaces UEMOA, CEDEAO et OHADA, par Dr Gourouza Magagi ZEINABOU ABDOU, …… **11**

2- **La poursuite des infractions pénales OHADA devant les juridictions d'instances camerounaises: où est passé le ministère public ? ,** par Louis Jean Bedel TCHOUAMBIA TOMTOM, …… **32**

3- **L'apport en industrie en droit OHADA : une nouvelle approche,** par Abel BILLONG BILLONG, …… **57**

4- **La titrisation dans l'espace UEMOA,** par Mouhamadou BOYE, …… **78**

5- **La problématique de la protection juridique des titulaires de cartes bancaires dans le traitement des réclamations dans l'espace UEMOA ,** par Coulibaly Mamadou KOUNVOLO, …… **109**

6- **Le délit d'initié dans les marchés boursiers de l'espace OHADA,** par Dr Désiré GATCHOUP TCHINDA, …… **133**

7- **Regard critique et pratique sur l'agent des sûretés de l'OHADA,** par Dr Karel Osiris Coffi DOGUE, (LL.D. Montréal), …… **159**

8- **La place du recours en cassation en droit communautaire OHADA »**, par Dr Félix FANOU, …… **181**

9**- Le statut de l'entreprenant dans l'AU.DCG. Révisé : entre le passé et l'avenir,** par Dr Michel GONOMY, …… **204**

10- **Les méthodes de cotation dans les marchés boursiers régionaux de l'Afrique subsaharienne : essai d'analyse juridique,** par Dr. Marlize Elodie NGNIDJIO TSAPI, …… **215**

11- **Médiation et OHADA,** par Ibii OTTO, …… **237**

12- **Analyse du statut de membre d'une société coopérative et ses implications juridiques au regard de l'acte uniforme de l'OHADA,** par Dr Alioune Badara THIAM…… ……**258**

Etudes

1- **L'inscription de faux douanière dans l'espace OHADA,** par Dr Beauclair NJOYA NKAMGA, ... **278**

2- **Découvrir et faire découvrir la frontière entre la prévention et le règlement des différends et le droit commercial international uniforme ,** par Pr. Louis MARQUIS, ... **295**

3- **Le ministère public et la mise en mouvement de l'action civile en droit de la propriété intellectuelle dans l'espace OHADA,** par Samuel Emmanuel NGO'O et Fabrice NGUELE MBALLA, ... **303**

4- **Le régime de l'insuffisance d'actif en droit OHADA des procédures collectives »**, par Hubert TSAGUE DONKENG, ... **317**

5- **La révision de l'AUDCG : ouverture à la dématérialisation et aux échanges électroniques sécurisés,** par Me Thierry PIETTE-COUDOL, ... **331**

6- **Les imprécisions du législateur de la République Démocratique du Congo dans la détermination de la juridiction compétente en matière de saisies dans la loi-organique n° 13/ 011-b du 11 avril 2013 »**, par Dr Toussaint KWAMBAMBA BALA, ... **354**

7- **Réflexions sur les droits de l'exploitant de mines en droit camerounais »**, par Dr AKONO MINLO Ruben, ... **362**

Législation et Jurisprudence

1- **Un mauvais bourgeon en droit camerounais du contentieux de l'exécution forcée : l'autorisation à assigner à bref délai (réflexions à partir de l'ordonnance N° 013/ce du 28 février 2011 rendue par la Cour d'Appel du Littoral dans l'affaire Dame MBENDE Claire c/ société africaine d'assurance et de réassurance (SAAR))** , par Dr Robert ASSONTSA, ... **382**

2- **Premières applications de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en République Démocratique du Congo : cas des tribunaux de commerce de la ville –province de Kinshasa,** par Mme Marie KITETE LOSAMBA, ... **397**

3- **« Les entreprises publiques congolaises (RDC) transformées en sociétés commerciales à l'épreuve de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique »,** par Gilbert TONDUANGU KONGOLO, ... **418**

4- **Bref aperçu du règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA tel que modifié le 30 janvier 2014 à Ouagadougou,** par Me Jérémie WAMBO, …….. **437**

EDITORIAL

La Revue de l'ERSUMA : une référence académique et une autorité scientifique plus que confirmées !

La Revue de l'ERSUMA confirme sa notoriété académique et son autorité scientifique avec sa régulière parution, le nombre élevé, la qualité et la diversité de ses articles. Cette cinquième parution (numéro 4) s'inspire de l'actualité OHADA et de la ligne de développement et de consolidation des activités de l'Organisation définie par le Conseil des Ministres, comme si les contributeurs s'en étaient inspirés.

En effet, le contenu se veut focalisé dans une première ligne directrice sur les révisions du Droit des sociétés commerciales et du GIE, du droit des sûretés, du droit commercial général et du règlement de procédure de la CCJA. Il propose ainsi au lecteur des articles sur le nouveau régime de l'apport en industrie, la titrisation, l'agent des sûretés, l'entreprenant, la vente et les échanges électroniques dématérialisés ainsi qu'un aperçu du nouveau règlement de procédure de la CCJA.

Dans une deuxième ligne directrice, des axes anciens, remis au goût de nouvelles problématiques ainsi que des thèmes de droit communautaire africain sont analysés. C'est ainsi que le lectorat pourra se satisfaire de trois articles différents portant sur le droit pénal des affaires, de deux autres sur le contentieux de l'exécution forcée ainsi que de deux contributions portant sur le délit d'initié et sur les méthodes de cotation boursière, toutes revisitées à la lumière des évolutions récentes des matières concernées.

Enfin, dans une troisième catégorisation, le sommaire de ce numéro permet de constater que la médiation et les autres modes de règlement des différends font l'objet de deux contributions inédites et sans doute utiles pour les spécialistes de la matière.

Il ne nous reste plus qu'à souhaiter, à nos lecteurs de parcourir ce numéro avec autant de plaisir que nous avons eu d'abnégation à finaliser sa conception et sa rédaction.

Le Directeur Général

Félix ONANA ETOUNDI

LA VENTE ELECTRONIQUE DANS LES ESPACES UEMOA, CEDEAO ET OHADA

Dr. GOUROUZA MAGAGI Zeinabou ABDOU

Assistante à la Faculté des Sciences Economiques et Juridiques

Université Abdou Moumouni de Niamey

INTRODUCTION

La vente[1] est le contrat par lequel, une personne, « le vendeur », s'engage à transférer la propriété de biens déterminés à une autre personne, « l'acheteur », qui, en échange, s'engage à payer le prix convenu[2]. Cette définition de la vente est large et rejoint celle retenue par la Convention de Vienne du 11 avril 1980 (CVIM)[3] selon laquelle « *ni la nationalité des parties ni le caractère civil ou commercial des parties au contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention* »[4]. L'Acte Uniforme de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA)[5] sur le droit commercial général[6] qui n'exclut pas l'application du droit

---

1 La présente étude ne traite que de la vente des choses mobilières, corporelles ou incorporelles. La vente internationale immobilière est régie le plus souvent par des règles particulières qui prennent en comptent la spécificité de la vente immobilière, mais aussi les dispositions du droit substantiel de l'Etat sur le territoire duquel l'immeuble est établi.

2 Cette définition de la vente est déduite des droits et obligations décrites par le code civil (V. art. 1582 du code civil nigérien), par l'Acte Uniforme OHADA portant sur le droit commercial général et par la Convention sur la Vente Internationale de Marchandises (CVIM) de 1980 de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI). A noter que la CNUDCI a été créée le 17 décembre 1966 par l'Assemblée générales des Nations Unies lors de sa 21ème session par sa résolution n°2205. Elle encourage l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international. Et l'AUDCG s'est inspiré de la CVIM ; ce qui explique l'exclusion de la vente aux consommateurs, de services et de certains types de marchandises par les deux Traités. Sur l'influence de la CVIM sur l'uniformisation du droit en Afrique V. dans ce sens Alain Fénéon, "L'influence de la CVIM sur le nouveau droit africain de la vente commerciale », Penant 853.

3 De nombreux pays africains ne sont pas signataires de cette Convention. Les Etats africains l'ayant ratifié sont le Bénin, le Gabon, le Libéria, la Mauritanie, l'Ouganda et la Zambie.

4 Cf. art. 1-3 de la Convention de Vienne. Celle-ci ne s'applique qu'aux seules ventes de marchandises lorsque les parties sont établies sur le territoire d'Etats différents ; à l'exclusion notamment, des contrats de fourniture de marchandises à fabriquer ou à produire lorsque l'acheteur produit une part essentielle des éléments, les contrats complexes associant une prestation de service à l'obligation pour le vendeur, les ventes sur saisie par autorité de justice ou aux enchères.

5 Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. 17 Etats africains sont parties au Traité de l'OHADA : Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée Conakry, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, République Démocratique du Congo, Sénégal, Tchad. Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique a été signé à Port Louis le 17 octobre 1993, et révisé à Québec Le 17 octobre 2008.

6 L'AUDCG. Il a été adopté le 15 octobre 2010, il remplace et abroge l'acte uniforme du 17 avril 1997 portant sur le droit commercial général. Il comporte 307 articles repartis en cinq (5) livres. Consacrés respectivement au statut du commerçant (Livre I), au Registre du commerce et du crédit mobilier (Livre II), au bail commercial et au fonds de commerce (Livre III), aux intermédiaires de commerce (Livre IV) et enfin à la Vente commerciale (Livre V). Il faut relever qu'avant l'adoption de

commun, a adopté cependant une conception restrictive de la vente en limitant son champ d'application à « la vente commerciale ». En effet, l'article 234[7] de l'Acte Uniforme sur le droit commercial général (AUDCG) prévoit que les dispositions du Livre VIII ne s'appliquent qu'aux contrats de vente de marchandises[8] entre commerçants[9], personnes physiques ou morales. L'article 235 du même Acte uniforme exclut également du champ d'application du Livre VIII certaines catégories de vente notamment celles aux consommateurs[10], celles dans lesquelles de façon prépondérante, une partie fournit une main d'œuvre ou des services, les ventes aux enchères, les ventes sur saisies par autorité de justice, les ventes de valeurs mobilières, d'effets de commerce ou de monnaies, les mobilisations et autres opérations sur créances ou instruments financiers ; les ventes de navires, bateaux, aéroglisseurs et aéronefs et les ventes d'électricité[11].

Au niveau de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)[12] et de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO)[13], il n'existe pas de textes spécifiques sur la vente. C'est donc le droit commun contenu dans les codes civils[14] des Etats qui s'applique. Or il a été constaté que les ventes se font le plus souvent par des moyens électroniques. C'est la raison pour laquelle les législations africaines notamment, ont pris en compte cette nouvelle donne. Aussi, pour se conformer à l'ère

---

l'AUDCG, la plupart des Etats de l'Afrique de l'Ouest et de l'Afrique Centrale ne disposaient de dispositions spécifiques à la vente commerciale.

7 L'art. 234 correspond à l'ancien art. 202 de l'AUDCG.

8 Sur une abondante jurisprudence, voir notamment, l'arrêt de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire, arrêt n°57 du 06 févier 2003, Ohadata J-03- 233 ; TGI de Mfoundi, jugement civil n°246 du 4 mars 2002, Ohadata J-04-216 ; TGI, Dakar, jugement n°117 du 15 janv. 2002, Ohadata J-05-90.

9 Il peut s'agir selon cet article d'un commerçant, personne physique qui exerce les actes de commerce définis par l'article 3, à titre de profession habituelle, ou de personnes morales (sociétés commerciales) définies par l'article 6 de l'Acte Uniforme sur les Sociétés commerciales et les Groupements d'Intérêt Economique (AUSGIE).

10 Le consommateur est une personne qui agit, selon l'AUDCG, à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle. Il s'agit plus spécifiquement, selon l'art. 236-a) des « ventes de marchandises achetées pour un usage personnel, familial ou domestique à moins que le vendeur, à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat, n'ait pas su et n'est pas censé savoir que ces marchandises étaient achetées pour un tel usage ». Sur le consommateur, V. Civ. 24 janvier 1995, D. 1995, J., note Plaisant (G). Le consommateur est toute personne qui agit « en dehors de sa compétence professionnelle ».

11 Cf. art. 235 et 236 AUDCG.

12 L'UEMOA compte 8 Etats membres à savoir Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée Bissau (depuis le 2 mai 1997), Mali, Niger, Sénégal et Togo. Son Traité a été signé le 10 janvier 1994 et sa mission est de réaliser l'intégration économique des Etats membres, à travers notamment le renforcement de la compétitivité des activités économiques dans le cadre d'un marché ouvert et concurrentiel et d'un environnement juridique sécurisé et rationnel.

13 Actuellement, l'espace couvert par la CEDEAO s'étend sur 15 Etats membres: Bénin, Burkina Faso, Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée Bissau, Libéria, Mali, Niger, Nigeria, Sénégal, Sierra Léone, Togo. La Mauritanie a quitté la CEDEAO en 2010. Elle a été créée le 28 mai 1975 et est chargée de promouvoir la coopération et l'intégration avec pour objectif de créer une union économique et monétaire ouest-africaine. Tous les Etats membres de l'UEMOA sont également membres de la CEDEAO.

14 Au Niger par exemple, ce sont les dispositions des articles 1582 à 1701 du code civil qui traitent de la vente. Au Sénégal, la vente est régie par les art. 264 à 371du code des obligations civiles et commerciales, au Cameroun .Il faut souligner que dans la plupart des Etats d'expression française, le code civil applicable tire son essence du code civil français d'avant les indépendances, sous réserve des différentes modifications intervenues dans les législations de chaque Etat, à l'exception de la Guinée Equatoriale de tradition juridique hispanophone et de la Guinée Bissau de tradition juridique lusophone.

des Technologies de l'Information et de la Communication[15] et l'apparition de nouveaux modes de preuve, l'UEMOA, la CEDEAO et l'OHADA, ont adopté des nouvelles règles[16] visant à résoudre les difficultés soulevées à l'occasion des transactions commerciales conclues à distance : il s'agit du commerce électronique[17] communément e-commerce.. Ce dernier se définit comme « *l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure, à distance et par voie électronique, la fourniture de biens et la prestation de services* »[18]. En effet, ces trois institutions, l'une sous-régionale, et les deux autres à vocation régionale, distinctes du point de vue de leurs missions[19], ont dû incorporer le support électronique dans leur environnement juridique alors même que l'accès à internet est encore très limité dans certains membres pays dont les populations, dans leur grande majorité, sont fortement analphabètes.

En réponse à l'amélioration et à la performance des moyens techniques, l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) a adopté un dispositif juridique[20] relatif à la sécurisation des paiements électroniques par la reconnaissance dans la zone de prédilection la preuve électronique. A travers notamment le Règlement n°15/2002/CM/UEMOA[21] relatif au système de paiement dans les Etats membres de l'UEMOA qui constitue un des volets essentiels de l'action de l'UEMOA pour adapter la législation des Etats aux nouveaux enjeux de la mondialisation et au développement du commerce électronique.

Au niveau de la CEDEAO, le cadre juridique des transactions commerciales repose sur l'Acte additionnel A/SA.SA.2/01/10 du 16 février 2010 portant transactions électroniques[22]. Ce texte vise à créer un cadre harmonisé par la réglementation des transactions électroniques et reconnait en conséquence la valeur probatoire de l'écrit

---

15 TIC. Les échanges, les transactions se font le plus souvent par des moyens électroniques. C'est la raison pour laquelle les différentes législations, africaines notamment, ont pris en compte cette réalité nouvelle.

16 Des dispositions similaires existent en France et ont été introduites dans la législation nationale par la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique. Ces dispositions ont modifié les articles 1315 et suivants du Code civil.

17 Le e-commerce a fait un chiffre d'affaires de 320 milliards d'euros en 2011. Voir Ch. FERAL-SCHUHL, *Cyberdroit, Le droit à l'épreuve de l'Internet*, Dalloz, 5e édition, 2008, p. 245.

18 17 L'art. 8 de la loi sénégalaise n° 2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électroniques retient d'ailleurs la même définition du commerce électronique.

19 La principale mission assignée à l'UEMOA est l'intégration économique et monétaire, celle de la CEDEAO est la promotion de la coopération et de l'intégration et l'OHADA vise surtout et avant tout la sécurisation des transactions commerciales dans l'espace commun harmonisé et unifié.

20 L'adoption de ce cadre juridique a été faite avec l'initiative de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO) de l'UEMOA dans le cadre de son Programme de modernisation des systèmes de paiement. Soulignons au passage que l'émission de la monnaie unique de l'Union est confiée à la BCEAO. Elle assure entre autres missions, la surveillance du bon fonctionnement des systèmes de paiement de la zone UEMOA et dispose à ce titre d'un pouvoir réglementaire, de gestion et de contrôles desdits systèmes.

21 Ce règlement vient remplacer la loi uniforme de 1995 relative à l'harmonisation de la réglementation bancaire dans les pays membres de l'UEMOA. Mais cette loi n'a pas pris en compte les progrès technologiques intervenus dans les systèmes de paiement.

22 Le Préambule de l'Acte Additionnel de la CEDEAO précise que les transactions électroniques sont en plein développement et portent notamment sur la vente (cf. paragraphe 9 dudit Préambule).

électronique. Il s'applique à toute transaction de quelque nature que ce soit, prenant la forme d'un message électronique.

Au Niveau de l'OHADA, c'est le nouvel Acte uniforme OHADA[23] adopté à Lomé le 15 décembre 2010 qui introduit le chantier de la signature électronique dans le cadre de l'informatisation du Registre du Commerce et du Crédit mobilier (RCCM)[24]. *« L'amélioration du texte relatif au droit commercial (AUDCG) vise au renforcement de la sécurité juridique et judiciaire dans l'exécution des contrats commerciaux »*[25]. Les mesures ainsi adoptées doivent permettre la modernisation et l'informatisation du RCCM et à terme inciter les opérateurs économiques à s'informer en temps réel et de façon fiable sur leurs potentiels partenaires ou sur les garanties offertes par leurs débiteurs de la sous-région.

Les règles minimales ainsi adoptées dans les différents espaces (UEMOA, CEDEAO et l'OHADA[26]) prennent en compte à la fois les modes contemporains de conclusion des contrats, et leur dimension internationale tout en facilitant aux ressortissants de leurs Etats membres la conclusion des contrats notamment de vente électronique. Le *commerce électronique « constitue une nouvelle technique de vente plus qu'un contrat de distributions de biens ou de prestations de service. Il se caractérise par trois mots : l'immatérialité, l'interactivité et l'internationalité »* [27], en intégrant les normes internationales qui ignorent les frontières.

Parmi les contrats de vente électronique, nous nous intéresserons ici aux seuls contrats internationaux[28], car le problème de la détermination de la loi applicable ne se pose guère dans un contrat interne qui relève impérativement du droit national[29]. Or un contrat est international[30] (par nature) dès lors qu'il transcende les frontières et les distances entre les personnes.

---

23 Les dispositions relatives aux moyens technologiques constituent l'une des innovations majeures intégrées dans l'Acte Uniforme OHADA relatif au droit commercial général.

24 S'agissant du Registre de Commerce et du Crédit Mobilier, chaque Etat Partie dispose d'un RCCM ou de plusieurs et chaque Etat Partie dispose d'un *Fichier National* où sont centralisés les dossiers reçus par le(s) RCCM et le *Fichier Régional* est situé au niveau fédéral de l'OHADA à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) d'Abidjan.

25 Thierry Piette- Coudol, Révision de l'AUDCG : ouverture à la dématérialisation et aux échanges électroniques sécurisés, op. cit. p. 2, article publié sur internet, avril 2011.

26 Voir sur ce sujet Justine Diffo Tchunkam, Droit des activités économiques et du commerce électronique – L'esprit du droit commercial général issu de la réforme du 15 décembre 2010, p. 65 -66.

27 Philippe Le Tourneau, Contrats informatiques et électroniques, D., 3ème éd., 2004, op. cit., p.281

28 Le contrat international est celui qui présente lui-même et directement un élément de rattachement avec l'étranger. Il s'agit selon la jurisprudence de celui qui se caractérise par un mouvement de « flux et de reflux », de valeurs, de services ou de biens au travers des frontières ou par le fait qu'il se rattache à des normes juridiques émanant de plusieurs Etats. Elle a admis aussi un critère souple selon lequel le contrat international est celui qui porte sur une opération qui « met en jeu les intérêts du commerce international ».

29 Voir à ce propos, C. Kessedjian, « les dangers liés à un mauvais choix du droit applicable », RIDC 1995, n°2, p. 373 ; « commerce électronique et compétence juridictionnelle », Conférence de la Haye de droit international privé, Rapport des travaux, Ottawa, doc. Pré. n°12, août 2000 ; consultable sur www.hcch.net/f/conventions.

30 Sur le caractère international d'une vente, V. Bernard JADAUD et Robert PLAISANT, *Droit du commerce international*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 1990, p.92 ; V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Paris, LGDJ, 2000, p. 27.

Le choix du contrat de vente électronique[31] se justifie pour la simple raison que le commerce électronique se fait en général par la vente. En plus que, le « *contrat étant la technique privilégiée de tout échange économique, la rencontre du contrat et du commerce étant inévitable* »[32]. Mais ce type de commerce est effectué par le vecteur (indirect et immatériel) des technologies de l'information et de la communication de l'internet.

Le cadre juridique prévoyant l'utilisation du numérique dans les échanges et les procédures commerciaux dans les espaces UEOMA, CEDEAO et OHADA, se limite respectivement au Règlement de l'UEMOA sur le système de paiement dans les Etats membres de l'espace, à l'Acte Additionnel /SA.SA.2/01/10 du 16 février 2010 portant transactions électroniques dans l'espace de la CEDEAO et à l'AUDCG en attendant l'adoption de l'Acte Uniforme OHADA sur le droit des contrats[33]. Néanmoins , certains Etats parties à ces différents traités ont prévus à un niveau purement local des textes applicables aux activités et au commerce électronique. C'est le cas du Sénégal, du Cameroun et du Burkina-Faso qui ont adopté une législation spécifique en la matière : Loi sénégalaise n°2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électronique ; Loi n°2010/21 du 21 décembre 2010 régissant le commerce électronique au Cameroun et la Loi n° 045-2009portant réglementation des services et des transactions électronique au Burkina Faso.

L'Acte Additionnel de la CEDEAO et le Règlement de l'UEMOA ont prévu expressément l'utilisation de la voie électronique pour conclure des transactions. Mais l'AUDCG/OHADA ne prévoit l'utilisation des procédures électroniques que dans le cadre de l'information du Registre du Commerce et du Crédit mobilier notamment pour les demandes ou formalités prévues par ledit Acte Uniforme ou par tout autre Acte Uniforme ou par toute autre règlementation. « *Ces demandes ou formalités peuvent être effectuées par voie électronique dès lors qu'elles peuvent être transmises et reçues par cette voie par leurs destinataires* » [34]. Il s'agit là d'une « *dématérialisation prudente des opérations et des procédures* »[35]. L'AUDCG n'a pas précisé de façon expresse l'utilisation de la voie électronique pour conclure une vente commerciale, mais son art. 240 prévoit implicitement cette possibilité en disposant que « *le contrat de vente commerciale peut être écrit ou verbal ; il n'est soumis à aucune condition de forme. Il peut être prouvé par tout moyen* ». Aux termes de cette disposition, l'écrit doit s'entendre de « *toute communication utilisant un support écrit, y compris le télégramme, le télex ou la télécopie »*[36], et pourquoi pas l'internet. S'agissant d'une vente commerciale conclue sur support papier ou support électronique, dans un Etat membre de l'OHADA, les

---

31 La vente électronique n'est pas le seul type de contrat qui se réalise à distance ; il y a aussi des formules anciennes de contrats à distance notamment le contrat par correspondance, par téléphone, par télécopie ou par minitel (qui commence à disparaitre). V. Philippe Le Tourneau, contrats informatiques et électroniques, D., 3ème éd., 2004, p. 279 -28

32 Justine Diffo Tchunkam, op. cit. 67

33 Projet d'Acte uniforme relatif au droit des contrats.

34 Cf. art. 79 AUDCG. L'alinéa 2 dudit article prévoit par contre les échanges ou transmissions électroniques faisant l'objet de législations particulières sont exclues du champ d'application du Livre V de l'AUDCG.

35 Justine Diffo Tchunkam, Actualité et perspective du droit OHADA,

36 Ndiaw Diouf, La vente commerciale, communication présentée lors de la formation continue des magistrats, ERSUMA.

dispositions du Livre VIII portant sur la vente commerciale[37] peuvent trouver application.

Le contrat de vente électronique soulève toutefois certaines difficultés juridiques, dont entre autres question relative aux conditions de formation et de validité de la vente électronique dans le débat judiciaire[38] à la lumière de la multiplicité et de la diversité des textes -régionaux et sous régionaux[39] - (I), mais aussi la question de la détermination de la loi applicable au dit contrat quand on sait que les règles de droit international privé le régime applicable aux conflits de loi ont été conçues pour un monde physique et non dématérialisé (II).

I. LES CONDITIONS SPECIFIQUES DE FORMATION ET DE VALIDITE DE LA VENTE ELECTRONIQUE DANS LES ESPACES UEMOA, CEDEAO ET OHADA

Quel est le champ d'application des textes différents textes ? L'article 2 de l'Acte Additionnel de la CEDEAO, prévoit que ce dernier *« … s'applique notamment à toute transaction électronique de quelque nature qu'elle soit, prenant la forme d'un message électronique* ». Le champ d'application de l'Acte Additionnel est vaste et couvre toute transaction électronique, qu'elle soit commerciale ou non, à l'exception des actes visés à l'article 3 dudit acte[40].

Quant à l'AUDCG, il s'applique à « *toute vente commerciale conclue par quel que soit la forme et pouvant être prouvé par tout moyen* »[41].

Enfin, concernant celui du Règlement de l'UEMOA, il ne vise que certains « participants » déterminés et certaines « opérations », en l'occurrence les transactions bancaires et financières et les systèmes de paiement[42]. Si ce Règlement s'applique aux transactions bancaires conclues par certains participants, il s'applique alors au contrat de vente électronique. Le champ d'application de ce texte est donc limité aux opérations de banque et aux systèmes de paiement. Dès lors, la question de la valeur

---

37 A noter que les dispositions de l'Acte uniforme sur la vente commerciale ont un caractère supplétif à l'exception des articles 235 et 236. Les parties peuvent donc en écarter l'application par convention contraire. En plus, ces dispositions doivent être combinées avec les usages de la profession commerciale.

38 La question de l'admissibilité et de la recevabilité de la preuve électronique a été réglée par plusieurs législations nationales (Loi sénégalaise n°2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions commerciales, sous régionales (UEMOA), régionales (OHADA et CEDEAO). Sur l'admissibilité de la preuve par la Cour de Cassation française voir nnotamment Voir aussi, les développements d'Abdouramane Ouattara, la preuve électronique – Etude de droit comparé Afrique, Europe, Canada, p. 42- 43

39 Sur la question de la multiplication des organisations en charge de l'intégration économique voir notamment, Saïdou Nourou Tall, La CEDEAO et L'UEMOA : concurrence ou complémentaire ?; Nouvelles Annales africaines, N°1,

40 L'article 3 de l'Acte Additionnel de la CEDEAO du 16 février 2010 exclut de son champ d'application, « les jeux d'argent, même sous forme de paris, de loterie légalement autorisés ; les activités de représentation et d'assistance en justice et les activités exercées par les notaires ».

41 CF. art. 240 AUDCG.

42 Selon l'article 17 dudit Règlement *« Les dispositions du présent titre s'appliquent à toute information, de quelque nature qu'elle soit, prenant la forme d'un message de données utilisé dans les transactions bancaires et financières et dans tous les systèmes de paiement* ».

juridique du contrat électronique ne peut se soulever que dans le cadre d'un litige généré par les systèmes de paiement. Cette limite n'entrave en aucune façon les répercussions significatives qu'une telle admission peut avoir sur le droit de la preuve et sur le contrat de vente conclu par voie électronique. En effet, l'admission d'une règlementation stricte relative aux échanges électroniques et plus spécifiquement à la vente électronique permet de régler plusieurs problèmes, notamment ceux de la preuve de la vente avec le recours à des procédés techniques complexes tels que l'écrit électronique couplé à la signature électronique[43] ou le certificat électronique.

En effet, les ventes à distance « *présentent des particularités certaines par rapport aux activités commerciales classiques se déroulant dans l'univers analogique. Son originalité réside, surtout, dans la suppression des distances géographiques et la réduction du temps grâce à la dématérialisation des supports* »[44] : l'instantanéité, l'immatérialité et l'internationalité[45] sont donc les traits caractéristiques de la vente électronique.

Parlant de l'immatérialité, la vente électronique supprime les distances géographiques, elle offre notamment « *la possibilité aux consommateurs de faire une commande sans déplacement et un choix de produits disponibles 24/24* »[46].

La transnationalité du processus contractuel et la pluralité d'intermédiaires techniques constituent également des caractéristiques propres[47] à la vente électronique. Et ce caractère transnational se rattache au commerce international et donc à la vente internationale[48].

Pour concilier le développement d'un commerce électronique fiable et le renforcement de la sécurité des transactions commerciales, l'UEMOA, la CEDEAO et l'OHADA ont adopté des dispositions spécifiques qui peuvent s'appliquer au contrat de vente pour assurer la protection du consommateur (en ligne) et celle du commerçant (pour ce qui concerne les dispositions de l'AUDCG). En général, ce sont les dispositions de droit commun qui s'appliquent. La particularité de la vente à distance ipso facto induit à l'adoption et à l'application des dispositifs spécifiques propres à celle-ci.

---

43 La signature électronique est un mécanisme technique créé par les professionnels de la sécurité informatique : il s'agit de la "signature numérique" qui est toujours appliqué à des fins purement techniques.

44 Papa Assane Touré, « *L'encadrement juridique des transactions électroniques* », communication présentée lors de la Formation délocalisée des magistrats de la zone Afrique Centrale, in *Thème :* Le droit des technologies de l'information et de la communication et la cybercriminalité, ERSUMA.

45 V. Philippe Le Tourneau, la vente « en ligne » et le commerce électronique, ouvrage précité.

46 Papa Assane Touré, op. cit., p. 3

47 Parlant de ces caractéristiques, V. Papa Assane Touré, article précité.

48 A noter que la vente ne prend pas le caractère international du seul fait que les deux parties au contrat sont des ressortissants de deux pays différents ou par le fait que le prix payé franchit ou est appelé à franchir une frontière, mais plutôt dans les cas suivants définis par la Loi uniforme sur la vente internationale : « - *lorsque les deux parties ont leurs domiciles commerciaux respectifs dans deux pays différents ; - lorsque la marchandise est transportée d'un Etat à un autre ; - lorsque l'offre et l'acceptation ont été accomplies sur le territoire d'Etats différents ; et enfin - lorsque la délivrance de la marchandise se réalise sur le territoire d'un Etat autre que celui de l'offre et de l'acceptation ».*

L'AUDCG et l'Acte Additionnel de la CEDEAO ont prévu très peu de conditions particulières de fond. Ce sont donc les règles de droit commun qui s'appliquent à cet égard.

Les textes communautaires renvoient la question des conditions de formation et de validité du contrat de vente électronique aux dispositions de droit commun en la matière en y ajoutant toutefois quelques spécificités (A). Ils précisent en revanche des nouvelles conditions sécuritaires (B)

A : Les conditions de formation et de validité de la vente électronique

Soulignons au passage que le Règlement N° 15/2002/CM/UEMOA ne et l'AUDCG ne prévoient pas de règles particulières de validité du contrat. Ici s'applique donc le droit commun.

La formation de la vente électronique suppose avant tout le respect des conditions de formation posées par le droit commun. Ainsi, la vente électronique se forme par la rencontre de l'offre et de l'acceptation. Mais ici, l'offre et l'acceptation présentent certaines particularités : il s'agit d'une offre électronique[49], suivie d'une acceptation électronique (art. 19).

L'offre électronique est à l'instar de la vente traditionnelle, une proposition de contracter précisant les éléments du contrat mais accompagnée de conditions contractuelles assurant la traçabilité du contrat projeté. L'offrant doit mettre à la disposition de la clientèle les conditions contractuelles applicables, notamment les étapes à suivre pour conclure le contrat de vente, les moyens qui permettent à l'utilisateur d'identifier les erreurs éventuelles commises dans la saisie avant la conclusion du contrat. S'il s'agit d'un consommateur, la mise à disposition par voie électronique de ces informations suppose, avant tout que ce dernier ait accepté l'usage de ce procédé (art. 16 et 18 de l'Acte Additionnel de la CEDEAO). Toutefois, lorsque ces informations sont communiquées à un professionnel, son consentement à l'usage de la voie électronique n'est pas requis ; il suffit juste qu'il ait communiqué son adresse professionnelle pour qu'elles puissent lui être communiquées (art. 17 de l'Acte Additionnel de la CEDEAO). L'offre de vente doit notamment comporter la chose et le prix. C'est là une condition sine qua non de validité de toute vente fusse-t-elle électronique[50].

---

[49] Cf articles 10 et 18 de l'Acte Additionnel de la CEDEAO et 243 de l'AUDCG. Voir également sur ce sujet, Justine Diffo Tchunkam, droit des activités économiques et du commerce électronique, l'Harmattan, p. 68 à 71.

[50] C'est le sens de l'article 2/2 du projet d'Acte Uniforme sur le droit des contrats : une proposition de conclure un contrat constitue une offre si elle est suffisamment précise et si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation.

Enfin, l'offre prend fin, soit à l'initiative de l'offrant soit à l'initiative du destinataire : on parlera alors de révocation[51] ou de rejet[52] selon le cas.

L'acceptation[53] électronique est quant à elle, l'intention définitive du destinataire de conclure le contrat aux conditions de l'offre électronique. Elle consiste donc à agrée une offre de manière pure et simple. C'est le sens de l'art. 19 Acte Additionnel qui précise « pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande notamment du prix avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation ». C'est aussi le sens de l'art. 243 de l'AUDCG[54].

Si dans la vente traditionnelle, les modalités de l'acceptation sont diverses (acte d'exécution, acquiescement exprès, silence circonstancié), il faut souligner que dans la vente électronique, les textes prévoient des mesures permettant de garantir la portée de son acceptation notamment par la vérification de sa commande et son acceptation qui s'effectue, en général, par le système de « double clic ». Le premier clic donne la possibilité de relecture et d'amendement de la commande après une première approbation et le second clic constitue l'acceptation au sens juridique[55]. Dans le même sens, la loi-type[56] de la Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce électronique (CNUDCI) confirme, par exemple, que le fait de cliquer sur le bouton « j'accepte » constitue une forme valable de consentement. Elle ajoute au surplus, qu' *« à moins que les parties n'en décident autrement, l'acceptation d'une offre peut être exprimée électroniquement*». En effet, la volonté d'une personne d'accepter l'offre de contracter que lui fait une autre personne réalise l'échange des consentements. Cependant, toute la problématique consiste à savoir si le simple « clic » vaut acceptation au regard des conséquences juridiques certaines qui s'y attachent?

Il est aujourd'hui admis que le « cliquage » sur un bouton d'acceptation présenté sur une page web commerciale est, à lui seul, suffisant pour exprimer réellement l'intention de l'internaute à accepter des termes essentiels du contrat qui lui sont proposés[57]. Et Pourtant la mise en action du bouton d'acceptation entraîne la

---

51 La révocation intervient à l'initiative de l'auteur de l'offre après l'expiration du terme prévu. S'il se rétracte avant, il engage sa responsabilité. Si un délai n'a pas été fixé, alors l'offre doit être maintenue pendant un délai raisonnable, auquel cas l'offrant engage là aussi sa responsabilité.

52 Le rejet intervient à l'initiative du destinataire de l'offre.

53 A noter que le silence ou l'inaction ne peuvent à eux seuls valoir acceptation, « dans la mesure où tout contrat se conclut, soit par acceptation expresse d'une offre, soit par un comportement clair et univoque des parties qui indique suffisamment leur accord ». Voir art. 243 al. AUDCG.

54 L'art. 243/AUDCG dispose : « *L'offre doit être acceptée dans le délai stipulé par l'auteur de l'offre ou, à défaut d'une telle stipulation, dans un délai raisonnable, compte tenu des circonstances, notamment de la rapidité des moyens de communication utilisés par l'auteur de l'offre. Une offre verbale doit être acceptée immédiatement, à moins que les circonstances n'indiquent le contraire.Constitue une acceptation, toute déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre. Le silence ou l'inaction ne peut à lui seul valoir acceptation* ».

55 L'utilisation de l'Internet a développé la pratique de manifester son acceptation par un « clic » de souris sur une icône intitulée « ok » ou « valider ».

56

57 Lionel THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », consultable sur le site www. juriscom.net, 15 mai 1999, p.18.

transmission d'informations numériques qui seront reconnues par un logiciel, lequel les convertira en informations intelligibles pour le commerçant destiné à les recevoir.

Les textes prévoient, en outre, l'acceptation préalable par le cocontractant de l'usage de la voie électronique[58]. S'il s'agit d'un professionnel, ces informations, il faut le rappeler, peuvent lui être adressées par voie électronique dès lors qu'il a communiqué son adresse professionnelle électronique[59].

Il ne suffit donc pas que le contrat de vente soit formé, encore faut-il qu'il soit valide. Ainsi, pour être valable, le contrat doit remplir certaines conditions de fond[60], lesquelles sont relatives à la détermination du prix et de la chose, objet de la vente.

Sur la question de la détermination du prix et de la chose, si le contrat est conclu sur un Etat membre de l'UEMOA ou de la CEDEAO, il faut se référer au droit commun (c'est-à-dire aux dispositions contenues dans le code civil de l'Etat dans lequel le contrat est formé). L'Acte Additionnel précise toutefois que « *toute personne physique ou morale qui exerce une activité entrant dans le champ d'application du présent Acte Additionnel doit, même en l'absence d'offre de contrat, dès lors qu'elle mentionne un prix, indiquer celui-ci de manière claire et non ambiguë, et notamment si les taxes et frais de livraison sont inclus* »[61]. En revanche, s'il est formé dans un Etat partie à l'OHADA, ce sont les dispositions de l'AUDCG qui s'appliquent et lesquelles prévoient qu'une proposition de conclure un contrat ne produit d'effet qu'à la condition d'être suffisamment claire et précise et d'indiquer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation »[62]. Et pour que la proposition soit considérée comme précise, elle doit déterminer la quantité et le prix ou donner les indications qui permettent de les déterminer[63].

Parlant enfin de la détermination de la chose, les articles 10 de l'Acte Additionnel[64] et 241 alinéa 2 de l'AUDCG[65] en font une condition spécifique de validité de l'offre.

Enfin, la vérification est aussi une condition de validité de l'offre électronique ; c'est la portée de l'art. 19 de l'Acte Additionnel de la CEDEAO selon lequel « *pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de*

---

58 Cf article 16 de l'Acte Additionnel de la CEDEAO « les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par voie électronique si leur destinataire accepte l'usage de ce procédé ».

59 Cf. art. 17 Acte Additionnel de la CEDEAO.

60 Les conditions de fond sont les seules à être respectées puisqu'aucune condition de forme n'est prévue.

61 Cf. art. 5 de l'Acte Additionnel de la CEDEAO du 16 février 2010.

62 Cf. alinéa 3 de l'article 241 AUDCG.

63 C'est le sens de l'alinéa 2 de l'art. 241(ancien art. 210) « Une offre est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne les indications permettant de les déterminer ».

64 Aux termes de l'art. 10 Acte Additionnel, les conditions auxquelles sont soumises la possibilité de bénéficier d'offres promotionnelles ainsi que celle de participer à des concours ou à des jeux promotionnels, lorsque ces offres, concours ou jeux sont proposés par voie électronique, doivent être clairement précisées et aisément accessibles.

65 L'alinéa 2 de l'art. 241 précise qu' « *une offre est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne les indications permettant de les déterminer* ». Comp. art. 33 c. civ. du Niger.

vérifier le détail de sa commande notamment du prix avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation ».

Il convient également de mentionner qu'une fois le contrat conclu, il a la même valeur juridique qu'une vente faite entre personnes physiques et sur support papier. Il peut donc servir de preuve en cas d'inexécution de son obligation par une des parties contractantes. La preuve ne se confond plus avec la preuve sur support papier car les textes de l'UEMOA, de la CEDEAO et de l'OHADA mettent fin à cette confusion. Et selon le Règlement de l'UEMOA, « *l'écrit sous forme électronique est admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier et a la même force probante que celui-ci sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établit et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* »[66]. C'est aussi le sens de l'article 30 de l'Acte Additionnel de la CEDEAO, de l'art. 19 du Règlement de l'UEMOA et des articles 79 à 82 de l'AUDCG. Ils mettent en place des procédés de « preuves électroniques » à savoir *l'écrit électronique* et la *signature électronique*[67], ainsi que le certificat *électronique*[68] qui permet d'authentifier le signataire du document électronique.

A cet effet, l'article 18 du Règlement de l'UEMOA définit l'écrit[69] en y incluant tous les modes et supports d'expression de la pensée, y compris l'écrit électronique. Et l'article suivant (19) du même Règlement donne la valeur probatoire de l'écrit sur support papier à l'écrit électronique. Cet article admet non seulement l'écrit électronique à titre de preuve, il lui confère en outre une valeur probatoire équivalente à l'écrit traditionnel. L'article 22 du Règlement de l'UEMOA précité, ajoute qu'« *une signature électronique*[70] *ne peut être déclarée irrecevable au seul motif qu'elle se présente sous forme électronique …la signature sécurisée liée à un certificat électronique qualifié a la même force probante que la signature manuscrite* ». Mais « l'art. 83 de

---

66 Cf. article 19 du Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA.

67 Selon le Règlement de l'UEMOA, la signature électronique est une donnée qui résulte de l'usage d'un procédé répondant aux conditions définies à l'article 23 du dit Règlement. Or l'article 23 du Règlement n°15/2002/CM/UEMOA prévoit qu'« un dispositif de création de signature électronique ne peut être considéré comme sécurisé que s'il satisfait aux exigences définies à l'alinéa 2… ».

68 Le Règlement de l'UEMOA définit le certificat électronique comme un document sous forme électronique attestant du lien entre les données de vérification de signature électronique et un signataire. Quant à l'AUDCG, son art. 84 le définit comme « … *une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne* ».

69 Aux termes de l'article 18 du Règlement de l'UEMOA, l'écrit s'entend « d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient le support et les modalités de transmission ».

70 La signature électronique existe déjà depuis plusieurs années au niveau international. Les juristes se sont en effet emparés d'un instrument technique créé par les professionnels de la sécurité informatique et appelé "signature numérique". Cette dernière est toujours en utilisation à des fins purement techniques. En revanche, la signature électronique voit ses paramètres techniques encadrés et limités par le Droit pour en faire un instrument juridique. Les juristes de l'American Bar Association aux Etats-Unis ont été les premiers à se lancer dans l'aventure. Leurs travaux ont ensuite été portés à la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) qui a publié en 2001 une "Loi type de la CNUDCI pour les signatures électroniques". La Loi type a été adoptée par diverses organisations régionales.

l'AUDCG/OHADA va plus loin, puisqu'il prévoit que « *la signature électronique est la marque du consentement du signataire au contenu de l'acte signé* »[71].

Mais il ne suffit pas que le contrat de vente électronique soit formé, il faut en plus que d'autres conditions supplémentaires qui s'attachent à la spécificité même du contrat électronique soient remplies pour qu'il puisse être valable.

B : Les conditions sécuritaires de la vente électronique

En effet, la validité d'un contrat électronique et son assimilation à la vente traditionnelle exigent le recours à des procédés techniques[72] (souvent complexes) permettant de construire « une architecture de confiance » et de garantir notamment l'identification et l'intégrité de l'auteur de la signature électronique. « Identification » et "intégrité" sont donc les conditions sécuritaires de validité de la vente électronique[73]. On peut même y ajouter une 3ème condition sécuritaire à savoir la documentation[74].

1 – L'identification de l'auteur

Pour des raisons de sécurité juridique, il est important que les auteurs d'une vente électronique - dématérialisée ou numérisée - puissent être identifiés. En effet, si dans la vente traditionnelle, cette identification se réalise par l'apposition de la signature manuscrite du vendeur et de l'acheteur, le commerce électronique a fait apparaître un autre procédé d'identification nommé généralement « signature électronique[75] ». L'identification se présente dès lors comme une validité du contrat de vente électronique. Il s'agit d'une exigence principale de sécurité et de validité soulignée par les textes communautaires[76] et rappelée dans plusieurs décisions de justice. Les juges ont notamment eu à décider de la possibilité d'identifier l'auteur d'un e-mail grâce aux

---

71 Thierry Piette-Coudol, op. Cit. p. 4. L'art. 83dispose en effet « *La signature électronique qualifiée est appliquée à un document et permet d'identifier le signataire et de manifester son consentement aux obligations qui découlent de l'acte* ».

72 Il s'agit notamment de la cryptographie à clé asymétrique/ symétrique (Cf. art. 84 AUDCG et art. 27, paragraphe 6 du Règlement de l'UEMOA).

73 Cass. Civ. 2, 4 décembre 2008. Dans cet arrêt, la cour de cassation a rappelé dans cet arrêt que « *l'écrit électronique ne vaut preuve qu'a condition que son auteur puisse être dûment identifié et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité* ». Ceci est conforme aux dispositions de l'article 1316-1 du code civil français.

74 Il n'existe pas de jurisprudence sur l'archivage du document électronique. Les textes de l'UEMOA, de la CEDEAO et celui de l'AUDCG font de la documentation ou archivage une condition sécuritaire et de validité du document électronique.

75 Tout comme pour la signature traditionnelle, la fonction principale de la signature électronique est d'identifier des échanges électroniques, mais aussi à approuver l'écrit électronique. Voir à ce sujet, J. Larrieu, « les nouveaux moyens de preuve : pour ou contre l'identification des documents informatiques à des écrits sous seing privés ? », Cahier Lamy, nov. 1988, p. 8 et déc. 1988 (I), p. 26

76 Aux termes de l'article 19, « L'écrit sous forme électronique est admis comme preuve au même titre que l'écrit sur support papier et à la même force probante que celui-ci, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne… ». C'est également le sens de l'article 30 de l'Acte Additionnel de la CEDEAO qui reprend en substance les mêmes dispositions. Enfin selon l'article 83 de l'Acte Additionnel de la CEDEAO, la signature électronique qualifiée est appliquée à un document et permet notamment d'identifier dument le signataire.

autres documents papiers adressés sous forme électronique[77], et reconnaître comme preuve lors d'un litige un document électronique[78] ou refuser de reconnaitre une valeur probatoire à une signature scannée [79]ou encore sanctionner une partie lors de l'utilisation par cette dernière d'une carte bancaire alors même que l'autorisation initiale qui a été donnée est périmée[80].

2 – L'intégrité

Le Règlement de l'UEMOA, l'Acte Additionnel de la CEDEAO et l'AUDCG exigent que les procédés employés pour conclure une transaction commerciale garantissent l'intégrité du document. Les parties contractantes doivent avoir la certitude que la vente est intègre[81]. L'intégrité est une condition supplémentaire qui garantit que le contenu d'un message n'a pas été altéré, intentionnellement ou non, pendant l'échange électronique. Elle apporte la certitude sur l'identité du signataire ; elle permet donc d'authentifier les acteurs d'échanges électroniques.

Les modalités techniques qui permettent d'obtenir une telle intégrité est le certificat ou la signature électronique. L'article 23 du Règlement de l'UEMOA précise les éléments qui permettent de sécuriser une signature électronique en disposant : « *Un dispositif de création de signature électronique ne peut être considéré comme sécurisé que s'il satisfait aux exigences définies à l'alinéa 2 ci-après et s'il est certifié conforme à ces exigences dans les conditions prévues par l'alinéa 3 ci-dessous.*

Un dispositif sécurisé de création de signature électronique : doit garantir, par des moyens techniques et des procédures appropriés, que les données de création de signature électronique ne peuvent être : établies plus d'une fois et que leur confidentialité est assurée ; trouvées par déduction et que la signature électronique est protégée contre toute falsification ; protégées de manière satisfaisante par le signataire contre toute utilisation par des tiers ; ne doit entraîner aucune modification du contenu de l'acte à signer et ne pas faire obstacle à ce que le signataire en ait une connaissance exacte avant de le signer.

Un dispositif sécurisé de création de signature électronique doit être certifié conforme aux exigences définies à l'alinéa 1 par des organismes agréés par la Banque Centrale et selon des règles définies par instruction prise à cet effet par elle ». L'Acte Additionnel de la

---

77 V. CE, 28 décembre 2001.

78 Cf. Crim. 8 décembre 2009

79 Cass. 2è Civ. 30 avril 2003 : « De l'absence d'effet d'une signature scannée, D. 2003. Somm. 2827, obs. Christian le Stan).

80 Cf. Crim. 14 novembre 2000. L'arrêt rendu par la chambre de la cour de cassation en matière d'abus de confiance est original dans le sens où il adapte le droit pénal aux nouvelles technologies de l'information. En l'espèce, la cour rejette le pourvoi formé par le Président du Conseil d'administration d'une société spécialisée dans la vente par correspondance qui a conservé et utilisé le numéro de carte bancaire qu'une cliente lui avait fourni en vue du règlement d'une précédente commande pour régler la contrepartie financière d'un envoi que la cliente n'avait pas accepté.

81 Il n'y a en effet pas de sécurité juridique si une circonstance (technique ou humaine) peut modifier le contenu de la vente.

CEDEAO pose également cette condition d'intégrité à travers les dispositions de l'article 23[82] et celles de l'article 29.

3- La documentation

Les textes communautaires font de la documentation (archivage ou conservation) une condition sécuritaire de validité et d'admission de l'écrit ou de la signature électronique comme mode de preuve en cas de litige entre les parties à une vente électronique. Et comme la question de la conservation est indissociable de celle de la preuve, la vente conclue sous forme électronique doit être archivée dans des conditions offrant des garanties de sécurité contre toute altération, modification ou destruction, en somme dans des conditions à garantir son intégrité. L'archivage correspond à l'idée de pérennité de l'information[83] avec la possibilité de la restituer intacte. Ce faisant, il subordonne donc la valeur probatoire de la vente électronique à son archivage. Ainsi, l'article 96 de l'AUDCG prévoit la numérisation[84] des dossiers et documents papier. De même l'article 10 de la Loi -type de la CNUDCI sur le commerce électronique de 1996, dispose « *lorsqu'une règle de droit exige que certains documents, enregistrements ou informations soient conservée, cette exigence est satisfaite si ce sont des messages de données qui sont conservées, sous réserve des conditions suivantes : l'information que contient le message de données doit être accessible pour être consulté ultérieurement, doit être conservé sous la forme sous laquelle il a été créé, envoyé ou reçu* »[85].

Une fois formé, le contrat de vente conclu par voie électronique produit des effets sur la situation juridique des parties et le sort des marchandises. Et chaque partie doit respecter l'obligation découlant dudit contrat. En cas d'inobservation, des sanctions peuvent être prononcées. Toute la question est de savoir quel texte faudrait-il appliqué et quel est le juge compétent pour prononcer la sanction découlant de l'inexécution des obligations contractuelles.

---

82 Aux termes de l'article 23 du Règlement de l'UEMOA, *« lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et que son intégrité soit garantie ».*

83 A noter que l'objectif premier de l'informatique n'est pas de pérenniser l'information et même de la rendre intacte.

84 Il s'agit au niveau de l'AUDCG d'une dématérialisation des demandes et pièces justificatives entrant dans le cadre du RCMM, des conditions de validité d'une telle demande, de son authentification par voie électronique par le greffier (art. 89) et enfin de l'obligation d'archiver électroniquement les documents de déclaration dématérialisés (art. 91).

85 V. crim. 8 décembre 2009.

II.LA DETERMINATION DE LA LOI APPLICABLE A LA VENTE ELECTRONIQUE

Dans le cadre des relations commerciales sur Internet, les parties en présence doivent échanger de nombreux documents électroniques (emails, formulaires de commande en ligne, envois de factures électronique, …). En cas de litige portant sur cette transaction, elles seront amenées à prouver ce qu'elles allèguent ; cette tâche s'avère délicate lorsque les éléments de preuve sont essentiellement des documents électroniques d'où l'introduction d'une règlementation spécifique applicable aux transactions conclues par internet notamment la vente électronique.

A noter avant toute chose que l'application de l'AUDCG, de l'Acte Additionnel de la CEDEAO et du Règlement de l'UEMOA évitent d'avoir à recourir aux règles de droit international privé pour les contrats de ventes (électroniques) entrant dans leurs champs d'application respectifs, du moins pour les questions qu'ils règlent et n'ont aucune incidence sur les ventes purement nationales. Par contre, les règles de conflit de loi interviennent lorsque ni l'AUDCG, ni l'Acte de la CEDEAO ne peuvent trouver application et exceptionnellement lorsque par l'effet du principe d'autonomie de la volonté, le contrat reste soumis à une autre loi valablement choisie par les parties.

Aussi, l'introduction de dispositions spécifiques règlementant les échanges conclus électroniquement dans l'espace UEMOA, CEDEAO et OHADA, soulève plusieurs questions notamment celles relatives à la juridiction compétence et surtout à la détermination de la loi applicable en raison du caractère immatériel de la vente. Ces difficultés sont d'autant plus importantes compte tenu de la multiplicité des législations dans le domaine qui implique aussi la compétence de plusieurs juges. A supposer qu'un conflit naisse à l'occasion de l'exécution[86] d'un contrat conclu par internet entre deux individus dont l'un est ressortissant d'un pays partie à l'OHADA (par exemple un ressortissant de la République démocratique du Congo)et l'autre ressortissant d'un pays partie à la CEDEAO (par exemple un ressortissant de Cap Vert), quelle loi applicable à une telle vente?

Cette question relative à la détermination de la loi applicable renvoie à celle plus générale de la détermination du juge compétent pour trancher un litige relatif à une « vente en ligne ».

En principe, le juge compétent est celui du lieu où l'obligation qui sert de base à l'action a été exécutée ou doit être exécutée[87]. Mais le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse s'avère difficile à déterminer lorsque l'exécution a lieu en ligne. D'où l'intérêt

---

86 S'agissant de la responsabilité en cas de non-exécution d'un contrat conclu électroniquement, l'article 6 de l'Acte Additionnel de la CEDEAO rappelle que la personne qui exerce une activité entrant dans le champ d'applicable du présent Acte *« est responsable de plein droit à l'égard de son cocontractant de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci* ». Cette personne ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution est imputable au cocontractant ou à un cas de force majeure ».

87 Le Règlement communautaire du Conseil de l'Europe du 22 décembre 2000 contient des dispositions similaires concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Voir art. 2 et 5 dudit Règlement.

de faire une distinction entre la vente de marchandises et celle de fourniture de services. S'il s'agit d'une vente de marchandises, le lieu de l'exécution est celui où en vertu du contrat les marchandises ont été ou auraient été livrées. Par contre s'il s'agit d'un contrat de fourniture de service (par exemple en cas de téléchargement d'un logiciel ou d'un morceau musical), le lieu de l'exécution est celui où les services ont été ou auraient dû être fournis. Il s'agit donc du lieu où les données auraient été téléchargées pour l'exemple précédent.

En somme, le régime de la compétence territoriale interne[88] est étendu à la compétence internationale avec toutes ses implications. A cette compétence générale, s'ajoutent des compétences spéciales.

Les parties peuvent aussi insérer dans leur contrat de vente électronique une clause attributive de juridiction et donner par-là, même, compétence à une juridiction désignée d'avance de résoudre un éventuel conflit pouvant survenir dans l'exécution de leurs obligations respectives. Si une telle clause est licite, elle doit être prévue avant la naissance du différend, et ne doit en aucun cas donner compétence à un autre juge qui n'est pas compétent (matériellement et territorialement) pour régler le litige. Elle ne doit enfin pas « *attribuer compétence aux tribunaux du pays de leur domicile si le consommateur et le professionnel ont, lors de la conclusion du contrat, leur domicile dans un autre Etat* »[89].

Une fois déterminé le juge compétent, il faut déterminer la loi applicable. En général, les parties conviennent par une disposition du contrat, de la loi applicable (A), mais lorsqu'elles ne le font pas, c'est le juge qui doit la déterminer (B).

A – La détermination de la loi applicable par convention

Lorsque le vendeur et l'acheteur ressortissant des Etats parties à l'OHADA, à l'UEMOA et à la CEDEAO (ou d'Etats parties à un ou deux de ces Traités) concluent une vente par internet, ils peuvent prévoir dans leur contrat électronique des dispositions relatives à la loi applicable à ce contrat[90] : il s'agit de la loi d'autonomie[91]. Les parties sont en principe libres de choisir la loi qui régira leur contrat, et ce, même si la loi qu'elles désignent n'a aucun lien avec le contrat[92]. Ce sont les dispositions de l'art. 7 de l'Acte additionnel de la CEDEAO qui prévoient cette possibilité en disposant « … 2) c*ette disposition est sans préjudice de la liberté des parties de choisir la loi applicable à leurs transactions. Toutefois, en l'absence de choix des parties, la loi applicable sera celle de la*

---

88 Aussi, en vertu des articles 14 et 15 du Code civil, les tribunaux nigériens sont compétents lorsqu'un national est partie au litige en qualité de demandeur ou de défendeur pour l'exécution des obligations même contractées à l'étranger.

89 Philippe Le Tourneau, op. cit. p. 300.

90 Il faut rappeler que les règles relatives à la résolution de problème de conflit de loi, sont celles habituelles prévues par le droit international privé.

91 Rappelons que la loi d'autonomie est le principe fondamental des contrats.

92 Sous réserve d'une fraude à la loi et de l'application par le juge de ses lois de police ou d'ordre public.

résidence habituelle du consommateur tant qu'il y va de son intérêt ». C'est également l'esprit de l'alinéa 2 de l'article 234 de l'AUDCG qui rappelle : « *Sauf stipulations conventionnelles contraires, le contrat de vente commerciale est soumis aux dispositions du présent Livre dès lors que les contractants ont le siège de leur activité dans un des États Parties ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat Partie* ».

Une fois que les parties ont choisi la loi applicable, le contrat sera subordonné à cette loi même si le contrat à cause de cela être considéré comme nul.

La conclusion de conditions en ligne contenant une clause attributive de juridiction n'est valable que si les conditions sont confirmées par l'envoi d'un courrier électronique, et seulement dans la mesure où il s'agit d'une information consultable ultérieurement sur le disque dur de l'ordinateur de l'acheteur. C'est dire alors que « *l'affichage seul à l'écran des conditions, suivi de leur impression à titre d'échange, sera probablement jugé insuffisant* ».[93]

Enfin, les parties peuvent décider de ne pas soumettre les litiges qui peuvent naître à l'occasion de l'exécution d'une vente passée électroniquement aux tribunaux étatiques et choisir de les régler par la voie extrajudiciaire. Elles peuvent ainsi choisir de s'en remettre à la justice privée notamment - modes alternatifs de règlement des litiges (commerciaux)[94] – qui a l'avantage d'être plus rapide, simple et plus discret et même moins coûteux que la justice étatique. Le recours à un arbitre supprime la difficulté de déterminer le juge compétent et à la lourdeur qui s'attache à une procédure judiciaire.

S'agissant du règlement des litiges suite à un contrat de vente électronique, les parties peuvent ainsi recourir à l'arbitrage[95] ou la médiation ou encore la conciliation[96] en ligne sur la base d'un accord préalable. A noter que de nombreux organismes[97] servent d'arbitres sur le plan national et international, pour le règlement des différends, notamment ceux liés aux opérations de commerce électronique.

---

93 Thomas GERBEAUX, op.cit., p.15.

94 Sur la question des modes alternatifs des règlements des litiges commerciaux, lire Komi, Tsakadi, « Quelle place pour les MARCS dans l'harmonisation du droit OHADA des contrats ?, Rev. Dr. Unif. 2008, pp. 511-515 ; E. Caprioli, Arbitrage et médiation dans le commerce électronique, l'expérience du cyber tribunal, Rev . arb. 1999, p. 224 ; E. Camous, Règlement non juridictionnel des litiges de la consommation, contribution critique des modes alternatifs de règlement des conflits, LGDJ, 2002

95 En tant que mode alternatif de règlement des conflits, l'arbitrage fait intervenir un tiers choisi par les parties qui règle le conflit en amiable compositeur, en toute équité.

96 A noter que la médiation et la conciliation n'ont qu'un caractère facultatif et ne conduisent pas à une décision qui aura autorité de chose jugée. Par exemple, le médiateur n'essaye que de rapprocher les parties en leur soumettant éventuellement un projet de règlement amiable. V. Perrin, M-D, Conciliation et médiation, Petites affiches, 26 août 2002, n°170. Comp. Voir art. 2044 à 2058 c. cive. Français.

97 Il existe des sites (généralistes ou spécialisés) qui proposent un règlement des litiges en ligne. Certains d'entre eux sont spécialisés dans un seul mode de règlement ou dans un seul type. C'était le cas du cyber-tribunal (qui n'existe plus depuis décembre 1994, il était spécialisé dans la médiation et l'arbitrage), le eResolution depuis 2000 (société canadienne spécialisée dans le contentieux des noms de domaine et de manière plus large au commerce électronique). V. Eric A. Caprioli, Arbitrage et médiation dans le commerce électronique (l'expérience du cyber tribunal), consultable sur www.caprioli-avocats.com/publications/1-commerce-electronique-et-internet/44-arbitrage-mediation

Sur la question de l'arbitrage, il est à noter que les parties peuvent recourir à cette voie soit avant la naissance même du litige par une disposition du contrat (clause compromissoire) soit après la naissance du litige (par le biais d'un compromis)[98]. La validité d'une telle clause doit être examinée par référence au droit national de l'Etat qui a vocation à s'appliquer (Etat du for).

Une fois que l'arbitre choisi par les parties, tranche le conflit, sa décision s'impose aux deux protagonistes[99]. C'est d'ailleurs la différence fondamentale qui existe entre ce dernier et la médiation ou encore la conciliation[100]. Le cadre juridique de l'arbitrage de l'OHADA[101] est l'Acte Uniforme relatif au droit de l'arbitrage et le règlement d'arbitrage de la Cour commune d'arbitrage[102] pour l'OHADA, ce qui n'empêche aux Etats de prévoir des dispositions relatives à ce type de règlement amiable.

Parlant de la médiation, qui fait intervenir un tiers neutre avec l'accord des parties dans le but de « *les aider à trouver une solution satisfaisante et équitable, sans jamais les obliger* »[103]. Elle est utilisée pour régler des litiges individuels entre les consommateurs, les entreprises ou les institutions. Ce mode de règlement est plus utilisé que l'arbitrage contenu de sa rapidité et de son coût.

Enfin, avec la conciliation, les parties qui ont intérêt à trouver une solution, essaient de régler leur conflit avec, souvent, la présence d'un conciliateur. C'est le dernier recours avant une procédure judiciaire qui nécessite pour sa réussite, un minimum de bonne volonté.

Le recours à ces modes de règlements de litiges présente des avantages indéniables par rapport à la justice étatique, notamment la rapidité et la souplesse et doit à ce titre être privilégié et encouragé.

Par contre, si les parties ne font pas cas dans leur contrat, des modes extrajudiciaires de règlements de litiges éventuels, il revient au juge qui doit déterminer la loi applicable au contrat formé par voie électronique.

---

98 C'est le lieu de relever que le code des obligations civiles et commerciales du Sénégal a prévu des dispositions relatives à l'arbitrage (art. 826-1 à 826- 4).

99 L'arbitrage débouche souvent sur une sentence arbitrale ; la décision rendue est de nature juridictionnelle et a autorité de chose jugée.

100 La conciliation a été aussi instituée par l'OHADA et l'Acte Uniforme portant sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution a d'ailleurs institué un préalable obligatoire de conciliation, selon lequel « *la juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation. Si celle-ci aboutit, le Président dresse un procès-verbal de conciliation signé par les parties, dont une expédition est revêtue de la formule exécutoire » (cf. art. 12. AUPS/ voies d'exécution*).

101 Sur la question de l'arbitrage OHADA, voir Bayo Bybi Blandine, L'efficacité de la Convention d'arbitrage en droit OHADA », ERSUMA, mars 2013, p. 61 -83.

102 Il faut ajouter à cette liste la décision n°004/99/CCJA du 3 février 1999 relative aux frais d'arbitrage et la Décision n°004/99/CM portant approbation de la Décision n°004/99/CCJA relative aux frais d'arbitrage et le préambule du Traité de l'OHADA.

103 Komi Tsakadi, op. cit. p.513.

B – La détermination de la loi applicable par le juge

La question de la détermination de la loi applicable au contrat de vente électronique par le juge se pose dans l'hypothèse où les parties n'ont pas prévu dans leur convention la règle applicable. Comment le juge va-t-il trancher ce litige ? Va-il appliquer le texte de la CEDEAO (étant entendu que tous les Etats de l'UEMOA sont aussi parties à la CEDEAO) ou celui de l'OHADA ?

Traditionnellement, pour déterminer la loi applicable à un contrat de vente, il faut se référer à la détermination du moment et du lieu de sa conclusion. La manière de déterminer le moment et le lieu de la formation du contrat a été définie tant par le législateur que par la jurisprudence et la doctrine. Mais avec l'introduction de l'Internet dans le commerce, un nouveau critère doit être défini. La détermination du moment et du lieu de la formation du contrat électronique est intéressante dans la mesure où la vente électronique est un contrat entre absents que les solutions traditionnelles ne peuvent résoudre.

Selon la présomption valable, un contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle. Or dans un contrat de vente, il existe deux obligations principales : celle de fournir la chose pour le vendeur et celle de payer le prix pour l'acheteur. L'obligation caractéristique est celle de la livraison ; donc la loi applicable à un contrat de vente est celle du lieu de résidence du vendeur.

La détermination de la loi applicable par le juge doit être faite en distinguant les contrats entre professionnels et des contrats entre consommateurs.

S'il s'agit de ventes conclues avec des consommateurs, la loi applicable au contrat de vente électronique est donc celui où est situé le principal établissement du vendeur ou, si selon le contrat, « *la prestation doit être fournie par un établissement autre que le principal établissement, celui où est situé cet établissement* »[104]. C'est le sens de l'art. 7 de l'Acte Additionnel[105] qui dispose « L'exercice des activités entrant dans le champ d'application du présent Acte additionnel est soumis à la loi du pays membre de la CEDEAO sur le territoire duquel la personne qui l'exerce est établie ». Toutefois, cette disposition ne peut pas avoir pour effet de priver un consommateur (l'acheteur) des

---

104 Thibault Verbiest, Commerce électronique : loi applicable et juridiction compétente, consultable sur http://www.journaldunet.com/juridique/juridique.shtml.

105 Cf l'alinéa 1 de l'art. 7. Comp. voir Convention de Rome du 19 juin 1980 et le Règlement du Conseil de l'Europe du 22 décembre 2000 en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière civile et commerciale. La Convention de Rome est relative à la loi applicable aux obligations contractuelles entre le 1er avril 1991 et le 17 décembre 2009 qui s'applique. Après le 17 décembre 2009, c'est le Règlement 593/2008 du 17 juin 2008 portant sur le même objet qui s'applique. Sont cependant exclu dans son champ d'application l'état et à la capacité des parties, les obligations relatives à un droit de famille, sauf la donation se rattachant à une obligation contractuelle, les obligations nées d'instruments négociables, le droit des sociétés, des associations et autres personnes morales, les questions de représentations et les contrats d'assurance et de réassurance

dispositions plus protectrices de la loi de sa résidence habituelle[106]. Une telle disposition nous ramène à la loi du lieu du « double-clic » chaque fois qu'il y va de l'intérêt du consommateur.

S'il s'agit de ventes conclues entre professionnels, la loi applicable est en principe celle de l'Etat membre (UEMOA ou CEDEAO ou AUDCG) sur le territoire duquel le vendeur exerce son activité, sauf stipulation contraire des parties[107] : aussi, lorsque la loi déterminée en fonction des règles de conflit de loi est celle d'un Etat partie à l'OHADA, c'est donc l'AUDCG qui s'appliquera. Mais lorsque la loi applicable est celle d'un Etat non partie à l'OHADA, mais partie à la CEDEAO, alors ce sera l'Acte Additionnel de la CEDEAO en combinaison avec le droit commun du pays qui s'appliquera.

---

106 Cf alinéa 2 de l'art. 7 de l'Acte additionnel de la CEDEAO. Comparativement, une telle disposition existe en droit français : article 7, II, 1° de la loi française sur l'Economie numérique du 17 juillet 2003 ; c'est aussi l'esprit de l'art. L.121-20-6 du c. Consom. « *lorsque les parties ont choisi la loi d'un Etat non membre de la Communauté européenne pour régir le contrat, le juge devant lequel est invoquée cette loi est tenu d'en écarter l'application au profit des dispositions plus protectrices de la loi de la résidence habituelle du consommateur* »

107 Cf. art. 7 Acte additionnel de la CEDEAO.

CONCLUSION

L'adaptation du droit de la vente aux nouvelles technologies de l'Information et de la Communication dans les espaces UEMOA, CEDEAO et OHADA permet sans aucun doute de régler certaines difficultés relatives aux contrats du commerce électronique, notamment la vente. Cette dématérialisation prudente et nécessaire du droit de la vente qui doit se poursuivre avec l'adoption d'une législation plus complète et sur les transactions électroniques En attendant celle-ci, l'apport de la jurisprudence des différents Etats membres de l'UEMOA, de la CEDEAO et de l'OHADA en la matière nous permettra de mieux comprendre ce nouveau mécanisme institué dans les échanges commerciaux. Nos économies africaines en y faisant recours se modernisent, se développent et participent à la marche de la mondialisation.

La reconnaissance du certificat et de la signature électroniques par cette règlementation vient par ailleurs résoudre le problème de l'insuffisance de la règlementation des messages électroniques en général et des échanges électroniques en particulier. Une telle reconnaissance se présente en outre comme un remède aux obstacles du développement des transactions électroniques permettant d'appliquer aux actes commerciaux et leurs éléments probants les techniques électroniques.

La dématérialisation ne doit pas s'arrêter ici ; elle doit se poursuivre avec l'adoption (immédiate) d'une loi uniforme sur les transactions électroniques d'une part, et d'autre part, avec l'adoption de textes relatifs à l'ensemble des documents électroniques y compris pour les actes civils et les actes électroniques authentiques comme c'est le cas dans beaucoup de pays européens.

La poursuite des infractions pénales OHADA devant les juridictions d'instances camerounaises: où est passé le Ministère public ?

Par :

Louis Jean Bedel TCHOUAMBIA TOMTOM

Docteur/Ph. D. en Droit privé de l'Université de Dschang

Assistant à la FSJP de l'Université de Douala

Introduction

Pour protéger le monde des affaires contre les dérapages qui peuvent porter atteinte à sa crédibilité et à sa transparence, le législateur OHADA, de manière subtile, en plus des sanctions non répressives[108], n'a pas voulu que le droit des affaires évolue en marge du droit pénal[109]. Conscient des enjeux à atteindre, il a institutionnalisé l'immixtion du droit pénal dans l'ensemble des moyens à mettre en œuvre pour discipliner les opérateurs économiques dans leurs actions quotidiennes et assainir le monde des affaires en Afrique. Il a donc soumis les Actes uniformes à l'épreuve du droit pénal pour briser la tendance à l'immoralité qui prévaut dans le milieu d'affaires. Face à la délinquance économique diversifiée, le législateur OHADA a essayé de multiplier les incriminations nouvelles contre les délinquants économiques. C'est dans ce sens que l'article 5, alinéa 2 du Traité fondateur[110] dispose que *« Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale, les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues »*. En application de ce texte fondateur, l'ordre communautaire n'a pas édicté un Acte uniforme codifiant l'ensemble des agissements punissables. Il a inclu les dispositions éparses dans divers Actes uniformes. Sur neuf Actes uniformes en vigueur à ce jour[111], six ont établi des agissements punissables[112].

---

108 Prévues pour contrecarrer les égarements et les indélicatesses des hommes d'affaires, par exemple, la non convocation d'un actionnaire, sanctionnée par la nullité des résolutions de l'assemblée générale.

109 A ce sujet, un auteur pense *« qu'il est bon que chacun se défende avec les armes civiles et commerciales sans faire intervenir l'appareil toujours effrayant du droit pénal »*. Cf. HAMEL, Préface à l'ouvrage collectif, *Le droit pénal des sociétés anonymes*, Dalloz, 1955. Un autre pense qu'il n'est pas sain pour l'économie qu'un pays que les chefs d'entreprises risquent pour quelque vénielle inadvertance, même pour une audace malchanceuse et même si finalement aucune sanction pénale n'intervient, de subir le terrible choc psychologique que constitue la dure épreuve de la comparution devant les juridictions.

110 Traité du 17 octobre 1993, signé à Port-Louis (Iles Maurice), révisé le 17 octobre 2008 à Québec (Canada).

111 Voir, Tableau synoptique des incriminations pénales OHADA présenté par TCHANTCHOU (H.) et AKOUETE AKUE (M.), « L'état du droit pénal OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n° spécial, nov.-déc. 2011, p. 30.

112 Il en est ainsi de l'Acte uniforme sur le droit commercial général, de l'Acte uniforme sur le droit des sûretés, de celui portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, de l'Acte relatif au droit des sociétés commerciales et au Groupement d'intérêt économique, de l'Acte uniforme régissant l'organisation des procédures collectives d'apurement du passif et, enfin, de l'Acte sur les sociétés coopératives. Il convient de noter toutefois que l'opérationnalité des dispositions pénales contenues dans l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives n'est pas évidente parce que cet Acte n'est

Dans l'ordonnancement juridique interne de chaque Etat partie à l'instar du Cameroun, c'est le Ministère public qui est chargé du respect de cet ordre pénal. C'est lui l'autorité garante du respect des prescriptions pénales OHADA en général au moyen de la saisine des juridictions répressives, de l'exercice monopolisé de l'action publique et de l'exécution des décisions pénales rendues. Mais, son rôle n'y est pas limité. Il passe en effet pour être un garant de l'ordre public communautaire. C'est le cas dans certaines procédures où il n'y a ni prévenu[113], ni Ministère public demandeur ou défendeur. Son intervention se justifierait par la nécessité de garantir d'une part aussi bien l'ordre public interne que l'ordre public international des Etats parties ; d'autre part de veiller au bon suivi de l'orthodoxie juridique communautaire[114]. C'est lui qui normalement doit saisir le tribunal après avoir rassemblé les indices et identifié les auteurs[115].

Certains Actes uniformes l'associent aux investigations économiques nécessaires à l'assainissement du milieu des affaires. Les articles 899 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique[116] et 387 sur les sociétés coopératives incriminent l'agissement du commissaire aux comptes, qui n'aura pas révélé au Ministère public les faits délictueux dont il aura eu connaissance. Il a donc le droit de recevoir une communication absolue[117]. Il peut également se trouver à l'origine du déclenchement d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens[118]. Cela suppose qu'il dispose de plusieurs informations qu'il recherche lui-même ou qui lui sont fournies par un tiers. Il peut à toute époque, requérir communication de tous actes, livres ou documents pouvant lui donner des informations sur l'infraction commise[119]. Outre sa charge de veiller à la défense de l'ordre public économique et social qui touche essentiellement la vie des entreprises, le Ministère public est aussi le porte-parole de la société auprès de la juridiction saisie[120].

---

entré en vigueur que très récemment, et, surtout, aucun Etat n'a eu le temps d'y élaborer des textes nationaux complémentaires

113 En procédure collective, on le sait, c'est une lapalissade, il n' ya pas de prévenu. Il n'y a que des parties en demande et en défense. Mais, il est clair que la présence du Ministère public dans ces procédures peut être une source de renseignement pour lui. La présence de cet organe judiciaire est nécessaire pour préserver l'efficacité du déroulement des procédures collectives (cf. SOINNE (B.), « L'intervention du Ministère public dans les procédures collectives », *Dalloz*, 1983, Chr., p. 11 ; KOUENGUEN NGUETKNKAM (Y.), *Le Ministère public dans les procédures collectives OHADA*, Mémoire de DEA, FSJP, Université de Yaoundé II, 2005-2006 ; SOINNE (B.), « L'intervention du Ministère public dans les procédures collectives », *op.cit.*, p. 11.). La poursuite des infractions pénales prévues par le législateur OHADA ne se fera qu'à l'occasion d'un autre procès.

114 TCHANTCHOU (H.), *op.cit.*, p. 6. Le traitement des entreprises en difficulté est en pleine évolution dans le monde entier. Le mouvement général consiste à sauvegarder l'entreprise pour garantir l'emploi, la circulation des richesses et le maintien de l'activité économique.

115 TCHANTCHOU (H.), *op.cit.*, p. 3.

116 Adopté le 30 janvier 2014 à Ougadougou au Burkina faso.

117 LAFORTUNE (M.-A.), « Le Ministère public et l'entreprise en difficultés », *Petites Affiches*, 12 janvier 1994, n° 5, p. 3.

118 Cf. art. 29 de l'AUPC.

119 Il en va ainsi de l'art. 47 de l'AUPC. Il communique au juge-commissaire, sur sa demande ou même d'office, les renseignements utiles à l'administration de la procédure collective et provenant de toute procédure pénale, nonobstant le secret de l'instruction. Cf. KOM (J.), *Droit des entreprises en difficulté OHADA, Préventions-traitements-Sanctions*, Collection Droit uniforme, PUA, 2013, p. 117).

120 C'est à juste titre que l'on a pensé que sa présence dans ces procédures serait un mobile qui viendrait le galvaniser, car informé de toutes les péripéties de la procédure, il mettrait facilement et même efficacement en mouvement l'action publique.

L'on sait que le parquet a une action très importante et une puissance considérable dans la mise en mouvement de l'action publique pour la poursuite des infractions prévues par les Actes uniformes OHADA à l'instar de la banqueroute[121] et infractions assimilées[122]. Pourrait-il d'ailleurs en être autrement lorsque l'on sait que l'un des objectifs poursuivi par le législateur OHADA est l'assainissement et la moralisation du climat des affaires dans les Etats parties au Traité de l'OHADA?[123] C'est d'ailleurs pour cette raison que l'attractivité économique du droit OHADA a été très vite mise en exergue[124]. On comprend donc que c'est par le droit que chaque société se construit tous les jours. Lorsqu'il n'existe pas, qu'il est méconnu ou violé, la société se délite[125]. Le droit a donc un rôle plus actif à jouer pour accompagner et favoriser le développement économique et social[126]. Comme on le constate, le droit est appelé à jouer le premier rôle dans l'intégration économique et la croissance. Son inapplication peut causer un préjudice au monde des affaires. L'assainissement du monde des affaires est une condition indispensable du développement économique ; et ce dernier est lui-même un droit fondamental tel que consacré par l'article 22 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui proclame *« l'obligation des Etats d'assurer le développement économique »*[127].

Entre les prévisions législatives et la mise en œuvre effective de ce rôle aussi élogieux du Ministère public, il existe un fossé remarquable[128]. Pour preuve, l'on constate, avec beaucoup de curiosité d'ailleurs, qu'aucune action publique relative aux

---

121 Il faut néanmoins reconnaître qu'en dehors de la poursuite exercée par le représentant du Ministère public, l'action publique ici peut être mise en mouvement à l'initiative du syndic par une plainte avec constitution partie civile ou une citation directe, soit sur initiative de tout créancier agissant en son nom propre ou au nom de la masse (Cf. art. 234 al. 1 de l'AUPC).

122 L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif distingue entre l'infraction de banqueroute et les infractions assimilées à la banqueroute. Dans les deux infractions, seules sont différentes, la qualité de la personne poursuivie (commerçant ou dirigeant) et la nature de la faute.

123 Il ne pouvait pas être autrement surtout parce que le droit pénal devrait inéluctablement accompagner le Droit communautaire dans ses objectifs d'assainissement de l'environnement économique en Afrique. Cf. SOCKENG (R.), *Droit pénal des affaires OHADA*, Presses Minsi Le Competing, mars 2007, p. vii.

124 Cf. POUGOUE (P.-G.) et KALIEU ELONGO (Y.R.), *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, Yaoundé-Cameroun, 2009, pp. 177 et ss. ; v. également, MODI KOKO BEBEY (H.D.), « La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie », conférence, *Maison des sciences de l'Homme, Ange Guépin*, Nantes, 16 mai 2002.

125 POUGOUE (P.-G.), « OHADA et intégration économique », *in Dynamique de développement Débats théoriques et enjeux politiques à l'aube du 21ème siècle*, *Mélanges en l'honneur de Georges Walter NGANGO*, Collection grands colloques, Monchrestien, p. 577.

126 SAWADOGO (F.M.), « L'accès à la justice en Afrique francophone : Problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso », *RJPLC n°2*, mai-sept. 1995, p. 199.

127 Ainsi, à l'heure des préoccupations du développement durable, face aux risques globaux, il incombe aux Etats et aux peuples de prendre la mesure du caractère essentiel de la participation de chacun afin que le règle de droit atteigne les finalités escomptées (c. DE FONBRESSIN (P.), « Devoir d'information, devoir de participation et éthique » *Revue Experts*, n° 58, 2003).

128 En effet, plus de 18 ans de mise en œuvre du droit OHADA, la machine économique en Afrique tarde encore à décoller. Des défaillances d'entreprises sont de plus en plus nombreuses sur l'espace OHADA et le droit semble incapable de juguler ces difficultés. Dans ces conditions, l'assainissement du monde des affaires serait un vœu pieux tant les différents acteurs ne s'engagent pas à appliquer et à respecter les règles édictées justement pour promouvoir le développement économiques des Etats membres.

infractions pénales prévues dans les Actes uniformes n'a été jusqu'à ce jour mise en mouvement devant les juridictions répressives camerounaises. Les seules tentatives amorcées par le représentant du parquet ont très vite été classées sans suite[129] ; au point où l'on se demande si les acteurs impliqués de près ou de loin dans le monde des affaires de l'OHADA sont exempts de toutes fautes pénales.

Pourtant, l'application des sanctions pénales, y compris les déchéances et interdictions, peut constituer une pièce maitresse de l'efficacité du droit des affaires OHADA[130] ou de la sécurité juridique et judiciaire prônée par le traité de Port-Louis révisé au Québec.

Comment peut-on aboutir à l'attractivité des investissements étrangers dans les Etats parties à l'OHADA si les actes délictueux ne sont pas sanctionnés, faute d'initiative du Ministère public ? Comment comprendre que le Ministère public brille par son silence à exercer les importantes prérogatives que la loi lui accorde devant des faits matériels pourtant constitutifs d'infractions commerciales[131] ?

La présente réflexion propose une analyse de ces sous questions en mettant en exergue les raisons de l'incurie du Ministère public dans la mise en mouvement de l'action publique pour la sanction des infractions contenues dans les Actes uniformes de l'OHADA. L'indolence du Ministère public peut entraîner un découragement des investisseurs et la disparition des entreprises, non sans favoriser l'insécurité juridique dans un espace qui se veut protecteur de la transparence et de la bonne gouvernance économique.

De ce qui précède, la réflexion sur cette question semble intéressante à plus d'un titre.

L'effectivité et l'attractivité des investissements sont tributaires d'une double sécurité juridique et judiciaire. D'une part, la réforme du droit de l'OHADA dans son ensemble constitue un facteur d'attraction appréciable en ce qu'elle offre aux investisseurs un corps de règles harmonisées, simplifiées et adaptées à la situation économique des Etats. D'autre part, en cas de violation de la règle de droit par des hommes d'affaires véreux, il est nécessaire de mobiliser l'appareil judiciaire en général et le parquet en particulier. Cette double considération permet aisément d'ébaucher, à plusieurs niveaux l'intérêt de cette étude.

Théoriquement, l'étude permet d'évaluer le rôle qu'aurait joué le Ministère public dans le processus de sécurisation juridique et judiciaire dans l'espace OHADA, par un échantillon choisi qui est le Cameroun.

Aussi permet-elle pratiquement de relever les raisons de son silence dans la mise en place de l'action publique pour la sanction des infractions pénales contenues dans les Actes uniformes OHADA devant les juridictions d'instance camerounaises. Cette analyse

---

129 Il s'agit des poursuites exercées parallèlement à la liquidation GORTZOUNIAN en 2005 (V. jugement n° 48/Civ du 21 juillet 2005 du TGI du Moungo admettant la société des établissements GORTZOUNIAN en liquidation des biens) et celle engagée dans la liquidation COFINEST en mars 2011.

130 Cf. SAWADOGO (F.M.), « Commentaire sous art. 234 de l'AUPC », *in Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3ème éd., Juriscope, 2008, p. 1026.

131 Le rôle économique du parquet réside dans la protection de l'ordre public économique et de l'intérêt social. Dans le but de sauver les entreprises toutes formes confondues et par conséquent l'économie nationale, l'intervention du parquet devrait s'intensifier sur les questions économiques et sociales afin d'assurer l'efficacité du droit des affaires OHADA.

est enfin, une contribution à l'étude des conséquences de cette inaction du Ministère public dans le processus de gouvernance économique dans l'espace OHADA.

Celle-ci passe nécessairement par la détermination du sens de la recherche. Le rôle que joue le Ministère public est important en OHADA pour la défense de l'ordre public. L'on se demande alors quelles sont les raisons et les conséquences de cette inertie du Parquet camerounais[132] dans la mise en mouvement de l'action publique pour la sanction des infractions contenues dans les Actes uniformes ?

Ainsi formulée, l'extension du pouvoir de la justice dans l'ordre public économique fait du Ministère public un rouage essentiel de la magistrature économique professionnelle[133]. L'on sait que le Ministère public peut intervenir dans tous les domaines réservés à l'économie; que cette présence lui permet d'être amplement informé ; qu'il devrait profiter de toutes les informations recueillies pour mettre en mouvement l'action publique et solliciter la répression des infractions prévues dans les Actes uniformes. Malheureusement, il ne le fait pas. Cette inertie peut entraîner plusieurs conséquences sur le développement économique au Cameroun.

L'analyse a montré que, le Ministère public camerounais n'a jamais mis en mouvement l'action publique pour la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA à l'instar de l'infraction de banqueroute et infractions assimilées[134]. Ce mutisme va à contre-courant de la sécurité juridique et judiciaire chère aux pères fondateurs de l'OHADA. Autour de ces éléments, l'on entend dégager le pouvoir entravé du Ministère public dans la poursuite des infractions contenues dans les Actes uniformes (I), et tirer les conséquences qui peuvent en découler (II).

- ***Le pouvoir entravé du Ministère public dans la poursuite des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA***

En fait comme en droit, divers obstacles pourraient entraver la volonté du Ministère public de mettre en mouvement l'action publique pour la poursuite des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA. En particulier, l'on relèvera d'une part les raisons objectives (A) et d'autre part les contraintes subjectives (B).

---

132 Il convient de noter que cette inertie n'est pas propre au Cameroun, Un auteur note d'ailleurs que depuis la signature du Traité OHADA une seule sanction pénale a été prononcée : cette sanction résulte de la décision du Tribunal Régional Hors Classe de Dakar au Sénégal. V. TRHC de Dakar, jugement correctionnel n° 5992/2001 du 4 décembre 2001, Ministère public et héritiers de feu Yally Fall c/ CHEIKH TALIBOUYA Diba et autres, cité par TOE (S.), « Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA », *Revue de droit uniforme africain, actualité trimestrielle de droit et de jurisprudence n° 001*, juin 2010, p, 48.

133 AUBERT (F.), « La procédure des procédures collectives », *Procédures collectives et droit des affaires. Morceaux choisis, Mélanges en l'honneur d'Adrienne HONORAT*, pp. 7 et ss.

134 Les deux actions menées parallèlement à la liquidation GORTZOUNIAN à Nkongsamba en 2001 et de Cofinest à Douala en mars 2011 ont été par la suite classées sans suite.

1- Les raisons objectives

Le Ministère public est-il véritablement libre de mettre en mouvement l'action publique pour la poursuite des infractions pénales contenues dans les Actes uniformes OHADA? Cette interrogation traduit le sentiment de désaccord sur le rôle du Ministère public à cette tâche. La question garde toute sa pertinence dès lors qu'il ne fait pas de doute que le Ministère public est, en droit, chargé de poursuivre les infractions pénales commises par les acteurs économiques. Il n'en va pas absolument ainsi dans les faits. Dans la pratique, le Ministère public est lié par le principe de la subordination hiérarchique (1). Son indolence est due également à l'absence d'un parquet communautaire près la CCJA (2).

1- La soumission du ministère public à la hiérarchie

Pourquoi le Ministère public n'est pas libre de mettre en mouvement l'action publique pour la poursuite des infractions pénales prévues dans les Actes uniformes au Cameroun[135] ? Sans doute parce qu'il est soumis à l'autorité du Ministre de la justice garde des sceaux. Quelle peut véritablement être la nature de l'autorité du Ministre de la justice sur le Ministère public au Cameroun ? Le Ministre de la Justice est chargé au Cameroun comme dans d'autres pays, de veiller au bon fonctionnement du système judiciaire. Tous les membres du Ministère public sont placés sous son autorité. Celui-ci a ainsi le pouvoir d'injonction sur le Ministère public afin d'initier ou pas une instruction sur une affaire pénale déterminée.

En effet, l'Etat dispose de trois pouvoirs traditionnels : le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Le pouvoir exécutif[136], plus spécialement a pour mission principale d'exécuter les lois élaborées par le pouvoir législatif. La loi pénale élaborée par le pouvoir législatif doit aussi être exécutée par le pouvoir exécutif par le truchement du Ministre de la justice garde des sceaux. Ainsi, par les injonctions d'exercer ou de ne pas exercer l'action publique que le Ministre de la justice peut donner au Ministère public, il accomplit à cet effet, l'une des missions fondamentales du pouvoir exécutif en matière d'exécution des lois. Lui-même ne peut pas exercer cette action

---

135 L'une des rares fois où le Ministère public camerounais a pu mettre en mouvement l'action publique a été dans le cadre de l'opération épervier, non sous le vocable d'abus de biens sociaux, mais de détournement de deniers publics réprimé conformément à l'art. 184 du Code pénal camerounais (Cf. TGI du MFOUNDI, jugement n° 270/crim. du 11 juillet 2008, affaire Ministère public et crédit Foncier du Cameroun contre BOOTO à NGON André et 30 autres inédit). Pourtant, il s'agissait des infractions commises dans les entreprises publiques constituées sous forme de personne morale commerçante de droit privé. Sur la question Cf. POUGOUE (P.-G.), « Les sociétés d'Etat à l'épreuve du droit OHADA », *Juridis périodique* n° 65, Janvier-février- mars 2006. V. également DJILA (R.) et FOPI (V.P.), « La répression des atteintes portée à la fortune des sociétés d'Etat par leur dirigeants : le cas du Cameroun », *Juridis périodique* n° 95, Juillet-aout-septembre 2013, pp. 81 et ss.

136 Pour le pouvoir exécutif, voir titre II de la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la Constitution du 02 juin 1972 modifiée par la loi n° 2008/001 du 14 avril 2008.

publique puisqu'il n'est pas magistrat de parquet et cette attribution relève exclusivement du pouvoir judiciaire dont fait partie le Ministère public[137].

Il importe de présenter la situation exacte, *« la face cachée »* et toute la réalité du Ministère public. Plus qu'un seigneur, il n'est qu'un servant au Cameroun, un serviteur patrimonial au sens weberien du terme tant sa dépendance par rapport à l'exécutif est grande. Il devient ainsi une branche de l'administration publique et non un troisième pouvoir[138]. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour Européenne des Droits de l'Homme lui avait dénié la qualité d'autorité judiciaire, et même de *« Magistrat »* au sens de l'article 5, paragraphe 3 de la convention européenne des droits de l'homme[139]. Le Ministère public peut, à l'audience, développer, oralement autre chose que des ordres donnés ou des instructions reçues, sans pour autant commettre une faute quelconque. Il s'agit là d'un principe généralement admis en procédure pénale, largement et traditionnellement suivi par la pratique judiciaire[140]. Au regard de ce qui précède, on ne saurait, au risque de prêter le flanc à une dérive juridiciste[141], affirmer que le Ministère public n'a pas de pouvoirs réels. Mais, on constate qu'ils sont plutôt *« donneurs d'avis »* et sont appelés à opiner plus qu'à décider. Ils sont subordonnés, souvent même assujettis à l'exécutif et souffrent d'un déficit de légitimité consubstantielle[142]. Ils ne sont donc que des *« agents du pouvoir exécutif »*[143], les commis du Ministre de la justice, voire ses garçons de courses.

Comme on peut le constater, la soumission du parquet à la hiérarchie empêche au Ministère public de jouer concrètement son rôle. Cette raison est loin d'être unique. Son inertie peut également se justifier par l'absence d'un parquet communautaire près la CCJA.

---

137 D'ailleurs, il ressort de l'article 37, al. 2 de la Constitution camerounaise que « Le pouvoir judiciaire est exercé par la Cour suprême, les cours d'appel, les tribunaux. Il est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif. Cette disposition constitutionnelle a été reprise par l'art. 2 al. 1 de la loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire du Cameroun. Cf. *Juridis périodique* n° 68, oct.-nov.-déc. 2006, pp. 34 à 45.

138 Cf. KONTCHOU KOUOMEGNI (A.), « Administration et politique en Afrique francophone ou de l'autocratie bureaucratique », Conac (G.), (S/dir)/ *Les grands services publics dans les Etats francophones d'Afrique noire*, Paris, Economica, 1984, p. 20.

139 Dans l'affaire Schiesser c/ Suisse, arrêt du 4/12/79 ; Medvedvev et autres c/ France, Requête n° 3394/03, Grache, 1/12/2008 ; arrêt du 23 novembre 2010 sur requête n° 37104/06, dame France Moulin c/France, cité par TCHANTCHOU (H.), « La place du parquet ou Ministère public dans les processus judiciaires communautaires : le cas de l'OHADA », *op. cit.*, p. 5.

140 MERLE (R.) et VITU (V.), *Traité de procédure pénale*, 1999, pp. 85 et ss.

141 Expression empruntée à NGEULIEUTOU (A.), « Le premier Ministre au Cameroun : la construction d'une institution de pouvoir politique », *Juridis périodique* n° 94, avril-mai-juin 2013, p. 50.

142 TCHANTCHOU (H.), « La place du parquet ou Ministère public dans les processus judiciaires communautaires : le cas de l'OHADA », *op.cit.*, p. 1.

143 SOCKENG (R.), *Les institutions judiciaires au Cameroun*, 4ème édition, Macacos, Douala, 2005, p. 191.

2- L'absence d'un parquet communautaire OHADA près la CCJA

Si on peut être d'accord avec certains auteurs qu'il existe un droit pénal OHADA[144], il est important de noter qu'il n'existe pas une politique pénale de l'OHADA, encore moins de parquet communautaire au niveau de la CCJA. Pourtant, la rencontre entre le droit pénal et le droit communautaire, bien que difficile, est inévitable[145].

Pourquoi le législateur OHADA n'a-t-il pas pourvu la CCJA d'un parquet communautaire ? Pourtant, d'une part, il fait souvent référence à un ordre public international des Etats parties dans l'interprétation et l'application du droit harmonisé et, d'autre part, la physionomie du droit moderne révèle chaque jour un Ministère public qui n'est plus confiné aux matières pénales. Le parquet assure une mission régalienne importance que l'ordre OHADA pourrait davantage solliciter pour évoluer efficacement. Pour cela, il faudrait instituer un parquet près la CCJA. Il faudrait prendre garde de croire que les fonctionnaires du parquet communautaire se distingueront des juges communautaires pour défendre les politiques nationales devant la Cour. Leur rôle consistera, pour emprunter les termes de l'article 166 du Traité CEE, *« à présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance, des conclusions motivées sur les affaires soumises à la Cour de justice… »*. Cette reconnaissance a été déjà faite par les cours de justice de l'UEMOA et de la CEMAC[146]. Sans instituer formellement des parquets communautaires, celles-ci ont mis en place un mécanisme par lequel les avocats généraux interviennent dans les processus de jugement.

La réglementation uniforme du droit des affaires en Afrique rendait inévitable l'épineuse rencontre entre le droit pénal et le droit communautaire[147]. L'enjeu qu'on y trouvait était l'aménagement parfait des souverainetés nationales. Comme on peut le constater, le droit pénal est une branche du droit directement logée *« au cœur même du sanctuaire de la souveraineté »*[148]. L'aménagement n'a pas du tout été facile. Le dilemme allait *a priori* dans deux sens : soit contrecarrer les souverainetés étatiques, soit les préserver[149]. Chaque choix emportait de graves conséquences. La paralysie des souverainetés nationales était de nature à faire échec à l'œuvre d'harmonisation du droit, pour la simple raison que les Etats très jaloux de leur souveraineté auraient mis un obstacle au relai de l'initiative commune. La sauvegarde des souverainetés écartait ainsi de l'œuvre uniforme l'aspect pénal, à telle enseigne que le succès des principaux objectifs recherchés par le législateur communautaire était mis en berne.

---

144 TCHANTCHOU (H.) et AKOUETE AKUE (M.), *op.cit*., p. 1.

145 NDIAW (D.), « Actes uniformes et Droit pénal des Etats signataires du Traité de l'OHADA : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire des affaires dans l'espace OHADA », *Revue burkinabé de droit*, 2001, *Ohadata* D-05-41, n° p. 1.

146 L'art. 31 de l'acte additionnel portant statut de la chambre judiciaire de la CEMAC donne possibilité au Président de désigner, par ordonnance s'il y a lieu, un juge pour assurer la fonction d'avocat général dans le cadre d'une affaire précise.

147 NDIAW (D.), *op. cit.,* p. 1.

148 VIRALLY (M.), « Cours général de droit international public », *RCADI*, 1983, t. 183, p. 124, cité par MAHOUVE (M.), « Le système pénal OHADA ou l'uniformisation à mi-chemin », *Penant*, n° 846, 2004, p. 87.

149 TCHANTCHOU (H.) et AKOUETE AKUE (M.), *op.cit*., p. 1.

Le législateur OHADA devait s'inspirer de la ligne de conduite d'ores et déjà tracée par les organisations africaines qui l'avaient devancé[150]. C'est dans cette veine que l'OHADA a choisi une position équilibrée, qui consiste à définir les infractions, en s'interdisant de fixer les peines[151]. C'est d'ailleurs ce qui ressort de l'article 5 du Traité de l'OHADA. Dans cette logique, le droit pénal des affaires OHADA s'est trouvé éclaté en deux champs de compétence : une compétence d'édiction des normes de comportements punissables qui relève de l'ordre supranational et une compétence complémentaire d'élaboration des normes complémentaires de répression qui demeure dans les ordres juridiques nationaux[152]. Pour satisfaire toutes les parties, les rôles sont désormais partagés entre l'Organisation intégrée et ses membres. Seulement, bien que cette approche soit séduisante, elle ne manque pas d'entraîner un certain nombre de conséquences pratiques néfastes[153]. Celle-ci entraîne une activité pénale à double vitesse non sans créer l'inertie des parquets nationaux[154].

Ce rattachement des dispositions pénales au droit des affaires OHADA n'est pourtant pas automatique, il n'est qu'une simple éventualité. A ce niveau, l'on constate d'abord que les Etats parties gardent leur activité pénale dans le domaine régi par le droit uniforme ; ensuite, l'intervention du législateur uniforme n'empêche pas non plus le législateur national d'établir librement de nouvelles incriminations en complément de l'œuvre communautaire. A la disparité des techniques d'accueil des normes d'incrimination peut donc se greffer le danger de la variété des systèmes, chiffres et politiques pénaux nationaux. Un fait déclaré délictueux par la norme communautaire peut être puni des peines criminelles graves dans un Etat et de sanctions délictuelles vénielles dans un autre. L'Organisation court ainsi le risque de construire, dans le même *« territoire pénal »*, des *« enfers pénaux »*, des *« paradis pénaux »* [155] selon que l'Etat qui prend l'acte complémentaire soit plus ou moins répressif. Pourtant, l'objectif de sécurité juridique et judiciaire poursuivi par l'OHADA ne peut être atteint par les infractions communes sans les sanctions communes à tous les Etats parties[156]. Dans cette mouvance, l'on constate que la force du principe de l'égalité de tous devant la loi se trouve atténuée. Etant soumis à la même législation, les fautifs n'encourent pas la même sanction. Les investisseurs pourraient alors privilégier ces pays à répression moins rigoureuse et où les conditions pénitentiaires sont humainement acceptables.

---

150 Les cours de justice de l'UEMOA et de la CEMAC ont institué formellement des parquets communautaires qui permettent aux avocats généraux d'intervenir dans les processus de jugement.

151 HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, 3ème édition, PUF, 2005, p. 133.

152 TCHANTCHOU (H.) et AKOUETE AKUE (M.), *op. cit.*, p. 22.

153 HUET (A.) et KOERING-JOULIN (R.), *Droit pénal international*, 3ème édition, PUF, 2005, p. 133.

154 Pour ce qui est de l'activité pénale, le constat a été fait que le législateur OHADA peut inclure dans les Actes uniformes des dispositions d'incrimination pénale. Toutefois, le législateur n'envisage l'activité d'incrimination à son niveau que comme une simple éventualité.

155 ANOUKAHA (F.) et autres, *OHADA*, *Sociétés Commerciales et GIE,* Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 237. Comme on peut le constater, l'application des sanctions nationales pour réprimer les infractions instituées par le législateur OHADA peut être source des discriminations implicites. Elle risque d'entraîner des inégalités de répression dans les Etats parties du fait des sanctions pénales différentes et des écarts entre les peines.

156 POUGOUE (P.-G.), « Les visages de la sécurité juridique », *Revue africaine des sciences juridiques*, Vol. 4, n° 1, 2007, pp. 1 à 8.

Pour ce qui est de l'inertie, il n'est pas risqué de conclure que l'absence d'un parquet au niveau de la CCJA constitue un obstacle pour le Ministère public à mettre en mouvement l'action publique pour la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA. Il est fort à parier que, si cette institution n'existait pas, le droit des affaires ne serait pas véritablement effectif devant les tribunaux. Il est clair que si un justiciable n'obtient pas le droit sollicité devant le juge pénal national, il peut valablement saisir la CCJA pour se faire écouter. Par souci de représailles de la CCJA, le juge pénal national sera donc obligé de dire le droit. Mais, pour ce qui est des infractions pénales, les victimes restent encore impuissantes face à la toute puissance du Ministère public qui s'abstient toujours à mettre en mouvement l'action publique pour la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA. Si le parquet communautaire existait, il aurait pris les mêmes mesures que le juge commercial, car aucun juge n'aimerait en effet voir un autre revenir sur sa décision.

Même en l'absence d'un parquet communautaire, le Ministère public jouit souvent d'une latitude d'action, à moins que son indolence soit inhérente aux contraintes subjectives.

2- Les contraintes subjectives

La non mise en mouvement de l'action publique pour la poursuite des infractions contenues dans les Actes uniformes va à contre-courant de sa nature véritable. Ce paradoxe peut s'expliquer par différents facteurs : la difficile adaptation des magistrats au droit OHADA (1), les pesanteurs politiques et les élans de corruption (2), la dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif (3).

1- La difficile adaptation des magistrats au droit OHADA

Le magistrat de l'espace OHADA s'adapte-t-il facilement au droit OHADA ? La question posée ici, a certes de quoi surprendre. A la vérité, celle-ci doit être d'emblée soulevée. Depuis la signature du traité de l'OHADA, l'application du droit harmonisé est en crise : crise de l'indépendance des magistrats, mais aussi et surtout crise de la méconnaissance du droit harmonisé de l'OHADA.

L'une des causes de l'inertie du Ministère public à mettre en mouvement l'action publique pour la poursuite des infractions contenues dans les Actes uniformes peut être liée à la méconnaissance du droit OHADA. Le juge de l'espace de l'OHADA interprète relativement le droit OHADA. Mais parfois, il renvoie aux formalismes injustifiés, se trompe dans la qualification, ou applique l'ancien droit en lieu et place du droit positif OHADA.

Pour ce qui est de l'interprétation, l'on constate que le juge de l'espace OHADA donne une interprétation erronée de certaines dispositions[157]. C'est ainsi qu'un tribunal avait considéré qu'il n'est pas de la compétence du juge d'appel de vérifier le respect des formalités imposées par l'article 4 de l'Acte uniforme OHADA sur les procédures simplifiées et des voies d'exécution dès lors qu'il est chargé de vérifier la régularité du jugement rendu sur opposition et non celle de l'ordonnance qui a donné lieu à cette

---

[157] Sur la mission du juge d'appel en matière d'injonction de payer.

opposition. En matière d'injonction de payer, pareille mission incombe au juge d'appel[158]. Dans une autre affaire, le tribunal semble faire une confusion qui procède d'une mauvaise interprétation de la notion de tiers détenteur en matière de saisie immobilière en décidant que les tiers détenteurs étant des créanciers hypothécaires ou bénéficiant d'un privilège spécial immobilier, ne peuvent être considérés comme tels, ni le représentant légal de la société propriétaire de l'immeuble. Comme le relève pourtant un auteur, *« le tiers détenteur c'est celui qui a acquis l'immeuble hypothéqué et contre qui la saisie est dirigée en raison du droit de suite attaché à cette sûreté réelle immobilière que constitue l'hypothèque »*[159].

Une autre décision est relative à la saisie immobilière. Un tribunal a eu à juger en matière immobilière, que *« les dires et observations relatifs à une procédure de saisie immobilière doivent être présentés avant l'audience éventuelle sous peine de forclusion. Mais, le tribunal peut se saisir d'office pour relever les irrégularités liées à la procédure telles que le non respect de la date d'adjudication et prononcer ainsi la nullité des poursuites engagées »*[160]. Comme on le constate, les dispositions évoquées dans cette décision prévoient des formalités substantielles, dont le défaut entraîne la nullité. Mais, l'on note qu'il ne s'agit pas d'une nullité d'office. L'article 297 de l'Acte uniforme sur les procédures simplifiées et des voies d'exécution dispose que *« les formalités prévues par ces textes (…) ne sont sanctionnées par la nullité que si l'irrégularité a eu pour effet de causer un préjudice aux intérêts de celui qui l'invoque* ». En jugeant comme il l'a fait, le TGI du Mfoundi a rajouté une condition que les textes de l'OHADA, applicables en la matière, n'ont pas prévue.

Pour ce qui est de la mauvaise qualification, un auteur note avec regret que huit ans après l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme OHADA sur les sociétés commerciales, les praticiens du droit continuent à qualifier d'abus de biens sociaux, les détournements de biens par un salarié[161]. Dans une espèce, dame ANGOUAND, alors pharmacienne à Douala au Cameroun, va créer une SARL pour la livraison des médicaments. Elle va s'offrir les services de sieur NDOUMBE KINGUE Auguste avec qui elle signe un contrat de travail[162]. Estimant que son collaborateur a détourné une somme de 63 millions Fcfa au préjudice de la société DDI, elle dépose une plainte avec constitution de partie civile pour abus de biens sociaux. A la suite de l'information judiciaire, le magistrat-instructeur[163], sur la demande du conseil de la victime, visera les articles 74 du Code

---

158 Il n'y avait aucune raison d'empêcher un plaideur qui avait invoqué dans son opposition une irrégularité de forme ou de fond de l'ordonnance.CA du Littoral à Douala au Cameroun, arrêt n° 011/CC du 24 octobre 2003, affaire SEFICAM PFI SARL c/ NWUAFFO Louis, *www.ohada.com*, ohadata J-04-222, obs. Joseph ISSA-SAYEGH.

159 Cf. NDIAW (D.), « Observations sous TRHC de Dakar, n° 895 du 02 mai 2000 », *www.ohada.com*, cité par KODO (M. J. V.), *L'application des Actes uniformes de l'OHADA,* collection PUR (Publications de l'institut Universitaire André RYCKMAN (S.)), n° 5, 2010, 348 pp.

160 TGI du Mfoundi à Yaoundé au Cameroun, jugement n° 677, 25-9-2002, affaire Richard c/ BICEC, www.ohada.com, Ohadata J-04-211., cité par KODO (M. J. V.), *op. cit*., p. 5.

161 SOCKENG (R.), *Droit pénal des affaires OHADA, op.cit*., p. 103. Ce nombre d'année renvoi à la date de d'entrée en vigueur de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le rendu de la décision sur la question donnée.

162 Conformément à l'art. 23 du Code du travail camerounais.

163 Depuis La loi n° 2005/007 du 27 juillet 2005 portant Code de procédure pénale au Cameroun, entrée en vigueur le 1er janvier 2007, il est désormais désigné sous le nom de juge d'instruction.

pénal camerounais et 891 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et renverra[164] l'inculpé devant le Tribunal de première instance de Douala Bonandjo pour abus de biens sociaux alors même que la loi camerounaise du 10 juillet 2003 était déjà applicable. Pourtant, les seuls auteurs possibles de cette infraction sont les dirigeants sociaux. Inévitablement, le réflexe de l'usage du droit pénal OHADA n'est pas encore la chose la mieux partagée chez les praticiens du droit[165].

Pour ce qui est de l'application de l'ancien droit, il est important de signaler que pour définir le commerçant, la Cour d'appel du Littoral à Douala au Cameroun énonce les articles 2 à 12 de l'Acte uniforme sur le droit commercial général. Cette énonciation en bloc montre à suffisance que ce juge ne maîtrise pas clairement le texte qui vise la définition du commerçant. Plus curieux encore, il définit le commerçant comme *« celui qui exerce des actes de commerce et qui en fait sa profession habituelle »*. Comme on peut le constater, le juge continue à appliquer, par moment, l'ancien droit OHADA en matière commerciale[166], pourtant, il a été saisi par une requête d'appel en date du 16 mai 2011 et enregistrée au greffe de ladite cour le 26 mai 2011sous le numéro 1306. Désormais, l'article 2 de l'Acte uniforme OHADA sur le droit commercial définit le commerçant comme : *« celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession »*. C'est là manifestement un signe de négligence, voire de méconnaissance du droit OHADA par le juge de la Cour d'appel du Littoral à Douala. Du coup, c'est l'ensemble de l'appareil judiciaire qui se grippe et perd sa cohérence[167]. Dans ce système où le magistrat fait tout, il risque de devenir finalement un bon à rien. Il était donc indispensable de penser à sa spécialisation.

L'ordre judiciaire camerounais établit la question de la spécialisation des magistrats en 2012 par la série de décrets du 15 mars[168] ; mais surtout, les décrets n° 2012/188 et n° 2012/189 du 18 avril modifiant et complétant les articles 8 et 11 du décret n° 95/048 du 8 mars 1995 portant statut de la magistrature[169]. S'il est vrai que

---

164 Ordonnance du 13 juin 2006, affaire ANGOUAND Suzie c/NDOUMBE KINGUE Auguste, citée par SOCKENG (R.), *Droit pénal des affaires OHADA, op.cit*., p. 103.

165 SOCKENG (R.), *Droit pénal des affaires OHADA, op.cit*., p. 103.

166 Arrêt n° 176/CC du 5 novembre 2012, Affaire Dame SONKE née TCHUENTE Florence c/ SUMOCA SA. 17ème rôle, 5ème paragraphe, inédit. Pourtant, en réalité, depuis le 15 décembre 2010, date d'adoption de l'Acte uniforme OHADA sur le droit commercial général, la définition du commerçant a substantiellement changé.

167 Cf. SAWADOGO (F.M.), « L'accès à la justice en Afrique francophone : Problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso », *op.cit.*, p. 186.

168 Ce décret ouvrait les tribunaux administratifs (Décret n° 2012/119 du 15 mars 2012), les tribunaux de première et de grande instance (Décret n° 2012/120 du 15 mars 2012, n° 2012/202 du 19 avril 2012) et portait création d'un centre de documentation juridique, judiciaire multimédia (Décret n° 2012/121 du 15 mars 2012. Avant ce décret, un auteur avait d'ailleurs marqué son étonnement d'entendre le chant peu mélodieux composé et exécuté par les vieilles machines à écrire de nos palais de justice au XXIème siècle, siècle dit de l'informatique. Cf. DJUIDJE (B.), « Le statut du juge judiciaire camerounais : un tableau contrasté », *Annales de la FSJP de l'Université de Dschang*, Tome 3, 1999, pp. 52 et ss.).

169 Nous soulignons d'ailleurs à ce sujet avec un auteur : KUATE TAMEGHE (S.S.), « La réforme de la magistrature au Cameroun », *Juridis périodique* n° 90, avril-mai-juin 2012, p. 115.) et de manière très utile que les couleurs avaient été annoncées dès la fin de l'année 2011 par la loi n° 2011/027 du 14 décembre 2011 modifiant et complétant la loi n° 2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire, puis par la loi n° 2011/028 de la même date portant création du tribunal criminel spécial. Elles se sont

les législations antérieures sur le service de la justice ne prévoyaient aucune spécialisation des magistrats, il apparaît nettement que tout au long de l'histoire judiciaire du Cameroun, les juridictions qui devaient affirmer la spécialisation des magistrats n'avaient jamais été créées et organisées. Les affaires commerciales continuent à être portées devant les mêmes juridictions que les affaires civiles, tout comme les mêmes juges, dans certaines juridictions, intervenaient au civil et en matière administrative, etc… Ce qui avait le dangereux inconvénient de surcharger les juges et les juridictions, donc de ralentir l'administration de la justice[170]. Il y avait donc urgence de remanier les textes organisant la magistrature camerounaise[171]. Les réformes introduites en 2008 par la révision à Québec du Traité OHADA ou celles plus récemment engagées au sein de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, sont venues achever de convaincre de la nécessité de retoucher le statut des magistrats, véritables pierres angulaires de la sécurité juridique et judiciaire recherchée dans le préambule du Traité de Port-Louis. L'espoir a donc été suscité par les changements apportés dans le statut de la magistrature camerounaise[172]. Toutefois, il semble que la réforme n'a pas répondu intégralement au souci du justiciable pour deux raisons au moins. D'abord parce que, dans la section judiciaire où sont issus les magistrats qui doivent connaître des litiges intéressant le droit OHADA, le législateur n'a pas opéré une autre sous-division, en distinguant la sous-division des auditeurs en charge des affaires économiques d'une part et la sous division des auditeurs en charge des autres affaires purement civiles et privées, d'autre part. D'autre part, parce que l'admission dans la section droit public et droit privé est ouverte aux titulaires des deux

---

poursuivies, entre autres, avec le décret n° 2012/223 du 15 mai 2012 mai portant organisation administrative dudit tribunal.

170 Sur le ralentissement de l'administration de la justice, cf. IDOURAH (S.N.), *Justice et pouvoir au Congo-Brazzaville*, 1958-1992 : la confusion des rôles, Harmattan, 2001, p. 159.

171 Le rapprochement ou le brassage croissant des systèmes juridiques, le développement des échanges économiques et l'augmentation corrélative de la criminalité appelaient inéluctablement la configuration de l'arsenal normatif et institutionnel chargé de régir la vie ensemble.

172 L'article 1er du décret n° 2012/188 du 18 avril 2012 précise clairement les nouvelles conditions pour concourir à la magistrature (Nul ne peut être recruté comme magistrat s'il ne justifie, outre les conditions requises par le statut général de la fonction publique de l'Etat : a- D'une maîtrise en droit privé, d'une maîtrise en droit public, d'une maitrise en, sciences économiques, d'une maitrise en gestion, ou d'un master en informatique d'une université camerounaise ; b- Du diplôme de l'Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature (division de la magistrature et des greffes) ou d'un stage d'attaché de justice (…) ; c- Toutefois, la maîtrise en droit privé, la maitrise en droit public, la maîtrise en sciences économiques, la maîtrise en gestion ou le master en informatique d'une université camerounaise, peuvent être remplacés par un diplôme étranger reconnu équivalent par l'autorité compétente et agréée par le Ministre de la justice ». Au Cameroun, la formation des magistrats était encore très générale. Pourtant, l'environnement économique du pays exige de nos jours des praticiens de plus en plus spécialisés dans des domaines tels que celui du droit des affaires. Heureusement qu'une réforme est amorcée dans ce sens. Dans cette réforme, ce n'est pas surtout la possibilité offerte aux titulaires des autres maîtrises de devenir magistrats qui est élogieux ; mais surtout, la division qui est désormais faite dans cette section. L'élargissement du périmètre de la profession de magistrat aux disciplines non juridiques, amorcé naguère et affiné y compris la division en section augure des lendemains meilleurs (KUATE TAMEGHE (S.S.), article, *op. cit.*, p. 118).). Avec la nouvelle division, on va heureusement assister à la réduction à des proportions congrues de l'aléa dans le procès (Désormais, les magistrats auront parmi eux des spécialistes taillés dans le moule de l'indépendance ou de l'impartialité. Les erreurs judiciaires seront enfin revues à la baisse. Les magistrats n'auront plus à solliciter le concours des tiers pour avoir leur expertise dans les domaines qui ne relèvent pas directement du droit. Ils auront désormais une lecture plutôt globale du contentieux relevant de leur compétence).

types de master ou de maîtrise en droit. Pourtant, il aurait été élogieux de limiter l'accès dans les sections aux titulaires du diplôme de cette section, pour permettre aux magistrats chargés des affaires économiques à ne connaître que les seules questions relatives au droit des affaires. Cette séparation leur permettra d'être non seulement efficace, mais d'être bon à toutes les affaires économiques, au lieu d'être bon à tout pour devenir un bon à rien parce que faisant tout et finalement ne faisant rien de bon. Le législateur gagnerait à pousser la réforme dans ce sens, en y ajoutant la création des tribunaux de commerce. Mais, même en le faisant, dans un système où la démocratie n'est pas véritablement avancée, les contraintes politiques et les élans de corruption peuvent empêcher le Ministère public de jouer pleinement son rôle.

2- Les pesanteurs politiques et les élans de corruption

Sur le plan politique, il a été noté que les dirigeants des grandes entreprises sont souvent des responsables politiques. Cette double qualité leur permet de développer un réseau d'influence pouvant entraîner des pressions sur l'appareil judiciaire, mettant ainsi en branle l'indépendance de la justice[173]. C'est d'ailleurs le cas typique du Cameroun où tous les hommes d'affaires dirigeants de toutes formes d'entreprises sont coptés au comité central du parti au pouvoir : le RDPC[174]. Aidés en cela par une certaine conception du pouvoir au plus haut niveau de l'Etat, certains dirigeants se retrouvent bénéficiaires d'une certaine impunité dans l'acte que la loi réprime. Pour compenser les services qu'ils offrent au parti, aucune poursuite n'est engagée contre eux lorsqu'ils ont commis les infractions contenues dans les Actes uniformes. L'on constate donc une fragilisation du Ministère public dans les affaires à forte coloration politique[175]. Confronté à des affaires qui impliquent les dirigeants du parti au pouvoir, le Ministère public se trouve dans une position inconfortable. Dans cette situation, on risque de tendre vers la politisation des affaires[176].

La souplesse d'appréciation que permet le principe de l'opportunité des poursuites engendre la possibilité de choix arbitraires. C'est l'une des principales critiques formulées à l'encontre de la règle de l'opportunité de poursuites du Ministère public. Mais plus que l'arbitraire de l'appréciation des infractions contenues dans les Actes uniformes de l'OHADA, on peut redouter que le Ministère public utilise, en certains cas, la faculté qui lui est offerte de classer sans suite pour favoriser certains hommes d'affaires en particulier ; on concevra que l'intérêt général ait à perdre du fait de ce type de pratiques. Concrètement, il faut imaginer que le pouvoir politique se mêle du

---

173 Cf. TOE (S.), *op.cit.*, p. 47.

174 Le Rassemblement démocratique du peuple camerounais (RDPC) est le parti au pouvoir du Cameroun. Son ancien nom (1960-1984) était l'Union nationale camerounaise, ancien parti unique fondé par Ahmadou Ahidjo ancien président de la République du Cameroun, qui a dominé la vie politique camerounaise depuis l'indépendance en 1960. On peut citer les entreprises suivantes : Express union, La pasta, Les brasseries du Cameroun, l'Union des Brasseries du Cameroun, Le Crédit Communautaire d'Afrique, la Sumocam, Afrique construction, Tradex, Centrale voyage, Le groupe FOTSO VICTOR, la défunte satellite insurance…

175 Cf. DOUNKENG ZELE (C.), *op. cit.*, p. 70.

176 Cf. COFINEST, (TGI du wouri, jugement n° 351/Civ. du 23 mars 2011 prononçant l'ouverture de la liquidation de COFINEST, inédit).

fonctionnement de la justice en vue de soustraire des délinquants économiques à la justice[177].

Les dangers à redouter sont, heureusement, compensés par la possibilité laissée par l'Acte uniforme à la victime de déclencher elle aussi, l'action publique[178]. Malheureusement, avoir affaire à la justice moderne continue d'être mal accepté par la société qui préfère *« laisser tomber »[179].* Comme l'écrit un auteur, la fierté du paysan sénégalais n'est-elle pas de pouvoir dire : *« je n'ai jamais mis les pieds dans un tribunal ou dans un commissariat de police »* ?[180] Il reste que l'opinion dénonce généralement l'absence de répression suffisante des auteurs des infractions contenues dans les Actes uniformes. Ceux-ci bénéficieraient de trop d'impunité découlant parfois de la pratique de corruption dans le milieu judiciaire.

Du latin *« corruptio »,* qui dérive de *« corrumpere »*, c'est-à-dire corrompre, la corruption désigne le trafic de fonction[181]. C'est le fait de commettre des actes qui constituent un exercice abusif d'une fonction[182], y compris par omission, dans l'attente d'un avantage, directement ou indirectement accordé à un titre personnel ou à un tiers. C'est également un échange occulte, secret, qui permet d'accéder à des ressources que le respect des règles et procédures n'aurait pas permis d'obtenir ou aurait rendu aléatoire[183]. Juridiquement, la corruption renvoie à la violation et à l'atteinte au devoir de probité et à la bonne moralité, approche qui va en droite ligne avec celle du Code pénal camerounais dans ses articles 123, 130, 134 et 161[184]. De ce fait, la corruption, circonscrite dans le secteur public, est entendue comme *« l'abus d'une charge publique à des fins d'enrichissement personnel »[185].*

---

177 CONTE (P.) et MAISTRE DU CHAMBON (P.), *Procédure pénale*, Coll. U, Colin, 2ème éd., 1998, p. 180. La solution se justifie en ce que le parquet demeure en position de subordination hiérarchique à l'égard de l'exécutif par l'intermédiaire du garde des sceaux.

178 L'on peut entendre par victime ici, le syndic représentant des créanciers, ou tout créancier agissant en son nom propre ou au nom de la masse (v. art. 234 al. 1 de l'AUPC). La victime dispose de cette liberté y compris dans le cas où le Ministère public aurait rendu un avis contraire (Crim., 8 décembre 1906 (Arrêt Laurent ETTHALIN) D.P., 1907, 1, 207, rapp. ATTHALIN (L.) ; cf. aussi art. 157 et ss. du Code de procédure pénale camerounais.).

179 SAWADOGO (F.M.), « L'accès à la justice en Afrique francophone : Problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso », *op.cit*., p. 205.

180 M'BAYE (K.), *Le droit en déroute. Liberté et ordre social. Neuf-chatel*, éd. de la Banomière, 1968, p. 18.

181 Cf. CORNU (G.), *Vocabulaire juridique,* association Henri Capitant, 8ème éd., PUF, 2007, p. 246.

182 Ou un abus d'autorité.

183 Cf. MENY (Y.), *La corruption de la République*, Paris, FAYARD, 1992, p. 247.

184 Le Code pénal camerounais s'inscrit dans la qualification faite par la plupart des Codes pénaux africains et même occidentaux du phénomène de la corruption, en indexant particulièrement les manquements au devoir de probité d'une part et, les atteintes à l'administration publique ou tout ce qui y a trait par les personnes exerçant une fonction publique d'autre part. C'est l'approche que suivent d'ailleurs nombre de conventions internationales relatives au phénomène de la corruption et à son éradication. Qu'il s'agisse de l'Indice de Perception de la corruption (IPC) utilisé par l'ONG Transparency International, de la Foreing Corrupt Practice Actes en vigueur aux Etas-Unis d'Amérique depuis 1977, de la Convention de l'Union africaine sur la prévention et la lutte contre la corruption ou encore de la Convention de l'Organisation de Coopération de Développement Economique (OCDE) sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

185 La convention des Nations-Unies Contre la Corruption entrée en vigueur en décembre 2005, se veut plus claire en suggérant cette approche. La thématique de la corruption dans le secteur judiciaire en

En effet, une bonne étude du phénomène de la corruption dans le milieu judiciaire ne peut s'accommoder d'une lecture étroitement causale et finaliste. Cette réflexion a l'avantage et le mérite de rappeler d'entrée de jeu, que la corruption dans le milieu judiciaire peut fonctionner en réseau. La compréhension et l'évaluation de sa puissance et/ou de sa faiblesse[186] s'inscrit dans la perspective de l'approche relationnelle des réseaux de corruption. Dans cette perspective, *« les chaines de l'action correspondant à la « corruption » ou aux « campagnes anti-corruption »* s'organisent sur la trame de réseaux de relations comme des *« cycles interconnectés pour chacune desquelles, les conflits, intérêts et loyauté ont un rôle à jouer »*[187]. S'il existe un lien entre la justice et la corruption, c'est d'abord parce que les modes de corruption peuvent se développer et prendre définitivement place au cœur de ce secteur. Cela semble encore plus pertinent dans le contexte africain et camerounais en particulier marqué d'une part par des relations denses entre l'Etat post-colonial et accumulation[188], puis affecté d'autre part, par une crise multiforme : crise économique, en particulier, crise de la légitimité.

Le développement de la corruption dans le système économique OHADA en général et dans la mise en mouvement de l'action publique pour la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA en particulier est étroitement lié avec le sous-développement des *« Etats parties »*[189]. Comment peut-il se manifester lorsque les faits fautifs ont été commis ? Il serait trop prétentieux de dresser une liste complète des manquements graves qualifiés de corruption susceptibles d'être observés dans le rôle du Ministère public à mettre en mouvement l'action publique pour la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA. N'est-ce pas là une tâche de spécialiste des questions de la bonne gouvernance?[190] Néanmoins, l'on peut s'autoriser quelques réflexions à partir des constats qui sont faits dans le déroulement de la fonction de poursuite du Ministère public, et dans la gestion courante de certaines administrations publiques de l'Etat au Cameroun. Ici, cette corruption est constituée par le fait que le représentant du Ministère public sollicite ou accepte un don, une offre ou une promesse en vue de ne pas mettre en mouvement l'action publique, un acte entrant dans le cadre de ses fonctions[191]. La corruption décline un ensemble de comportements

---

général et celui du Cameroun en particulier recoupe une problématique féconde au regard aussi bien de nombreuses curiosités, incertitudes et contradictions qu'elle semble dégager, que du *« répertoire d'actions »* fort varié qu'elle génère sur fond combiné des efforts de la communauté nationale et internationale.

186 Cf. GERDES-Cameroun, *La corruption au Cameroun* (sous la direction de Pierre TITI NWELL), Yaoundé, Fondation Friedrich-EBERT-STIFTUNG, juin 1999, p. 65.

187 Cf. NELKLEN (D.), LEVI (M.), « The Corruption of Politics and the Politics of Corruption: An Overview », *Journal of Law And Society*, Vol. 23, n° 1, 1996, pp. 1-16.

188 Cf. BAYART (J.-F.), Itinéraires d'accumulation au Cameroun, *« Conclusion »* sous la direction de Peter Geschiere et Piet Konings, Paris et Leiden, Editions Karthala et Africa-Studie centrum, 1993, pp. 335-344.

189 La notion d' *« Etat-sous développé »* a été utilisé par Jean-François MEDARD dans l'application qu'il fait du néo-patrimonialiste au Cameroun sous le régime du président AHMADOU AHIDJO ; cf. « L'Etat-sous développé au Cameroun », *Année Africaine*, 1977, Paris, Pedone, 1979, pp. 35-84.

190 Pour reprendre les termes du Professeur TCHAKOUA (J.-M.), « Droits fondamentaux, corps et intégrité physique du salarié », *Annales de la Faculté des Sciences Juridique et Politiques de l'Université de Dschang,* T. I, vol. 1, 1997, p. 42.

191 En revanche, le fait pour un fautif d'avoir remis cinq bons d'essence à un fonctionnaire chargé de contrôler sa gestion, tout en escomptant en retour une attitude bienveillante de la part de ce dernier, est constitutif du délit de corruption active du fonctionnaire (TRHC Dakar, n° 3199, 09-07-2002, cité par KODO (M. J. V.), *L'application des Actes uniformes de l'OHADA,* collection PUR (Publications de l'institut

quotidiens tous répréhensibles à des degrés divers, au point qu'on en vient à la sérier. Le vocabulaire camerounais fourmille d'expressions renvoyant à ces divers cas : *« gombo »*, *« macala pati »*, *« njo'o »*…[192]. Le droit des procédures collectives fournit un exemple type. L'on y a relevé la persistance des juges à désigner certaines personnes à titre de syndic, de liquidateur ou d'administrateur d'entreprises en état de cessation des paiements malgré le fait qu'elles se sont illustrées plutôt dans le démantèlement des entreprises, en sorte qu'aucun des objectifs poursuivis n'a été atteint[193]. L'on peut légitimement craindre l'existence de complicités entre certains juges et auxiliaires de justice.

Mais, ce combat ne peut facilement pas aboutir dans la mesure où le parquet demeure encore dépendant vis-à-vis du pouvoir exécutif.

3- La dépendance du parquet vis-à-vis du pouvoir exécutif

L'une des raisons de l'indolence du Ministère public à mettre en mouvement l'action publique pour la répression des infractions pénales contenues dans les Actes uniformes OHADA relève du fait qu'il est impuissant. Cette situation tient, nous semble-t-il, à sa quasi-indépendance à l'égard du pouvoir exécutif. La Constitution camerounaise révisée par la loi n° 96/06 du 18 janvier 1996, consacre l'existence d'un pouvoir *« judiciaire »* au profit des magistrats à côté des pouvoirs exécutif et législatif qui existaient déjà. La coordination des trois pouvoirs ainsi établis devrait être régie par le *« vieux principe »*[194] de la séparation des pouvoirs qui définit et limite le rôle de chacun.

Universitaire André RYCKMAN (S.)), n° 5, 2010, p. 80. Il est important voire indispensable pour une entreprise de faire du marketing en distribuant des cadeaux d'entreprise. Le geste ne devient condamnable que s'il est réalisé avec une attente illicite. L'on doit également tenir compte du destinataire, du type de présent offert et du contexte. Il n'est pas exclu de voir le fautif donner des présents au Ministère public pour arrêter les élans de poursuite nourris contre lui au détriment de l'intérêt général. Le Ministère public fait partie de la justice et la justice est considérée de nos jours comme l'un des corps les plus corrompus. C'est d'ailleurs ce que démontre un rapport rendu public le vendredi 20 décembre 2013 à partir de 10h30 au palais des congrès de Yaoundé, dans les locaux de la Commission nationale anticorruption (CONAC). Commise par le programme de renforcement des capacités des structures de contrôle de l'Etat (CASC), cette étude menée dans six régions du pays établit entre autres le classement des départements ministériels jugés les plus corrompus par les Camerounais. C'est ainsi que le ministère des Finances vient en tête comme étant le ministère où la corruption est pratiquée de manière systématique et généralisée. La moyenne nationale de ce ministère est de 25%. Tandis que le ministère de la Justice, qui vient en deuxième position enregistre un taux national de 12%.

192 Pour une idée complète sur la question, v. TITI NWELL (P.), sous la direction de, *De la corruption au Cameroun*, *op. cit*. V., également TCHOUAMBIA TOMTOM (L.J.B.), « La mise en délibéré dans la procédure pénale camerounaise : un instrument à double tranchant ? », *Revue Internationale de droit africain EDJA*, n° 84, Trimestriel Janvier-Février-Mars 2010, pp. 71 à 80.

193 SAWADOGO (F.M.), « L'accès à la justice en Afrique francophone : Problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso », *op.cit.,* p. 200. D'ailleurs, la plupart des procédures se terminent en *« queue de poisson »*, sans jugement de clôture et sans concordat, par le désagrément de l'entreprise, le non paiement des créanciers et une totale impunité des débiteurs et auxiliaires de justice fautifs (Pour plus de développement, v. SAWADOGO (F.M.), « L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso », *Revue burkinabé de droit*, n° 2, juillet 1994, pp. 191 à 258.

194 Ce principe a été systématisé par MONTESQUIEU (1689-1755) dans de l'esprit des lois (1748), cité par NGUIHE KANTE (P.), *Entreprises commerciales et droits fondamentaux, Contribution à l'étude des*

L'indépendance de la magistrature est donc le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs qui empêche à l'un d'empiéter sur les attributions de l'autre[195]. L'image attendue du Ministère public indépendant devrait être caractérisée par la neutralité, l'objectivité, la loyauté, l'honnêteté, la dignité, l'abnégation et l'insubordination au pouvoir exécutif. Il s'agit là des vertus qui n'ont d'égale que la nature quasi sacrée de la fonction de juger[196]. Est-ce bien l'image du juge camerounais ? A vrai dire, nous sommes d'avis avec un auteur qui constate qu'*« une photographie panoramique nous renvoie plutôt un tableau très contrasté dévoilant sa vulnérabilité vis-à-vis de l'exécutif »*[197].

Il a été souvent reproché aux juges de l'espace OHADA de ne pas être assez indépendants[198]. Pourtant, la garantie de l'indépendance de la justice est un critère déterminant dans la prise de décision des investisseurs étrangers dans un pays[199]. En Afrique, l'indépendance de la justice est encore mal assurée[200]. Cette vue des choses est liée aux pesanteurs de différentes natures qui pèsent sur la justice. L'on note ainsi la survivance du parrainage présidentiel de la magistrature[201] et l'émiettement du pouvoir judiciaire[202].

---

particularismes au regard des droits français et camerounais, Thèse de Doctorat, Université de Yaoundé II-SOA et Université Robert Schuman-Strasbourg III, 2005, p. 266, § 296.

195 Il est bien établi par la Constitution en son article 31 qui dispose que *« la justice est rendue sur le territoire de la République au nom du peuple camerounais. –Le président de la République est garant de l'indépendance de la magistrature. –Il est assisté dans cette mission par le Conseil supérieur de la magistrature qui lui donne son avis sur les propositions de nomination de magistrats du siège et sur les sanctions disciplinaires les concernant. – Son organisation et son fonctionnement sont déterminés par la loi »*.

196 Cf. DJUIDJE (B.), *op. cit*., p. 59.

197 NGUIHE KANTE (P.), thèse de doctorat, *op. cit*., p. 267, § 297.

198 SAWADOGO (F.M.), « L'accès à la justice en Afrique francophone : problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso », *op.cit*. p. 199.

199 KODO (J.), « Quelques aspects techniques et pratiques de la jurisprudence de l'OHADA », Séminaire international sur *« le droit africain et le développement social »* organisé par : La société chinoise d'Etude de l'histoire Africaine, le centre d'Etudes Juridiques sur l'Afrique de l'Université de Xiangtan, le centre d'Etudes Juridiques de la Province du Hunan et l'Association pour l'Unification du Droit en Afrique (UNIDA), du 30 octobre au 2 novembre 2009 à Xiangtan, province du Hunan, Chine, www.colloquesohada.org, consulté le 18 juillet 2013 à 10h 30 atténue les conséquences en son al. 2, à travers les procédés de la compensation des dettes.

200 DOUNKENG ZELE (C.), « Le paradoxe de l'institution judiciaire dans les régimes politiques africains de 1960 jusqu'à nos jours : entre déconstruction et reconstruction relative d'un pouvoir », *Revue internationale de droit africain EDJA n° 91*, Trimestriel octobre-novembre-décembre 2011, p. 69.

201 Pour ce qui est du parrainage présidentiel, l'on note que le Président de la République continue toujours d'exercer en matière judiciaire d'importants pouvoirs. Non seulement il assure par son arbitrage le fonctionnement régulier des institutions, mais aussi, il est le garant de l'indépendance de la magistrature, préside le Conseil Supérieur de la Magistrature, nomme les magistrats (Cf. DOUNKENG ZELE (C.), *op. cit*., p. 69. L'on constate qu'il exerce ainsi un véritable *« parrainage »* sur l'organe judiciaire et mérite à cet effet le qualificatif de *« premier magistrat »,* Cf. MIAFO DONFACK (V.), « Le président de la République et les constitutions du Cameroun », *in* MELONE (S.) et SINDJOUN (L.), (B/dir : « La réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996 au Cameroun. Aspects politiques et juridiques », *Fondation Friedrich Ebert : Association africaine de science politique*, *section camerounaise*, 1996, p. 279, cité par DOUNKENG ZELE (C.) *op. cit*., p. 69).

202 Pour ce qui est de *« l'émiettement »* du *« pouvoir judiciaire »*, l'on note que le paysage judiciaire ou juridictionnel en Afrique francophone revêt tous les contours d'un véritable *« habit d'arlequin »* (Cf. DONFACK SOKENG (L.), « Cameroun : le contrôle de la constitutionnalité des lois hier et aujourd'hui, réflexions sur certains aspects de la réception du constitutionnalisme moderne au Cameroun », *in La réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996 au Cameroun*, pp. 401 à 406) que l'Etat met en place pour

Tous ces dysfonctionnements dans le corps du Ministère public risquent d'entraîner de graves conséquences, en termes notamment de frilosité des entreprises européennes à investir dans un pays à la justice aussi délabrée.

- ***Les conséquences de l'inertie du Ministère public dans la poursuite des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA***

Au regard de l'ampleur des procédures commerciales ouvertes au Cameroun et de l'existence des faits fautifs commis par les dirigeants, le Ministère public, gardien de l'intérêt général devrait dans bien de cas[203], déclencher l'action publique pour la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA. Mais la pratique dénote une absence totale d'action publique. La conséquence immédiate que l'on relève de ce mutisme du Ministère public est que le résultat escompté par le législateur OHADA est biaisé. Il en résulte une insécurité judiciaire caractérisée par l'impunité des auteurs des infractions (A) et la perte du climat de confiance entre les investisseurs et l'appareil judiciaire (B).

- **L'impunité des auteurs des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA**

JOINET définit l'impunité par *« l'absence en droit ou en fait de la mise en cause de la responsabilité pénale des auteurs des violations des droits humains ainsi que de leurs responsabilités civiles, administratives ou disciplinaires en ce qu'ils échappent à toute enquête tendant à permettre leur mise en accusation, leur arrestation, leur jugement et s'ils sont reconnus coupables, leur condamnation à des peines appropriées y compris à réparer le préjudice subi par leurs victimes »*[204]. Elle est également considérée comme l'absence de sanction à l'encontre de l'auteur d'une infraction établie, qui ne peut prétendre à aucune excuse légale de responsabilité[205]. En tant que phénomène social, l'impunité n'a ni de limites spatiales ni des limites temporelles. Elle existe aussi bien dans les pays développés, industrialisés, sous des régimes dictatoriaux ou démocratiques. Elle se prolonge dans le temps, se maintient par exemple sous un gouvernement démocratique ayant succédé à un régime de dictature[206].

Elle n'est pas uniquement la résultante de toute situation de violations graves et systématiques des droits de l'homme. De façon plus générale, elle est synonyme l'absence d'investigation, des sanctions et de réparation des violations des droits de l'homme, quelles que soient les circonstances ou les contextes dans lesquels elles se sont produites. L'impunité ne se caractérise pas uniquement par l'absence de sanctions à l'encontre des violations des droits de l'homme, mais par une violation spécifique de

---

mieux affirmer son tout puissant contrôle sur l'appareil judiciaire. Du coup, il est difficile de parler en Afrique d'un véritable *« pouvoir judiciaire »* (M'BAYE (K.), « Quel avenir pour la justice en Afrique ? », *La justice en Afrique, Afrique contemporaine*, n° 156 spécial, 4ème trimestre 1990, p. 289).

203 Affaire GORTZOUNIAN à Nkongsamba en 2001 et de Cofinest à Douala en mars 2011, Affaire Liquidation Sattelite Insurance.

204 Conférence Internationale sur l'Impunité en Haïti du 23 juin 2003, Réseau National de Défense des Droits Humains in www.rnddh.org.

205 Ligue internationale pour les droits et la liberté des peuples (LIDLIP), février, 1994, p. 5.

206 *Impunité des auteurs des violations des droits de l'homme in* www.cetin.ch/fr/intervention.detail.htm.

certains droits de l'homme comme le droit à la justice, le droit à la vérité, le droit à la mémoire et le droit à une réparation. L'existence de l'impunité peut avoir comme cause l'absence de règles ou absence d'application de celles-ci. Elle résulte d'un rapport de forces archaïques et élémentaires et d'une absence d'Etat. On qualifie cette situation d'impunité de fait. Elle peut également être le résultat de la volonté politique d'un gouvernement qui, soumis à une pression des groupes puissants, légitimera en quelque sorte, par une loi d'amnistie, les violations de droits de l'homme qu'ils auraient commis. On parlera alors de l'impunité de droit ou loi d'amnistie[207].

Les acteurs de la justice, compétents pour mettre en mouvement l'action publique pour la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA, se retrouvent bien souvent chargés des enquêtes et sanctions à propos desdites violations ; ils omettent délibérément de remplir leurs devoirs. C'est pourquoi la responsabilité incombe aussi à l'Etat[208] ou toute autre personne qui favorise, autorise, tolère ou n'empêche pas de telles violations et encourage l'inertie, alors qu'ils ont l'obligation de le faire.

Les victimes des violations peuvent être des créanciers. Toutefois, c'est l'intérêt général qui est en jeu. En principe, aucun auteur présumé coupable des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA ne devrait bénéficier de l'impunité, même s'il s'agit de faits circonstanciels ou ponctuels, c'est-à-dire n'ayant pas eu lieu dans le cadre de violations graves, systématiques ou flagrantes. Pourtant, c'est la triste réalité dans l'espace de l'OHADA et au Cameroun en particulier où tous les auteurs présumés desdites infractions n'ont jamais subi une quelconque peine[209], encore moins un semblant d'intimidation par une poursuite engagée par le Ministère public. L'impunité inhérente aux situations de violations des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA peut se justifier par l'instrumentalisation qu'exerce la hiérarchie sur le Ministère public chargé de mettre directement l'action publique en mouvement. Pourtant, le parquet a un rôle constitutionnel réel et un poids graduellement considérable.

Si l'on admet que les délinquants économiques demeurent effectivement impunis, on impose par là même au Ministère public le devoir de déclencher l'action publique pour la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA, en lieu et place des victimes (créanciers).

---

207 Gilberte Deboisvieux, *Impunité de fait, impunité de droit* in http://pauillac.inria.fr.

208 Sur l'épineux problème de la responsabilité de l'Etat, cf., WIEDERKEHR (G.), « La responsabilité de l'Etat et des magistrats du fait de la justice », *in Justices*, janvier-mars 1997, pp. 13 à 24 ; GUIDICELLI-DELAGE (G.), « La responsabilité des magistrats et de l'état en matière pénale », *in Justices*, janvier-mars 1997, pp. 14 et ss.

209 A l'instar des dirigeants de la Microfinance Cofinest qui sont toujours en liberté.

On le voit, le Ministère public reste très inactif dans la mise en mouvement de l'action publique[210]. Il est certes vrai qu'il mène une investigation insuffisante, qu'il adopte une attitude complaisante, qu'il prend des décisions de poursuites arbitraires ou non conformes à la loi. Aucune poursuite pénale habillée à ces maux n'a jamais été engagée par le parquet camerounais. C'est le cas dans plusieurs pays parties à l'OHADA : le pouvoir administratif et quelques juges agissent de manière à garantir l'impunité de ceux qui ont violé systématiquement l'ordre public économique. Les organes de la justice doivent être orientés vers la protection des valeurs économiques qui font l'essence de la condition humaine afin de retenir celles-ci comme références fondamentales. C'est sur une telle base que l'on peut aborder quelques propositions concrètes d'ordre juridique, politique et social pour lutter contre l'impunité des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA.

Le pouvoir judiciaire doit être indépendant et impartial. Le Ministère public doit s'investir à poursuivre les délinquants économiques. Son rôle n'est donc pas excessif dans une procédure où l'ordre public doit être défendu. L'indépendance du pouvoir judiciaire par rapport au pouvoir exécutif, énoncée et garantie par la Constitution[211], doit être rendue effective et être mise en pratique. L'indépendance et l'impartialité[212] du pouvoir judiciaire dans ce domaine consistent également dans le fait que les décisions du Ministère public soient objectives, conformes au droit et en accord avec les règles de pensée logique. L'indépendance et l'impartialité de la justice doivent être également garanties par le fait que lorsqu'il y a une infraction, ceux chargés de la poursuite doivent la mettre en œuvre si besoin en est. Les juges doivent être exempts de pressions, d'intimidation, de menaces et/ou de persécutions, même tacites ou morales. Le

---

210 D'aucuns pensent que les juridictions sont trop engorgées sous le flot des actions en justice, dit-on, en sorte que le Ministère public n'aurait d'autres possibilités que de saisir les tribunaux des affaires les plus importantes. L'on pense que la raison avancée n'est pas persuasive. En revanche, on peut comprendre les difficultés d'appréciation auxquelles sont confrontées les autorités publiques. Sans doute, le faible préjudice occasionné à la victime, la faute de peu de gravité et le passé pénal sans tâche du délinquant permettront-ils de classer opportunément les faits reprochés (VITU (A.), « Le classement sans suite », *R.S.C.* 1947, 505.). Mais, les frontières sont floues entre ce qui mériterait sanction et ce qui relèverait plutôt de l'impunité.

211 Le pouvoir judiciaire est exercé par la Cour suprême, les cours d'appel, les tribunaux. Il est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif (titre v, art. 37 al. 2).

212 L'exigence d'impartialité du juge est consacrée par l'art. 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Celle-ci ne fait que renforcer cette dualité, en requérant du juge une absence de partie prise. Si la juridiction est impartiale, observe Madame Frison-Roche, *« l'acte même de juger est alors atteint dans son essence ;…la puissance du droit est livré tout entière au caprice de la juridiction »* (M.A. Frison Roche, L'impartialité du juge, D. 1999, Chron. p. 53, n° 9 ; v. également G. GAVINET, La conception française de la déontologie des magistrats, Esprit, nov. 2003, pp. 5 et ss., qui souligne que *« l'existence de l'Etat de droit est subordonnée à celle d'un système judiciaire composé de juges indépendants, impartiaux et compétents »*, et que *« le mauvais fonctionnement du système judiciaire est,…plus que tout autre, la négation de la démocratie »* Pour être en mesure d'exercer son rôle d'arbitre, le juge doit, en effet, non seulement ne pas être engagé dans le litige dont il a à connaître, mais, encore être totalement extérieur à celui-ci afin d'apparaitre comme étant d'une stricte neutralité.

Ministère public doit être indépendant du pouvoir exécutif, mais il n'appartient qu'à lui, d'obéir à ce devoir d'indépendance pour ne pas perdre la confiance des justiciables.

- **La perte du climat de confiance**

L'abstention du Ministère public à mettre en mouvement l'action publique pour la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA est cause d'insécurité judiciaire dans l'espace OHADA et au Cameroun en particulier. Mais, si l'on veut comprendre ce qu'est l'insécurité juridique, il faut d'abord définir ce que l'on entend par sécurité juridique, l'insécurité étant le contraire.

Par sécurité juridique, il convient d'entendre qu'il existe un système de lois qui règle les droits et devoirs des personnes vivant en société. Celle-ci consiste dans le respect et l'application de ces lois. Or ce sont les tribunaux qui appliquent ces lois en cas de conflits ou de fautes entre les individus et entre ces derniers et l'Etat, ou entre les institutions étatiques. Si la sécurité juridique devant les tribunaux consiste ainsi dans la prévisibilité des décisions par rapport aux lois en vigueur[213], la sécurité législative consiste par contre dans l'application effective de la norme édictée par le législateur OHADA.

L'une des dispositions explicites du préambule du traité de Port-Louis de 1993 dispose expressément que le droit des affaires harmonisé doit garantir la sécurité juridique des activités économiques. Celle-ci est considérée comme une valeur essentielle susceptible de favoriser l'essor économique et promouvoir les investissements. Elle apparaît ainsi comme une condition impérative du développement économique. C'est d'ailleurs ce qui a fait dire à un auteur qu'*« aucune activité économique durable ne peut raisonnablement être entreprise si les « règles du jeu » que constituent les règles du droit ne sont pas connues, précises, correctement appliquées et dotées d'une certaine stabilité »*[214]. Un système juridique n'a pas de renommée uniquement sur les normes. Encore faut-il que ces normes soient appliquées. C'est pour cette raison que le législateur OHADA a agi non seulement en édictant les normes de comportement, mais également sur les institutions chargées d'assurer leur efficacité et leur effectivité. Il en est ainsi du Ministère public avec le rôle qu'il était censé jouer dans la mise en mouvement de l'action publique pour la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA. L'accomplissement de cette lourde et délicate mission constituerait un instrument essentiel permettant à l'OHADA la réalisation de l'objectif de sécurité juridique. Plusieurs années après la signature du traité de l'OHADA et l'entrée en vigueur des Actes uniformes, il faut s'interroger sur l'effectivité de la mise en mouvement de l'action publique pour la répression des infractions contenues dans ces Actes uniformes par le Ministère public dans l'espace OHADA en général et au Cameroun en particulier.

Le constat est regrettable. Le fonctionnement des entreprises en Afrique montre que les actes constitutifs des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA sont commis. Dans la plupart des cas, ces actes laissent les juridictions pratiquement

---

213 Lorsque le Ministère public est appelé à mettre en mouvement l'action publique à la suite du constat d'une infraction.

214 MEYER (P.), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », ohadata, D-06-50, p. 1.

sans réaction[215], pour la simple raison qu'elles n'ont jamais fait l'objet d'une quelconque saisine par le gardien de l'intérêt général qu'est le Ministère public. L'unique cas de sanction pénale que l'on peut évoquer est celui qui résulte de cette décision du tribunal régional hors classe de Dakar[216]. Au Cameroun comme dans les autres Etats parties à l'OHADA, aucune mise en mouvement de l'action publique pour la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA par le Ministère public n'a jamais été rendue jusqu'à ce jour. Or les faits de nature à provoquer les condamnations pénales existent dans la plupart des affaires pendantes devant les juridictions camerounaises. Par exemple, dans l'affaire Cofinest, plusieurs infractions pénales avaient été commises par les dirigeants[217]. Il a été constaté que les difficultés financières de la Cofinest se sont exacerbées et sont devenues irrémédiablement compromises à cause des actes graves posés par lesdits dirigeants. Une tentative d'action publique avait été engagée contre les dirigeants de cette microfinance. Mais cette mesure avait pris fin avant son terme pour des raisons qui restent encore ignorées de nos jours.

Aucune tentative d'investissement n'est pensable, sans la confiance à l'appareil judiciaire. C'est pour cette raison que les acteurs économiques doivent pouvoir faire confiance au parquet. Il s'agit là d'une condition indispensable à l'aboutissement du processus d'harmonisation et de création des richesses dans l'espace OHADA. C'est le degré de confiance qui va amener les investisseurs à s'intéresser à l'espace OHADA. L'investisseur s'assure de la qualité des règles et surtout de l'action des institutions en charge de son effectivité. Aucun espace judiciaire ne pourra se reconstruire en l'état actuel des justices nationales, car elles ne sont susceptibles d'inspirer la confiance tant à l'extérieur, qu'à l'intérieur du territoire national. Fondamentalement, aucun investisseur n'est prêt à investir dans un Etat où la loi n'est pas appliquée avec fermeté[218]. Il est important, nécessaire et même urgent que les Etats améliorent de façon substantielle la qualité et la crédibilité de leur justice.

Cette insécurité juridique est un très sérieux handicap pour l'investissement[219]. Pourtant, le droit des affaires harmonisé doit garantir la sécurité juridique des activités économiques. Pour le Professeur MEYER, *« cette sécurité juridique est présentée comme une valeur essentielle afin de favoriser l'essor des activités économiques et promouvoir les investissements. Lorsque l'institution judiciaire n'offre pas la sécurité aux investisseurs, ceux-ci se trouvent en insécurité et du coup, s'abstiennent d'investir. Il est sans nul doute exact que la sécurité juridique est une condition nécessaire du développement*

---

215 TOE (S.), « Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA », *Revue de droit uniforme africain, actualité trimestrielle et de jurisprudence*, n° 001, juin 2010, p. 47.

216 Jugement correctionnel n° 5992/2001 du 4 décembre 2001, Ministère public et héritiers de feu YALLY FALL c/ CHEICK Talibouya Diba et autres, cité par TOE (S.), *op.cit.*, p. 47.

217 TGI du wouri, jugement n° 351/Civ. du 23 mars 2011 prononçant l'ouverture de la liquidation de COFINEST, inédit.

218 La façon la plus évidente d'éviter la stigmatisation de ce sentiment consiste pour les Etats à penser le Ministère public en priorité, et l'organe judiciaire à jouer entièrement et régulièrement son rôle. Ceci implique que les Etats parties désignent des personnes hautement qualifiés pour assurer les fonctions du Ministère public. La volonté d'assurer une bonne administration de la justice implique que les considérations par lesquels un Etat entend servir les intérêts politiques ou tribaux soit proscrites.

219 Cf. M'BAYE (K.), Exposé au séminaire sur l'OHADA, tenu à Abidjan (Côte d'Ivoire) les 19 et 20 avril 1993, cité par MOULOUL (A.), *Comprendre l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (O.H.A.D.A)*, 2ème éd., www.ohada.com, 2008, p. 9.

économique »[220]. L'un des objectifs majeurs de l'OHADA est donc de *« remédier à l'insécurité des activités économiques »*[221], *«en mettant à la portée des opérateurs économiques des mécanismes appropriés pour maximiser les chances de sécurisation de leurs activités, de les rentabiliser, d'optimiser leur compétitivité, de se performer ou même de se surperformer»*[222]. Le Ministère public doit donc contribuer à assurer l'intégration économique. Selon le Professeur PAILLUSSEAU, pour réaliser l'intégration économique des Etats africains, il faut : un droit qui assure la sécurité des créanciers, des tiers et des investisseurs, un droit qui peut favoriser et accompagner l'essor économique des économies des pays de la région toute entière[223]. Ainsi affirmé, sa finalité qui consiste à *« améliorer et de rationaliser l'environnement juridique des entreprises afin de rendre les marchés africains plus attractifs en réduisant, voire en mettant fin à l'insécurité juridique et judiciaire»*[224].

La mise en mouvement de l'action publique ne devrait pas être une opinion particulière du Ministère public. S'il en était ainsi, on vivrait dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte. L'insécurité juridique est définie comme l'absence de prévisibilité. En réalité, la prévisibilité juridique et de la sécurité juridique ne se limite pas aux décisions judiciaires. En amont, il faut prendre en considération le rôle du Ministère public qui peut, dans le système camerounais, en raison du principe de l'opportunité de la poursuite, décider ou non de la mise en mouvement de l'action publique pour la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA[225]. Un bon droit doit avoir pour finalité la réduction des risques liés à l'investissement, la sauvegarde des entreprises viables avec pour conséquence la continuation de l'exploitation, le maintien de l'emploi et le désintéressement des créanciers dans le meilleur des cas[226]. Ces critères permettent à un opérateur qui envisage de s'installer dans un pays donné pour réaliser les *« affaires »* de savoir avant tout si la sécurisation de ses investissements est assurée. Il s'agit là de l'objectif majeur de l'OHADA tel que cela ressort du Traité de Port-Louis.

---

220 MEYER (P.), « La sécurité Juridique et Judiciaire dans l'OHADA », Communication dans le cadre du colloque de Niamey sur la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace UEMOA du 17 au 24 Mars 2006, P. 1.

221 MODI KOKO BEBEY (H.D.), « La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie », *Rev. Soc*. Avril-Mai-Juin 2002, p. 10.

222 POUGOUE (P.-G.) et MASSAMBA (R.), « L'attractivité économique du droit OHADA », *Encyclopédie du droit OHADA*, p. 377.

223 PAILLUSSEAU (J.), « Le droit de l'OHADA, un droit très important et original », *Semaine Juridique, n° 5 supplément à la sem. Jur.* n° 44 du 28 oct. 2004, pp. 1-5.

224 MOULOUL (A.), Comprendre l'organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) 2ème édition, p. 21.

225 Le principe appliqué comme il l'est aujourd'hui est un grand pourvoyeur d'insécurité juridique, c'est-à-dire d'absence de prévisibilité, lorsque l'on sait que le Ministère public décide toujours de ne pas poursuivre les infractions de banqueroute en vertu du principe de l'opportunité de poursuites. Ce mutisme du Ministère public devrait engager la responsabilité de l'Etat qui se doit de fournir aux sujets, c'est-à-dire aux citoyens un service public performant dans le domaine le plus important de vie en société qu'est la justice. Le Ministère public doit s'adapter aux évolutions de la société car les justiciables hommes veulent que les tribunaux appliquent les valeurs reconnues dont la loi est l'expression. Sans sécurité juridique, il ne peut y avoir d'ordre économique et la paix sociale, la croissance économique s'effondre. On peut se permettre de paraphraser la célèbre pensée de Rabelais : »science sans conscience n'est que ruine de l'âme », Justice dans conscience n'est que ruine de la société.

226 HARAVO (M.), « Doing business 2009, « mesurer l'efficacité des faillites? » » *D*. 2009, p. 214.

Conclusion

En somme, l'on peut dire que le législateur OHADA doit non seulement développer un droit pénal OHADA, mais il doit également instituer le parquet près la CCJA qui permettra aux opérateurs économiques et autres investisseurs de retrouver une confiance trop souvent perdue en l'institution. Le fonctionnement de la justice doit aider le citoyen à retrouver confiance[227] en ses institutions et dans la vie démocratique de la justice, celle-ci étant au cœur du pacte démocratique des sociétés modernes[228]. Cette institution permettra de mieux protéger les valeurs véhiculées par le Traité de Port louis. Il est clairement admis que le droit pénal assure mieux la protection de l'ordre public ; d'où l'importance du Ministère public pour assurer la mise en mouvement de l'action publique chaque fois que les sensibilités ont été violées. Sans être des démons, les acteurs du monde des affaires ne sont pas tous des anges. La perpétuelle présence du Ministère public permettra de moraliser le monde des affaires en éliminant les gangrènes dans un Etat de droit. Sans l'action répétée du Ministère public, on se trouverait dans un Etat de non droit où règnent l'insécurité, la violence et le désordre économique. Dans cette situation, il n'y aurait ni paix sociale, ni crédit, ni confiance et, par voie de conséquence, il n'y aurait pas de développement possible[229]. Pour éviter que les infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA ne soient plus régulièrement commises par les acteurs du monde commercial, l'on doit instituer un ministère public communautaire que nous pouvons considérer ici comme l'une des priorités qui doit constituer une préoccupation majeure du législateur OHADA. Ce parquet communautaire sera chargé, en matière pénale, de veiller à l'application de la loi pénale OHADA en obligeant les ministères publics des différents Etats parties à plus de prudence. Heureusement, l'OHADA est en marche[230]. Ne dit-on pas que les institutions ne valent que ceux qui les animent. En tout cas, Platon n'a-t-il pas écrit qu'*« avec de bons juges, les mauvaises lois seraient encore supportables »*[231]. Pour parvenir à l'assainissement et à l'attractivité dans l'espace OHADA, les différents parquets doivent conjuguer leurs efforts pour mettre en mouvement l'action publique pour la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes OHADA afin que les coupables soient punis à la juste mesure. Ainsi, la sécurité juridique[232] perçue à la fois comme finalité du droit s'en trouvera confortée[233] pour que rayonne un espace juridiquement sécurisé et commercialement attractif.

---

[227] Du point de vue de la confiance, le climat des affaires évoque un certain nombre de facteurs dont la présence est de nature à inspirer confiance aux investisseurs étrangers en plus des privilèges fiscaux dont ils pensent bénéficier.

[228] GUIGOU (E.), (dir.) « Le service public de la justice », O. Jacob, 1998, p. 5.

[229] V. dans ce sens, ALIBERT (J.), « Justice et développement : le point de vue des entreprises », *In, La justice en Afrique, Afrique contemporaine*, n° 156, spécial, 1990, pp. 72-80.

[230] Cf. ANOUKAHA (F.), « L'OHADA en marche », *Annales de la F.S.J.P de l'université de Dschang,* nº spécial, T. VI, 2002, pp. 7 et ss.

[231] Platon, cité par LARGUIER (J.), XIV, Journées de défense sociale, Fribourg, 28 et 29 octobre 1966, p. 47.

[232] Du point de vue de la sécurité, le climat des affaires évoque une cohérence d'indices juridiques et socioéconomiques, structurels et institutionnels susceptibles d'accroître le risque lié aux investissements et d'affecter la rentabilité des capitaux, le tout ayant pour effet d'influer, positivement ou négativement sur la décision d'investir dans un Etat.

[233] Cf. POUGOUE (P.-G.), « Les visages de la sécurité juridique », *R.A.S.J.*, *op. cit.*, pp. 2 et 5.

L'APPORT EN INDUSTRIE EN DROIT OHADA[234]: *une nouvelle approche*

Par BILLONG BILLONG

1. **Définition.** La société commerciale est définie dans *le Titre I* du livre I de la partie une, de l'Acte uniforme[235] relatif au droit des sociétés commerciales et GIE[236]. La société commerciale est apparue comme un puissant instrument devenu indispensable à l'activité économique. Seulement, la constitution de ce formidable instrument économique a toujours été soumise à certaines exigences.

2. En premier lieu, un acte de volonté est exigé de la ou des personnes qui veulent se lancer dans la création d'une société commerciale. Cette volonté peut prendre corps dans un contrat[237]. Le contrat sécurise le projet que les futurs associés ont voulu concrétiser ensemble. La constitution d'une société commerciale peut aussi se faire par un acte unilatéral et, de ce fait, donner naissance à une catégorie juridique reconnue par le législateur OHADA : la société unipersonnelle[238]. Dans un cas comme dans l'autre, le recours aux principes généraux du droit des contrats est prescrit.

3. En second lieu, l'existence d'une société commerciale est donc également soumise aux conditions de droit commun des obligations[239]. Ces conditions essentielles ne retiendront pas notre attention dans le cadre de cette étude. Tout comme certaines conditions propres au droit des sociétés. Il s'agira donc de nous limiter aux seules questions relatives aux apports notamment, celles concernant *les apports en industrie*.

4. La réforme du droit des sociétés commerciales intervenue au Burkina Faso le 31 janvier 2013, offre en effet, l'occasion d'appréhender ces questions dans l'espace OHADA. En outre, cette réforme de la réforme[240]comporte de nombreuses innovations.

5. A titre d'illustration, on peut noter l'introduction de la société par actions simplifiée (SAS)[241], celle des actions de préférence[242]. On peut aussi remarquer que, l'obligation de

---

234 Le sigle OHADA désigne l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, créée par le Traité de Port Louis à l'Île Maurice, en 1993.

235 L'Acte uniforme est la terminologie retenue pour désigner les textes adoptés dans le cadre de l'harmonisation. Une harmonisation qui s'est en réalité finalement traduite par l'uniformisation.

236 Il s'agit notamment des articles 4 et 5 de l'Acte Uniforme révisé à Ouagadougou. Le premier consacre la conception contractuelle de la société en ces termes : « La société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme. La société commerciale doit être créée dans l'intérêt commun des associés ». L'article 5 quant à lui, consacre la société unipersonnelle en droit OHADA.

237 Une conception classique de la société qui a été reprise par le législateur OHADA dans la réforme. Voir en sens, Me Ipanda, « *La société d'une seule personne dans l'espace OHADA : commentaire de l'article 5 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et au G.I.E, http://sire-ohada.com/, consulté le 20 fevrier2014 à 13heures.*

238 Article 5 AUDSCGIE.

239 La plupart des conditions sont reprises dans les actes uniformes notamment la définition de la société à l'article 4 de l'AUDSC et GIE ;

240 L'OHADA en soi est une réforme qui intervient dans les années 90 dans l'optique de moderniser le droit des affaires caractérisé alors, par son anachronisme. Ce qui nous amène à considérer la réforme intervenue dans le cadre de l'OHADA comme étant une réforme de la réforme.

passer devant notaire est désormais une option ouverte aux Etats membres, ce qui leur laisse le soin d'intervenir en ayant la possibilité d'imposer le recours aux statuts sous seing privé[243]. Cette nouvelle solution, qui pour certains, est une victoire, pourrait questionner au regard de la sécurité et de l'intégration juridiques recherchées[244].

6. S'agissant de la formation des sociétés commerciales dans l'espace OHADA, une innovation a particulièrement retenu notre attention. Il s'agit de *l'apport en industrie* dont les origines très anciennes remonteraient au projet de l'An XIII du Code Civil français voire au très ancien Code d' Hammourabi[245]. Ce projet prévoyait alors, qu'il est essentiel pour le contrat de société « *que chaque associé apporte ou s'oblige d'apporter à la société quelque chose d'appréciable, soit de l'argent, soit tout autre espèce de bien, soit son industrie ».* Une idée maintenue par l'article 1832 du code civil français qui a ainsi fait de l'apport en industrie, l'un des éléments qu'un candidat à la constitution d'une société pouvait apporter[246]*.*

7. En droit de l'OHADA, l'introduction de l'apport en industrie s'est faite, il y a plus d'une décennie, avec l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique adopté le 17 avril 1997. Cependant l'article 40 alinéa 2 de cet acte, qui en est l'expression, procèdera uniquement à une mention de l'apport en industrie, tout en prenant l'option de le limiter strictement au seul « *apport de main d'œuvre »*. Ce texte, cela va sans dire, ne prend pas le soin d'en prévoir *le régime juridique*. Selon une certaine opinion, une telle situation dénotait, du manque d'intérêt de l'apport en industrie. Il est donc possible de ce point de vue, de penser que l'éclosion de l'apport en industrie a ainsi été freinée en droit des sociétés commerciales en zone OHADA.

8. Fort heureusement, le législateur semble avoir, finalement pris conscience de la situation et du peu d'engouement des destinataires, pour cet instrument. Aussi va-t-il procéder à des aménagements d'une certaine ampleur. Une initiative qui semble correspondre aux vœux de certains experts de l'OHADA. Dans ce sillage, et dans le cadre de la célébration des 20 ans de l'organisation, le Doyen Modi Koko Bebey a estimé que l'OHADA aura un défi majeur à relever dans sa deuxième phase. Un défi qui consistera à la fois, à affiner et à préciser les règles techniques dans l'optique, de faire évoluer le droit OHADA *vers un droit africain des affaires*[247].

9. Ces aménagements, et c'est le moins que l'on puisse dire, interpellent justement l'observateur de l'OHADA. Ce qui peut par exemple le conduire, à s'intéresser à la

---

241 Articles 853 al. 1 opère cette introduction pendant que l'article 58 en tient compte.

242 Article 58 AUDSCGIE ;

243 L'article 10 de l'Acte uniforme laisse une possibilité exceptionnelle de renoncer à la forme notariée.

244 Voir sur ce thème, A.Harissou, « *L'utilité du notaire dans le procès OHADA* », http : www.notariat-francophone.org, consulté le 20 février 2014 à 10 heures 20.

245 E. Cuq, Les nouveaux fragments du code d'Hammourabi sur le prêt à intérêt et les sociétés : Paris, 1918, pp.95-96. http://curieux.morenon.fr/, consulté le 21 février 2014 à 15 heures.

246 Cabinet Orrick Rambaud Martel, *L'apport en industrie*, in Rev. Bimestrielle, LexisNexis, Mars/Avril 2010 citant Les Travaux préparatoires du Code civil, Fenet, t. XIX, p570.

247 H-D. Modi Koko Bebey, OHADA : *une réalité plus belle que le rêve*, in La lettre d'information du Notariat, n°24, octobre 2014, pp. 7-8, www.ohada.com, consulté le 27 février 2014 à 14 heures.

volonté du législateur[248] et à se demander si l'œuvre de réforme entamée a pour objet, la consolidation de la place de l'apport en industrie dans la famille des apports en matière de constitution d'une société commerciale? Dans l'affirmative, le renforcement ainsi voulu, pourrait-il permettre à cet outil de connaître une meilleure fortune? Qu'en est-il donc réellement?

10. Ce questionnement contribuera à une réflexion à la fois rétrospective et prospective sur la place de ce dispositif en droit OHADA. Pour cela, il faut déjà retenir qu'en droit des sociétés, le terme apport correspond à plusieurs réalités ; ce qui en fait une notion polysémique. Il peut d'abord désigner *l'opération d'apport* qui permet à l'associé d'assurer l'exécution de son obligation principale envers ses associés et la société. Il peut ensuite s'agir tout simplement *de l'objet de l'apport,* entendu comme le bien apporté ou l'activité fournie à la société par l'associé[249].

11. **Plan.** Une fois encore, notre approche nous permettra d'apprécier le travail du législateur OHADA dans les différentes phases de la constitution d'une société commerciale. La présentation générale de l'apport en industrie (I) nous dévoilera ainsi l'intention du législateur OHADA dans la première phase de son action où il a surtout été question de la consécration de l'apport en industrie. Le législateur ayant semble-t-il simplement voulu, offrir une possibilité aux futurs associés d'y recourir. L'examen des règles régissant l'apport en industrie portera aussi sur la deuxième phase de l'action du législateur qui correspond ainsi, à l'adaptation aux évolutions économiques du régime juridique de l'apport en industrie (II). Un mécanisme susceptible de favoriser en Afrique et c'est le souhait, l'émergence d'une nouvelle génération d'entrepreneurs, à travers la valorisation du capital humain[250].

I. LA DYNAMIQUE EXISTANCE DE L'APPORT EN INDUSTRIE EN DROIT OHADA

12. **Plan.** Dans l'espace OHADA, l'existence de l'apport en industrie est contemporaine à la réforme du droit OHADA des sociétés. Cette réforme avait pour ambition, de corriger les imperfections du droit des affaires qui prévalaient alors, en Afrique. L'apport en industrie connaît une existence dynamique en deux phases. Alors que la phase initiale correspondant à l'introduction de cet instrument se caractérise par le laconisme du législateur (A), la seconde phase qui complète la précédente se matérialise par une nouvelle approche de l'apport en industrie (B).

A. Le laconisme initial du législateur OHADA sur l'apport en industrie

13. L'apport en industrie a été introduit en droit OHADA par la réforme en 1997. Une entrée très peu remarquée dans un système juridique pourtant considéré comme révolutionnaire et original[251]. Une telle discrétion pourtant concevable pour les

---

248 Articles 6 et suivants du Traité de l'Île de Maurice. Dans ces textes, et l'absence d'un organe classique, le traité fait en effet du Conseil des Ministres, l'organe législatif de l'OHADA.

249 P. Le Cannu, B. Dondero, Droit des sociétés, Paris, LGDJ-Lextenso-éd., 5é éd., 2013, n°199, p.137.

250 S.A.D.C d'Ontario « Valorisation du capital humain, une façon d'accroître son revenu.» 2009, p.1. http://valorisationcapitalhumain.ca/, consulté le 12 février 2014, à 8 heures.

251 Y. Guyon « propos conclusif » du colloque de l'Association Henri Capitant des amis de la culture française, Petites affiches, n°205, 13 oct.2004, p.60.

personnalités qui souhaitent atténuer les effets pervers de leur notoriété, l'est moins pour ce qui de l'objet de notre étude. Elle ne pourrait de notre point de vue, uniquement se justifier par la seule volonté du législateur OHADA. Ce d'autant plus que, l'introduction de l'apport en industrie semble jusque-là, loin de susciter l'enthousiasme des destinataires[252].

14. Comment expliquer une telle situation ? Faut-il y voir une certaine défiance, ou une simple méfiance ? Nous n'avons aucune indication incontestable, ni de réponse dans un sens comme dans l'autre. Toujours est-il loisible de constater que, dans la réforme de 1997, le législateur a uniquement voulu faire de cet instrument, une simple éventualité[253]. Ce constat laisse penser que les autres catégories d'apports également autorisées ont été privilégiées.

15. Cette différence de traitement se déduit de la définition apportée à la notion d'apport en industrie dans l'Acte uniforme relative aux sociétés commerciales et du GIE d'alors, ci-après Acte uniforme. Une conception visiblement réductrice. C'est vrai que l'introduction de l'apport en industrie a pour corollaire, l'ouverture aux futurs associés du droit d'y recourir, cependant, optant pour ce dernier[254], le futur associé ne pouvait uniquement exécuter son obligation que par « *un apport de main d'œuvre* »[255].Or le terme industrie considéré dans son sens étymologique, signifie travail. Il ne s'agit pas comme on a pu le dire, uniquement d'un travail de direction exécuté en qualité d'associé[256]. L'apport en industrie en effet, ne se limite pas seulement à ce type d'apport.

16. Dans d'autres systèmes normatifs en effet, le contenu de l'apport en industrie intègre plusieurs réalités. Il peut être question à la fois notamment d'une activité, de compétences, voire de l'expérience professionnelle de son auteur. Dans le droit français, la jurisprudence a eu l'occasion de compléter cette liste en reconnaissant comme licites, l'apport d'une influence ou d'un crédit commercial[257]. La doctrine pour aller plus loin et tentant d'embrasser la modernité, a que, l'apport de *know how*, qui représente un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience de son titulaire, densifie la liste. De ce point de vue, sauf à y voir une volonté de valoriser le travail, cette ancienne conception de l'apport en industrie retenue par le législateur commun était assez étriquée et inappropriée au contexte d'alors. Ce contexte parfaitement décrit par la plume experte du professeur Yves Guyon dans les propos conclusifs du colloque de l'Association Henri Capitant des Amis de la culture juridique française consacré à l'OHADA[258].

---

252 Interrogés sur la question, certains professionnels du droit de l'espace OHADA, notamment les avocats et juristes d'entreprise, ont indiqué qu'ils ne recourent pas à cet outil et ne le rencontrent pas du tout dans la pratique.

253 P.-G. Pougoué et *al*. *Sociétés commerciales et G.I.E*, Juriscope, Bruylant, 2002, p.57, n°90.

254 Et c'est là à notre sens, où résidait le paradoxe.

255 Article 40 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E du 17 avril 1997, J.O. OHADA n°2,01/10/97, p.1 et s.

256 P-G Pougoué, *op. cit.* p. 58. Voir aussi, V. Magnier M. Germain (dir.), *Traité de droit des affaires*, G. Ripert et R. Roblot, *Les sociétés commerciales*, t2. Paris, 20 14, LGDJ, Lextenso-éd. 20 e éd. p.41.

257 Le crédit dont bénéficie un associé en tant que fonctionnaire ou homme politique peut faire courir un certain nombre de sanctions notamment la corruption, le délit d'initié, etc.

258 Association Henri Capitant, L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) Petites affiches, 13 octobre 2004, n° 205, p.60.

17. Une conception réductrice et surtout inadaptée, ce d'autant plus que, l'apport en industrie n'a en réalité jamais été conçu, dans le cadre d'une relation nécessitant un lien de subordination entre l'apporteur et le receveur. De plus, en droit du travail, la main d'œuvre s'entend généralement de « *l'ensemble des salariés d'une entreprise, d'une région ou d'un pays ».* Il est aisé de comprendre, avec l'aide des commentateurs du code vert OHADA[259], qu'il eut été nécessaire, concernant l'apport en industrie, qu'il y ait réellement une prestation de travail[260]. Mais également, que des précisions soient apportées au contenu de cette notion pour une meilleure application compte tenu des critiques qui lui ont été faites jusqu'ici. La place résiduelle ainsi accordée à la notion de l'apport en industrie, par une approche qualifiable de *saucissonnage législatif*[261], a sans surprise suscité des regrets, voire des critiques au sein d'une partie de la doctrine.

18. Un auteur a d'ailleurs clairement pris position sur la question en ces termes : « *il est cependant regrettable que le droit OHADA offre une place aussi réduite à l'apport en industrie »*[262]. Il n'est pas inutile de rappeler que l'existence de l'apport en industrie est antérieure à son introduction dans le système OHADA et qu'il a du moins sur le plan juridique notamment lors de l'élaboration des textes, connu une meilleure considération ailleurs. En droit français par exemple, le législateur lui a accordé une place importante au moment de son insertion dans le système juridique de l'Hexagone. Cette importance découle de son intégration à l'article 1832 du Code civil. Un texte qui est considéré comme étant « *le plus fondamental en droit des sociétés*». C'est d'ailleurs pourquoi, l'on pourrait sans difficulté comprendre que cet article de référence gouverne le droit français des sociétés. Une importance qui se manifeste aussi à travers l'acception large qui lui est consacrée. Le législateur français en précisant le contenu de l'article 1832 indique clairement que les associés pourraient mettre en commun « *des biens ou leur industrie »*[263].

19. Pour la doctrine majoritaire, l'apport en industrie se réalise « *lorsqu'un associé met à la disposition de la société ses connaissances techniques, son travail ou ses services »*. Il s'agit donc de manière générale, d'une promesse de mise à disposition ou d'une mise à la disposition effective de la société, de compétences. La contribution à la constitution de la société prenant alors la forme d'une activité[264].

20. Cependant, et il est à peine de le souligner, le législateur OHADA ne s'est pas rapproché de cette solution. Une solution qui reflétait pourtant déjà à cette période où l'OHADA est créée, les réalités socio-économiques africaines. Une période marqué par la

---

259 Il s'agit d'un recueil de textes commentés et annotés par des spécialistes du droit de l'OHADA à l'initiative de l'Institut de Droit d'expression francophone (IDEF).

260 P-G. Pougoué, F. Anoukaha, J. Nguebou-Toukam, Actes uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E, in OHADA : *Traité et actes uniformes commentés et annotés,* Juriscope, 2008, p342.

261 F. Rome, Proposition de loi du Sénat sur la responsabilité civile : demandez le programme !, D, 2010, p.2057.

262 B. Le Bars, *droit des sociétés et de l'arbitrage international*, Paris, Joly, Lextenso éditions, 2011, p.22.

263 Loi n°78-9 du 4 janv.1978

264 S. Guinchard et T. Debard (dir.) et alli, *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2014 pp. 68-69.

mondialisation des économies[265]. Avec la mondialisation, les richesses des hommes ne se limitent plus uniquement aux immeubles notamment les bâtiments et aux terres. La création de l'OHADA a coïncidé avec la période dans laquelle, le monde entrait inexorablement dans une ère où le numérique et l'immatériel avaient commencé à fournir, une nouvelle catégorie de biens. Ce qui fait considérer le choix du législateur OHADA, comme anachronique.

21. L'attitude relativement anachronique du législateur OHADA, n'a pas pu résister aux critiques. Comment en effet expliquer, à la fois ce manque d'intérêt vis-à-vis de l'apport en industrie mais aussi et surtout, ce qui s'apparente à une absence de vision ? Il n'est pas aisé de tenter une explication satisfaisante en l'absence de travaux préparatoires ayant accompagné l'élaboration du texte sur l'apport en industrie. On peut cependant estimer que le législateur avait peut-être estimé, que les économies africaines n'étaient pas suffisamment matures et adaptées à l'utilisation des apports en industrie. Une autre explication et peut-être la plus vraisemblable, pourrait tenir à l'impopularité de l'apport en industrie dans l'hexagone, la principale source nourricière du droit OHADA. Toujours est-il que cet instrument a connu une cure de jouvence grâce à l'élargissement de son domaine qu'il n'est pas inintéressant de soumettre à l'analyse.

B. Une nouvelle approche de l'apport en industrie

22. **Plan.** Le législateur OHADA vient donc de procéder à la réforme de ce droit qui été considéré dès son adoption comme moderne. A travers cette réforme, on peut facilement remarquer une modification du paysage juridique du droit des sociétés commerciales. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales a été présenté comme étant « *une pièce maîtresse de l'arsenal OHADA* »[266]. Cette pièce maîtresse offre dans sa mouture actuelle, une nouvelle approche de l'apport en industrie dont la présentation des principales caractéristiques est essentielle.

1. L'apport en industrie : *un outil revalorisé dans la nouvelle réforme*

23. Dans la nouvelle réforme du droit des sociétés de l'espace OHADA, une place privilégiée est désormais accordée à l'apport en industrie. Le ton est en fait donné dès l'article 4 de l'Acte uniforme du 30 janvier 2014, dont la teneur est la suivante : « *La société commerciale est créée par deux (2) ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter* ». Il s'agit là, d'une véritable revalorisation de l'apport en industrie avec le sentiment que, justice lui a été rendue par le législateur commun.

24. Cette revalorisation se manifeste en effet par la prise en compte de l'apport en industrie dans la définition de la société commerciale de l'espace OHADA. C'est une action symbolique mais fondamentale ayant pour mérite de placer cet outil, au même niveau

---

265 J. Paillusseau, « *Le droit de l'OHADA : Un droit très important et original », JCP,* Cahiers de Droit de l'Entreprise, n° 5, 2004, p. 1.

266 P-G. Pougoué, F. Anoukaha, J. Nguebou Toukam, *Aperçu de l'Acte uniforme reformant le droit des sociétés et G.I.E in* Sociétés commerciales et G.I.E., www.ohada.com consulté le 10 février 2013 à 15h.

que les autres apports sous toutes réserves, du respect des limites relatives à sa particularité. Il ne pouvait pas en être autrement au regard de ce qui a été sus-évoqué. Le législateur par ce choix, veut démontrer sa volonté de donner à cet instrument, la place qui est la sienne dans les systèmes juridiques modernes. Dans la même veine, cette revalorisation apparaît également dans la définition donnée à la notion d'apport en industrie. Prenant soin de déterminer avec précision ce qu'un associé peut apporter pour s'acquitter de l'obligation inhérente à la constitution de la société, l'article 40 alinéa 3 indique ceci : « *chaque associé peut apporter à la société, des connaissances techniques ou professionnelles ou des services, par apport en industrie* ». L'observateur peut donc aisément constater que le contenu de la définition de la notion de l'apport en industrie s'est enrichi. Le candidat à la constitution de la société qui opte pour ce type d'apport, peut désormais choisir d'offrir, non seulement les connaissances techniques ou professionnelles mais aussi des services.

25. Concrètement, la nouvelle définition procède à l'extension du contenu de l'apport en industrie au-delà de la limite imposée dans la précédente réforme, *l'apport en main d'œuvre*. Un élargissement qui, somme toute, vient ainsi confirmer le choix du législateur OHADA de finalement s'aligner sur les standards de ses homologues européens notamment français. Une fois encore, la source d'inspiration se situe en hexagone traduisant ainsi une relation privilégiée, voire une certaine convergence entre le Droit OHADA et le Droit français. Il n'est pas inutile, ni illégitime de sonder le degré d'une telle filiation. Car, si les solutions se rapprochent, que dire des raisons et motivations de l'évolution voulue par le législateur OHADA.

26. Il a été indiqué que le choix du législateur français avait été guidé par le fait que l'apport en industrie correspondait aux réalités sociales, économiques et juridiques. Ce qui veut dire qu'il était d'une certaine manière question de répondre aux attentes des opérateurs économiques. Nous l'avions susmentionné, la société depuis la fin du XXe siècle, se caractérise de plus en plus par les richesses immatérielles, reléguant au second plan, les richesses traditionnelles. De même, l'émergence du capital humain s'accroit et exige que s'adaptent les structures qui organisent la vie en société. Le droit des sociétés ne peut et n'a effectivement pas ignoré cette réalité. Ce qui peut certainement expliquer en partie, l'activité du législateur OHADA en matière d'apport en industrie.

2. Un instrument adapté à l'émergence de nouvelles formes économiques en Afrique

27. Avec le phénomène de la mondialisation des économies, l'Afrique à l'instar des continents où se trouvent les pays moins avancés, doit rattraper son retard[267]. Pour cela, elle peut compter sur l'émergence de nouveaux modes du commerce international, voire sur l'émergence de nouveaux modèles de développement. La question de l'adaptation du droit des affaires à ces évolutions peut dès cet instant se poser. Elle pourrait réellement se poser avec acuité concernant l'adaptation de l'apport en industrie, aux réalités économiques de l'espace OHADA.

---

[267] Le retard de l'Afrique fait l'objet de toutes communications, de colloques entiers lui sont consacrés et même des ouvrages. Ce retard se manifeste dans tous les domaines notamment en matière de nouvelles technologies de l'information. Ce qui n'a pas manqué d'enrichir le champ lexical avec les termes comme la fracture numérique.

28. On peut encore se souvenir que, comme tout phénomène nouveau, l'observation de la création de l'OHADA n'a pas manqué de déconcerter les milieux universitaires et juridiques africains notamment[268]. Cette situation a favorisé la formulation de certains griefs ayant accompagné dans l'ensemble, la réforme OHADA depuis les années 90. Aussi, des réserves[269]ont-elles été émises dans ce sens et certaines qualifications aussi[270]. Notre propos n'est pas de revenir sur cette controverse relative aux sources d'inspiration de l'OHADA[271], mais plutôt d'entrevoir ce qui pourrait favoriser le choix et le succès de la solution proposée par l'Acte uniforme de Janvier 2014. L'apport en industrie tel que désormais défini dans l'Acte uniforme, est-il alors adapté aux réalités économiques africaines et au contexte juridique africain?

29. La réponse à cette question n'est pas si simple notamment en ce qui concerne les réalités économiques africaines dans un contexte où l'informel est encore prédominant[272]. Pour ce qui est du contexte juridique africain actuel, on peut oser une réponse affirmative dans la mesure où, le droit OHADA avait pour ambition de moderniser le droit des pays africains. Une entreprise de modernisation qui a été rendue possible par l'adoption[273] et, parfois l'adaptation des règles juridiques alors en vigueur. Cette adaptation a également conduit le législateur à tenir compte des standards internationaux permettant à l'OHADA d'apporter des solutions qui seront des ressources nécessaires à l'Afrique pour affronter les effets néfastes de la mondialisation[274].

30. Pour l'insertion de l'Afrique dans l'économie mondiale, le Doyen Modi Koko Bebey a notamment estimé que, la réforme OHADA recherchait la compétitivité à travers la concentration d'entreprises[275]. Ce qui pourrait selon lui, constituer une solution à l'émiettement du tissu économique de l'espace OHADA. Les assauts des institutions de la mondialisation les multinationales notamment, sont tellement puissants qu'il est légitime de craindre que les entreprises, voire les économies locales en pâtissent. Il faut également dire que, le contexte africain se caractérise aujourd'hui par une forte émergence de l'économie numérique et surtout d'une économie de la connaissance dont le socle est l'immatériel. Une situation qui nourrit actuellement la réflexion et justifie, selon certains observateurs l'affirmation selon laquelle, *le commerce électronique est une chance pour l'Afrique*[276].

---

268 K. Mbaye *« L'histoire et les objectifs de l'OHADA »*, Petites affiches, 13octbre 2004, n°5.

269 F. Onana Etoundi, Les Principes d'UNIDROIT et la sécurité juridique des transactions commerciales dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats, in Rev. dr.Un. 2005-4 .pp.683-718.

270 Une partie de la doctrine, voire des praticiens, qualifiait le droit OHADA de « droit importé ou venu d'ailleurs ».

271 P-G. Pougoué, Y.R. Kalieu Elongo, *Introduction critique à l'OHADA*, P.U.F, Yaoundé, 2008, p.114.

272 Voir en ce sens, la thèse de S. Kwemo, *L'OHADA et le secteur informel -L'exemple du Cameroun,* Larcier, 2012, 432.p.

273 Il s'agit de l'impératif assigné à l'OHADA par l'article 1er du Traité constitutif d'ailleurs maintenu par la réforme de Québec en 2008 ;

274 La réforme OHADA a parfois été présentée, comme étant une sorte de résistance aux méfaits de la mondialisation.

275 H-D. Modi Koko Bebey, « *La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie* », http://www.institut-idef.org/ consulté le 25 février 2014 à 15h17.

276 A.Brasier, Le commerce électronique : Une opportunité pour l'Afrique, Mémoire de DESS, CUJAS, Paris, 2003, p.1.

31. De même, sur le plan professionnel, s'observe une mutation des besoins dans de nouveaux domaines pouvant constituer un élément décisif dans le cadre d'une collaboration professionnelle qui pourrait aboutir à de nouvelles créations de sociétés. Dans cet ordre d'idées, il est aisé de remarquer la constitution et la montée d'une classe moyenne. Cette classe moyenne est composée de jeunes africains, qui possèdent des compétences professionnelles de plus en plus pointues et rares sur le continent. Il s'agit notamment des compétences dans le domaine des nouvelles technologies de l'information, les statistiques, etc. Si dans cette catégorie, certains jeunes n'ont pas la possibilité de devenir associé en faisant des apports en nature ou en numéraire, l'opportunité d'intégrer la société comme associé ou actionnaire leur est offerte par le choix de recourir à l'apport en industrie. Ce qui est une avancée notoire pour le continent.

32. On le sait, les biens en nature sont rares parce que la culture du titre foncier n'est pas vraiment démocratisée dans certains pays. Dans la majorité des pays, la plupart des biens sont généralement en indivision ou la propriété de la communauté ou simplement celle de l'Etat. Le numéraire bien que certaines banques africaines affichent une situation de surliquidité[277], est aussi rare. L'une des explications étant que, plusieurs couches de populations sont démunies, même si on constate l'apparition d'une classe moyenne avec un pouvoir d'achat appréciable[278]. Si cette jeunesse s'engage dans une telle démarche, il lui sera donc possible de faire un apport en industrie en mettant par exemple à la disposition de la société un type de connaissances. Une avancée considérable pouvant favoriser la naissance d'une génération d'entrepreneurs en zone OHADA. Il est donc loisible de constater que l'apport en industrie est une réponse adaptée aux préoccupations actuelles. Tel étant le cas, cela suffira-t-il pour assurer un franc succès à cet instrument?

33. Du fait du report de l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme révisé[279] Il est nettement trop tôt pour apporter une réponse satisfaisante à cette question. Toujours est-il que, l'apport en industrie apparaît aujourd'hui comme un outil ou un instrument juridique que, le législateur OHADA a voulu mettre à la disposition des personnes désireuses de participer à la création ou au fonctionnement d'une société commerciale en qualité d'associé. Au XXI^{e} siècle, il semble très difficile pour les raisons sus-évoquées de se contenter uniquement des apports en numéraires ou en nature, car même si leur importance est indéniable, il reste tout aussi vrai que le nombre de personnes concernées par ces apports demeure très sélectif.

34. Il ne nous reste donc plus qu'à souhaiter à l'apport en industrie, du succès tout en remarquant que celui-ci dépendra d'un certain nombre de conditions. Les unes sont relatives à la promotion que l'OHADA fera de cet instrument tandis que d'autres dépendront notamment des conseils en création de sociétés. Il n'est en effet pas exclu

---

277 J.P. Fouda Owoundi, « La surliquidité des banques en zone franc : Comment expliquer le paradoxe de la CEMAC ? Revue africaine de l'intégration », Vol. 3. N° 2, Oct. 2009, 56 p., Y. Lucotte, « La surliquidité bancaire : le mal oublié de l'Afrique subsaharienne », www.lecercle.lesechos.fr,24/10/2013, consulté le 21 février 2014.

278 http://www.jeuneafrique.com/ consulté le 24 février 2014 à 15 h 30 ;

279 La date d'entrée en vigueur a été prévue le 05/05/2014 en conformité de l'article 9 du Traité de l'Ile Maurice, quatre-vingt-dix jours

que les futurs associés, voire leurs conseils soient démunis face aux évolutions de cette famille des apports ; il est de ce point de vue admis qu'un changement mal expliqué, peut nourrir des craintes et favoriser le rejet[280]. Une bonne information des futurs associés sur ce point, peut par contre être déterminante pour le choix par ces derniers, de recourir ou non, à l'apport en industrie. Cette perspective est d'autant plus réaliste que le législateur OHADA, tenant compte des critiques qui ont été formulées sur le manque de considération réservé à l'apport en industrie, a finalement pris le soin, d'en préciser le régime juridique. Un régime qu'il est nécessaire d'appréhender pour une éventuelle mise en œuvre.

II. LA DEFINITION DU REGIME JURIDIQUE DE L'APPORT EN INDUSTRIE

35. Avec la réforme intervenue en 1997, le droit des sociétés de l'OHADA avait instauré lacune juridique au regard du régime juridique des apports en industrie. La réforme d'alors, ne comportait en effet pas de dispositions spécifiques, sur le régime juridique de ce type d'apports. Une absence de règles que tente de combler, la nouvelle réforme du droit des sociétés intervenue le 30 Janvier 2014 au Burkina Faso. Cette réforme apporte des précisions sur le régime juridique de l'apport en industrie en droit OHADA. Des précisions qui constituent ainsi une réelle évolution permettant de fixer un cadre et de donner aux futurs créateurs de sociétés et à leurs conseils les règles du jeu. C'est pourquoi, il n'est pas inutile de s'attarder sur lesdites règles.

36. Il s'agit en fait des règles qui visent à organiser le recours aux apports en industrie dans une démarche de constitution d'une société dans l'espace OHADA. Il ressort qu'une généralisation de l'utilisation de cet instrument est prescrite dans les formes de sociétés autorisées par l'OHADA, et que c'est uniquement dans la société anonyme qu'untel apport est interdit. Dans cette démarche, le droit cette fois ne trouvera pas sa voie dans la pratique[281], mais c'est la pratique qui trouvera la sienne dans le droit.

37. **Plan.** Une meilleure perception de cet arsenal normatif nécessite donc de distinguer les règles relatives aux apports en industrie (A) des règles qui concernent l'apporteur en industrie (B).

A. La situation juridique de l'apport en industrie dans l'espace OHADA.

38. **Plan.** Il s'agit en réalité du régime juridique des apports en industrie induit par la réforme du 30 janvier 2014. Le champ d'application des règles issues de l'Acte uniforme de Ouagadougou est précisé dans les articles 1er et suivant de cet Acte. Concernant les apports en industrie, les règles régissent leur existence et apportent des précisions sur la manière dont ils doivent être utilisés. Les dispositions contenues dans le chapitre (7) consacré aux apports en général, ont à la fois trait aux caractéristiques des apports en question, aux sociétés qui ouvrent droit à l'apport en industrie, ainsi qu'à leur réalisation.

---

280 Son excellence Monsieur *Bernard* Emié, *Allocution*, in *Les sources du droit : Aspects contemporains*, Société de Législation Comparée, Paris, 2007, p.22.

281 P. Le Cannu, B. Dondero, *Droit des sociétés*, Paris, Lextenso-éd., 2013, p.19.

1. La singularisation des apports en industrie

39. Le législateur OHADA, dès l'introduction de l'apport en industrie a certainement essayé de le singulariser. Il faut noter qu'une distinction est faite entre les apports en industrie et les deux autres catégories d'apports. L'apport en industrie affiche des particularités qui lui offrent une place originale dans cette famille. Nous l'avons dit, ce n'est pas un apport d'un bien, mais une promesse d'activité[282]. L'Acte uniforme limite son domaine à des connaissances techniques et professionnelles, ainsi qu'aux services. Ce qui semble justifier l'existence de règles particulières.

40. De même, la rémunération de l'apport en industrie n'est pas le fruit d'une quelconque subordination. Il ne s'agit donc pas d'un salaire. En cela, la relation qui lie l'apporteur à la société doit être distinguée du lien de travail salarié comme nous l'avons déjà souligné. Aussi, est-il nécessaire pour les conseils des intéressés, la société et l'apporteur notamment, de bien préciser les contours de l'apport en industrie sous forme de travail de façon minutieusement claire et précise. En effet, il suffira d'une imprécision ou d'une négligence pour aboutir à une requalification de la relation en contrat de travail. Cette requalification peut induire de fâcheuses conséquences à la fois pour la société et pour l'apporteur. Au moment de rédiger les actes constatant l'existence de celui-ci, il est vivement conseillé d'indiquer par exemple avec précisions, l'absence de lien de subordination entre la société et l'apporteur.

41. La précaution conseillée ci-dessus n'exclut pas le cumul entre l'apport en industrie et un contrat de travail. Dans une telle hypothèse, il est nécessaire de faire un distinguo entre les deux types de collaboration qui correspondent à des qualifications distinctes. Il n'est ni vain encore moins chimérique, de penser que les difficultés de qualification seront bientôt étudiées devant le juge. Une attention particulière devra être accordée aux solutions proposées par les juridictions. Face aux réalités relatives à la mise en œuvre de cet instrument, les juges se doivent de canaliser les différentes qualifications que le régime juridique prévoit. Des confusions pourraient par exemple provenir d'une absence de distinction d'avec les notions voisines. La Cour commune de justice et d'arbitrage dont le siège est à Abidjan, interviendra certainement sur la question, si l'opportunité se présente. La mise en œuvre de l'apport en industrie nécessite également d'identifier les structures dans lesquelles, les apporteurs en industrie peuvent valablement être accueillis.

2. La généralisation du recours aux apports en industrie

42. L'alinéa 2 de l'article 50-1 formule clairement une interdiction de recourir aux apports en industrie dans les sociétés anonymes. Ce qui signifie que les autres formes de sociétés autorisées dans l'espace OHADA ont le droit d'y consentir. Traditionnellement, l'exclusion se justifiait par la nature de la société anonyme qui est une société par actions. Dans la société anonyme en effet, l'importance des capitaux peut justifier une telle interdiction, notamment par rapport à une activité pouvant simplement rester fictive ou surévaluée ou encore par rapport au pouvoir des associés dominants. Cependant, la question peut se poser de savoir si la société anonyme qui participe à la constitution d'une société dans laquelle l'apport en industrie est autorisé, peut par

---

282 P. Merle, *Droit des sociétés commerciales*, Paris, Dalloz, 16e éd. 2013, pp.56-57.

exemple faire un apport de son savoir-faire ? Concrètement, lui est-il possible d'apporter à une autre société par actions simplifiée qui se constitue, un investissement en industrie ?

43. Pour l'instant, rien à notre sens ne s'oppose à ce type de montage. De ce point de vue, la question de l'efficacité ou de l'étendue de l'interdiction de l'article 50-1 pourrait se poser. S'il est clair que l'apport en industrie est interdit dans les sociétés anonymes, rien pour le moment ne nous permet de conclure à l'interdiction faite à une société anonyme de souscrire pour le compte d'une autre personne morale. A notre avis, et en attendant que la question ne soit tranchée par les tribunaux notamment par la haute Cour d'Abidjan, la société anonyme peut valablement participer à la constitution d'une société à travers l'apport en industrie. Il ne sera en tout cas pas étonnant que les sociétés anonymes existantes veuillent bien profiter des opportunités offertes par le législateur OHADA. Il faut tout même indiquer qu'une telle hypothèse n'a pas encore été confirmée dans la pratique compte tenu de la nouveauté de la réforme.

44. Pour une meilleure appréhension de l'interdiction de souscrire des apports dans une SA, il faut interpréter l'article 385 qui, *in fine* dispose : « les *actionnaires ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports* ». Or on sait que le capital social constitue le gage des créanciers et que l'apport en industrie ne peut faire l'objet d'exécution forcée en nature. Un argument qui ne saurait cependant de ce point de vue, résister à la critique quant au choix opéré par le législateur OHADA. Ce choix risque de soulever des remous au sein dans la communauté des juristes de l'espace OHADA, et même au-delà. La société anonyme n'est en réalité pas la seule société par actions.

45. La réforme du droit des sociétés du 30 janvier 2014, introduit également une autre forme de société de la même famille, à savoir la société par actions simplifiée (SAS). Un modèle qui prend ses sources dans le paysage du droit des sociétés commerciales de plusieurs pays européens notamment en *droit français* où, elle fait son entrée en 1994[283].

46. Dans cette société, il est prévu à l'article 853-1 de l'Acte uniforme ceci « …*Les associés ne seront responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et leurs droits seront représentés par les actions ».* De ce point de vue, et conforté par la teneur de l'article 853-3 de l'acte uniforme, il est facile de constater que les raisons qui sous-tendent l'exclusion des apports en industrie dans la société anonyme en droit OHADA, ne diffèrent guère de celles qui président à leur admission dans les sociétés par actions simplifiée ainsi créées. Seulement, la rédaction de l'article 853-5 vient trancher dans le dernier alinéa en précisant que : « *La société par actions simplifiée peut émettre des actions inaliénables résultant d'apports en industrie ».* On peut donc constater ici, une similitude entre le droit français de la société par actions simplifiée d'avec les dispositions du droit OHADA[284] en la matière.

47. Il est d'ailleurs important de remarquer qu'à l'origine, les apports en industrie n'étaient pas autorisés dans les SAS en France. Ce n'est qu'en 2008, donc très récemment, que le

---

283 M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *op.cit. p. 2, n°6.*

284 Ce n'est d'ailleurs pas la seule similitude, le régime juridique de la société par actions simplifiée est nettement calqué sur le droit français actuel.

législateur français a permis aux futurs associés de la société par actions simplifiée de recourir à ces apports[285]. C'est donc en termes de temps, quatorze (14) ans plus tard, que la possibilité de recourir à ce type d'apports a été ouverte dans la SAS. Si des informations sur le succès retentissant de cette dernière en France sont disponibles[286], il n'existe pas d'indicateurs disponibles démontrant que les utilisateurs de la société par actions simplifiées recourent aux apports en industrie. Pour ce dernier aspect, on peut constater de manière générale et pour le déplorer, que cet instrument ne connaît vraiment pas de succès. Ce qui n'a pas échappé à la sagacité d'un auteur dont le constat est le suivant : « *Les apports en industrie suscitent un intérêt que doctrine et législation s'emploient à renouveler : ce seraient les apports de l'avenir. Dans le présent, leur succès est modeste, hors du domaine des sociétés civiles professionnelles. Pourtant de multiples champs d'application s'ouvrent à eux* »[287].

48. Dans le même sens, d'autres auteurs pour expliquer le modeste succès de cet outil, n'hésitent pas à considérer qu'il a un « *statut de seconde zone* » d'une part, et que ses règles sont difficilement applicables d'autre part. Ces constats pourraient nous laisser perplexes eu égard au choix du législateur OHADA d'introduire, un instrument qui n'a pas encore fait ses preuves en France, et toujours en cours d'expérimentation dans la société par actions simplifiée nouvellement créée.

49. Il est donc nécessaire de tenter une explication à ce choix du législateur OHADA. Du coup, le choix du législateur pourrait se comprendre si on recherche l'explication de l'autorisation des apports en industrie dans la société par actions simplifiée, dans le caractère très souple de celle-ci. L'essentiel de son régime juridique de fonctionnement procédant des statuts, la loi des parties. Outre cette souplesse, on peut également imaginer la volonté du législateur de maintenir des éléments pouvant contribuer à la séduction des futurs utilisateurs auprès desquels, une promotion nécessaire pour assurer à la SAS ainsi créée, une certaine popularité. La doctrine apportera certainement plus amples explications pour mieux éclairer la pratique. Un éclairage que ne manqueront pas également d'apporter les décisions des juridictions sur cette question et notamment celles de la Cour commune de justice et d'Arbitrage (CCJA).

50. De toute évidence, le législateur semble avoir choisi de favoriser l'admission d'un type d'apports qui pour lui, semble être un élément fondamental et significatif de l'investissement dans le cadre des petites et moyennes entreprises en Afrique. Il est d'ailleurs avéré que dans la plupart des économies aujourd'hui, le poids de cette catégorie d'entreprise est non négligeable. Dans le même sens, il a été considéré que les apports en industrie étaient des apports de l'avenir[288]. Une option justifiée par l'intérêt du législateur OHADA pour cet instrument. Une fois l'ouverture du droit aux apports en industrie favorisée, la mise en place de cet instrument juridique est aussi une étape importante qui n'a pas été laissée au hasard.

---

285 Loi n°2008-776 du 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie.

286 Cozian, Viandier, Deboissy, *op.cit*. p.4.

287 H. Hovasse, « *Apports en industrie et groupes de sociétés* », Droit des sociétés n°6, Juin 2009, repère 6, p.6. www.lexisnexis.com, consulté le 3/05/2014 à 21h42.

288 H. Hovasse, *op.cit.*

3. La prépondérance des statuts dans la mise en œuvre des apports en industrie

51. La mise en œuvre des apports est une application du principe de la liberté de faire le commerce. Cette question étant très large, il s'agira pour nous de traiter uniquement des aspects touchant à la réalisation des apports en industrie prévue à la section 5 du chapitre 7 de l'Acte uniforme. Selon l'article 50-1, les apports en industrie sont réalisés par la mise à disposition effective de la société, de connaissances techniques ou professionnelles ou de services que l'apporteur lui avait promis. La mise en œuvre des apports en industrie est relative aux exigences légales et statutaires. Il s'agit notamment des modalités des apports et de la place des titres qui résultent des apports en industrie dans le commerce juridique.

52. S'agissant des modalités des apports, il est impératif de procéder à une analyse de l'article 50-2 alinéa 2 de l'Acte uniforme. Ce texte dispose que « *les statuts décrivent l'apport en industrie et déterminent les modalités de sa libération y compris la durée des prestations qui sont fournies par l'apporteur, le nombre de titres sociaux attribués en rémunération de ces prestations et les droits attachés à ces titres dans le partage des bénéfices et de l'actif net. Les statuts déterminent également les modalités de liquidation de ces titres en cas de cessation par l'apporteur de l'activité faisant l'objet de son apport. ».* Il est fortement recommandable aux concepteurs des statuts, d'y apporter les soins nécessaires aux fins d'éviter des surprises désagréables.

53. Les statuts devront alors constater et consigner de manière détaillée, les éléments susvisés. Ainsi par exemple, une description de l'apport en industrie doit être faite ; ce sera le cas si l'on y indique, la nature des connaissances faisant objet de l'apport. Des connaissances qui peuvent être soit techniques, soit professionnelles ou même des services apportés. La main d'œuvre ou alors les droits attachés aux titres conformément à la teneur de l'article 40 de l'Acte uniforme.

54. Une fois encore, le rôle des statuts mais aussi et surtout des rédacteurs des statuts sera déterminant. La description de la prestation doit mettre en exergue un certain nombre de détails qui caractérisent chaque type d'apports en industrie. Du coup, il faudrait donc indiquer clairement le type de connaissances techniques précises qui sont ou seront mises à disposition par l'apporteur. Ce qui a déjà été indiqué dans le cadre de la SAS concernant la possibilité des personnes morales d'effectuer des apports en industrie, est aussi valable dans le cadre des relations entre les sociétés appartenant à un même groupe. Selon l'article 173 de l'Acte uniforme, « *Un groupe de sociétés est l'ensemble formé par des sociétés unies entre elles par des liens divers qui permettent à l'une d'elles de contrôler les autres* ». Le contrôle quant à lui est la détention du pouvoir de décision au sein de la société ; la détention du pouvoir peut-être présumée, mais doit –être effective. La réalité du contrôle se vérifie au travers de la détention des droits de vote. Ce qui rend possible l'influence de l'apporteur en industrie qui pourrait personnellement ou par un accord conclus avec les autres associés être détenteur de plus de la moitié des droits de vote.

55. L'utilisation de l'apport en industrie est donc possible dans le cadre d'un groupe de sociétés, à moins que celle-ci ne se heurtent à des obstacles juridiques ou des barrières

fiscales[289]. Dans le cadre de l'Union européenne, le régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales des Etats membres distincts, élève par exemple des barrières fiscales à l'utilisation de l'apport en industrie. Ce qui peut être une menace à la perception des dividendes par les personnes morales, fort heureusement, le cadre européen aménage une possibilité aux Etats de tenir compte, non pas de la participation au capital d'une société, mais plutôt de la détention de droits de vote au sien de ladite société[290]. Il est donc important pour que l'utilisation des apports en industrie soit largement favorisée dans les groupes de sociétés, de faire attention à ces critères. Avec de tels aménagements, les apports en industrie auront la possibilité de bénéficier du régime de la société mère et filiale. En France par exemple, l'article 145 qui vise l'application de ce régime retient pourtant le critère de la détention de titre de participation qui satisfait à d'autres conditions notamment la conservation des titres pendant un délai de trois ans[291]. Au Congo par exemple, le régime des sociétés mères et filiales, figure aux articles 126 et 126 A du code général des impôts Tome 1.

56. Les textes ne limitent pas formellement aux personnes physiques le droit de faire un apport en industrie. Dans ce cas, la personne morale semble et nous l'avons souligné, autorisée à recourir à ce type d'apports. Tel étant le cas, que penser de l'hypothèse d'une société où les seuls apporteurs seraient uniquement les apporteurs en industrie ? La réponse semble évidente pour la caractérisation[292] de la société de fait ou créée de fait[293] ; elle l'est également pour les autres types de sociétés où les associés manifestent la volonté de s'associer. Sur ce dernier cas, la mise en œuvre de cet outil ne peut aboutir à la création d'une société, car on sera tout simplement en présence d'un défaut de capital. Or le capital social est une exigence même de l'Acte uniforme. L'article 61 dispose en effet que « *Toute société doit avoir un capital social qui est indiqué dans ses statuts, conformément aux dispositions du présent Acte uniforme »*. Dans l'hypothèse que nous évoquons, la nature même de ce type d'apports, fait obstacle à la création d'une société valablement constituée. Aussi, bien que permettant à son titulaire d'avoir un droit aux titres sociaux, il ne lui permet pas de participer au capital social.

57. Sur les modalités de libération et de durée des apports en industrie, la question se pose de savoir s'il s'agira toujours d'une prestation ponctuelle ou d'une prestation successive ? La réponse risque de paraître prématurée au regard de l'absence d'une pratique avérée. Mais, une lecture détaillée de l'article 50-2 permet de conclure contrairement à l'affirmation des auteurs que, la prestation promise peut se réaliser selon le choix des parties au contrat de société ou d'apports. Sur cette question, les statuts ont encore une importance capitale. Pour répondre à la question posée, on dira donc que la prestation promise pourrait donc être réalisée immédiatement et en une

---

289 Une situation qui a déjà a été constaté en France, voire dans le cadre de l'Union européenne.

290 Directive 90/435/CEE du conseil du 23 juillet 1990 relatif au régime fiscal commun applicable aux sociétés mères et filiales des Etats membres. Elle a été modifiée 2003/123/CE et appliquée par chaque Etat.

291 Loi n° 2012-958 du 16 août 2012- article 16 (V)

292 L'article 867 dispose que l'existence de la société de fait est prouvée par tout moyen.

293 M-H Maleville, « *sociétés et groupements particuliers- société créée de fait* », www.institut-idef.org, consulté le 4/05/2014 à 1heures. Voir aussi la décision de la Cour suprême du Cameroun, Arrêt n°85/CC du 173, Revue Cameroun de Droit n°9, p.62.

seule fois, ou être inscrite dans la durée. Pour la durée, la nature de l'apport est importante.

58. Dans l'hypothèse d'une prestation ponctuelle, sauf si la prestation est vraiment déterminante, il semblerait que le recours au contrat de travail soit préféré. L'une des raisons à ce choix est liée au caractère incessible et insaisissable des parts en industrie[294]. Dans le second cas, le prestataire fera l'apport tant qu'il sera présent dans la société et dans les conditions définies dans les statuts. C'est donc une prestation qui s'inscrira dans la durée. Cependant dans un groupe de sociétés, une combinaison peut être envisageable. Une personne physique pourrait par exemple exercer des fonctions techniques rémunérées par une filiale d'une part, tout en exerçant les fonctions de direction générale, elle rémunérées par l'attribution des parts ou d'actions d'industrie dans une holding ou une société de groupe[295].

59. Ces questions pourront être précisées avec l'expérimentation de l'instrument. Cette rubrique en tout cas, va soulever plusieurs difficultés et des questions relatives à la réalisation des apports en industrie que nous ne pouvons malheureusement qu'effleurer dans le cadre de cette présentation, compte tenu la nouveauté du dispositif. Les difficultés d'exécution peuvent notamment surgir dans l'hypothèse où l'apporteur en industrie ne peut s'acquitter de son obligation en cas de maladie, d'invalidité ou si ce dernier est temporairement frappé par une sanction[296]. Là aussi, les statuts doivent avoir une rédaction très fine de sorte à prévoir de telles éventualités. L'intelligence du régime juridique de l'apport en industrie commande de comprendre aussi, la situation de son auteur.

B. La prise en compte de la qualité d'apporteur en industrie

60. **Plan**. L'apporteur en industrie est généralement une personne physique. Nous l'avons sus-évoqué, il n'est pas exclu que les personnes morales souscrivent des apports en industrie. L'Acte uniforme n'ayant opéré aucune distinction. Quelle que soit la personne, certaines règles concernent directement l'auteur de l'apport en industrie. L'alinéa 8 de l'article 13 impose dans ce sens, des mentions obligatoires aux statuts de la société bénéficiaire de l'apport en industrie. Il s'agit notamment de l'identité des apporteurs en industrie avec, pour chacun d'eux, le montant des apports, le nombre et la valeur des titres sociaux remis en contrepartie de chaque apport. Une meilleure appréhension des règles qui concernent la situation de l'apporteur se fera à partir de l'analyse de ses obligations (1) ainsi que de l'examen de ses droits (2).

1. L'appréhension des obligations de l'apporteur en industrie

61. L'apporteur en industrie a d'abord des obligations vis-à-vis de la société, ensuite envers les autres associés. Ces obligations ont pour source l'Acte uniforme, les statuts s'agissant notamment de la SAS où, la consécration de la liberté du commerce est manifeste. C'est en fait, les statuts qui fixeront principalement les règles de cette société commerciale en particulier, les modalités d'obligations de l'apporteur. Concernant leur nature, il est

---

294 Cette caractéristique en diminue la valeur patrimoniale et par conséquent l'intérêt d'y recourir.

295 H. Hovasse, *op.cit*.

296 Cela peut-être notamment le cas d'une perte momentanée d'un agrément ou alors une fermeture administrative, une peine de prison etc.

constant que l'apporteur en industrie est soumis à une obligation positive et très subsidiairement à une obligation négative. Il s'agit en réalité de lui exiger une certaine attitude, un type de comportement vis-à-vis de la société comme vis-à-vis des autres associés.

62. Dans le premier cas, l'alinéa 1 de l'article 50-2 précise ceci : « *L'apporteur en industrie doit rendre à la société la contribution promise et lui doit compter de tous les gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport ».* De cette disposition, il ressort en réalité que l'apporteur est débiteur d'une double obligation de faire vis-à-vis de la société. Ainsi donc, il lui doit non seulement la contribution promise, mais également des comptes sur l'ensemble des gains qu'il a réalisés par l'activité faisant l'objet de son apport. La contribution en question doit correspondre selon l'Acte uniforme, aux connaissances techniques ou professionnelles, ou des services. Cette contribution figurant dans les statuts, doit être minutieusement détaillée, car si un litige venait à surgir, les juges pourraient se référer à cette description. Le risque de requalification étant toujours imminent à ce niveau.

63. Dans le deuxième cas, on se demande si l'auteur d'un apport en industrie ne serait pas débiteur de certaines obligations qui découlent de la nature de la relation qui le lie avec la société. Il peut s'agir de loyauté, car en tant qu'associé, l'apporteur doit adopter un certain comportement par rapport à la société tendant simplement au respect de l'intérêt commun. Ce peut également être une obligation de confidentialité. On peut imaginer que de telles obligations soient mises à la charge d'un apporteur en industrie dans toutes les sociétés. Ces exigences peuvent être de source statutaire, mais en l'absence de clause, ou en présence d'une clause ambiguë, une telle exigence peut-elle justifier que la société soumette à une obligation de ne pas faire, l'apporteur en industrie ? La question reste ouverte au regard de la nouveauté du régime.

64. Cette exigence négative peut consister en une obligation implicite de non–concurrence. Concernant l'obligation de non-concurrence, elle ne peut concerner que l'activité dont bénéficie la société que le débiteur ne peut fournir à une autre personne ou continuer d'exercer lui-même. Cependant de l'analyse de l'article 50-2 alinéa 1, on peut penser que, parce qu'il doit des comptes sur l'activité promise, l'obligation de non concurrence sera difficilement mise en œuvre ici. Au mieux, elle portera sur l'interdiction non pas d'exercer l'activité, mais d'en tirer profit. On verra ce que diront les tribunaux en la matière, s'il sera toujours nécessaire par exemple, de la mentionner expressément dans les statuts pour s'en prévaloir. Une autre obligation de faire pèse sur l'apporteur en industrie ; cette obligation est de contribuer aux résultats notamment aux pertes[297].

65. La contribution aux pertes est de l'essence même de la société[298]. Elle concerne en effet les rapports de l'auteur de l'apport en industrie avec les autres associés; elle permet en fait de déterminer la part contributive de chaque associé aux pertes sociales. Cette contribution aux pertes sociales[299] doit se distinguer de l'obligation aux dettes sociales. Cette dernière concerne et caractérise la relation de l'associé avec les créanciers de la

---

297 P-G. Pougoué et ali, *op. Cit.* p.69.

298 L'article 1832 C. civ.

299 Article 53, 3° « le cas échéant, l'obligation de contribuer aux pertes sociales dans les conditions prévues pour chaque forme de société »;

société qui sont en fait des tiers au contrat de société. Elle permet donc de déterminer l'étendue du pouvoir et du droit de poursuivre des créanciers sociaux sur l'apporteur en industrie. Pour cette question de l'obligation aux dettes, c'est-à-dire relative à l'étendue du droit des créanciers, la situation de l'apporteur en industrie n'est pas différente des autres apporteurs.

66. Du coup, il n'est plus inutile pour lui, de prêter une attention particulière au choix du type de société dans lequel se fera son apport. Une vigilance nécessaire au vu des conséquences fâcheuses que les poursuites des créanciers sociaux peuvent avoir. En fait, s'il choisit les sociétés dans lesquelles, la responsabilité est illimitée, l'obligation au passif social étant indéfinie, conjointe et solidaire, l'apporteur en industrie pourra être tenu pour garant de ce passif de la société. A contrario, s'il choisit de faire son apport dans une société dans laquelle la responsabilité des associés est limitée aux montants de leurs apports, il ne sera obligé de contribuer qu'aux pertes correspondantes au montant de ses apports. La part contributoire aux pertes de l'apporteur en industrie correspondra à celle de l'associé qui a le moins apporté en cas de silence des statuts. Cette part, ne peut même si les statuts l'organisent, excéder le quart des pertes, soit vingt-cinq pour cent (25%) du total des pertes de la société[300]. De la sorte, il sera à la fois quitte avec les créanciers sociaux et la société après avoir satisfait à l'obligation de libération de son apport. L'auteur de l'apport en industrie a, comme les autres apporteurs, un pendant à ses obligations. Il s'agit de ses droits qu'il convient également d'analyser.

2. La précision des droits de l'apporteur en industrie

67. **Plan.** Les droits des apporteurs en industrie sont constitués de la contrepartie de leurs apports. Ils se résument à deux situations précises, à savoir l'acquisition de la qualité d'associé d'une part et les avantages qui découlent de cette qualité d'autre part.

68. L'acquisition de la qualité d'associé est l'une conséquence de la mise en œuvre de l'apport en industrie. Cette qualité va par exemple permettre de distinguer l'apporteur en industrie du salarié. Alors que ce dernier est en effet, un simple exécutant, l'associé participe de manière effective à la vie de la société. C'est donc le marqueur entre les deux types de collaborateurs de la société au sens de l'article 1832 du Code civil. Il a été considéré que l'auteur d'un apport en industrie peut bénéficier en tant que partie au contrat de société de la protection offerte par le principe d'égalité entre les associés. Comme tout apporteur, l'auteur d'un apport en industrie doit se voir attribuer des titres de la société[301].

69. Ces titres représentent en fait, la rémunération de son apport. Il faut le dire, l'apporteur en industrie n'entend pas faire œuvre de bénévolat. Il entend être rémunéré, cette rémunération ne peut cependant dépasser les vingt-cinq pour cent des bénéficies, de l'actif net, et des pertes de la société. Le contenu des titres qui le rémunèrent est ambivalent. Les titres contiennent à la fois, une partie de la créance et une partie de la dette. Les créances sont composées de plusieurs éléments notamment le droit à la reprise de l'apport ou son équivalent, le droit aux dividendes. Les dividendes sont les

---

300 Article 50-3 alinéa 3

301 Article 50-3 alinéa 1

parts du bénéfice distribuable que les organes compétents ont décidé de verser aux associés ou à leurs ayants droits ; c'est une sorte de prime sur la valeur ajoutée de l'entreprise. La détermination de la nature juridique des dividendes dont bénéficie l'auteur de l'apport en industrie sera l'objet de discussions[302] comme c'est encore le cas des autres formes d'apport. De quoi est-il réellement question ?– un fruit, un dividende ordinaire, un superdividende, premier dividende ?

70. Les statuts peuvent apporter des précisions à ces problèmes de qualification juridique à cette opération. Face au silence des statuts, les tribunaux pourraient en préciser le sens et le contenu. En droit français par exemple, la position de la Cour de cassation concernant la définition juridique des dividendes a oscillé. Après l'avoir considéré comme un fruit, La haute Cour considère depuis presque trois décennies, que les dividendes « *participent de la nature des fruits* »[303]. Une formule qui tout de même est fortement critiquée. Selon un auteur, c'est une définition « *marquée par une relative incertitude et une importante controverse*[304]».

71. Dans l'espace OHADA, la CCJA comme instrument de nivellement de la pratique judiciaire[305], devra déterminer avec précision les contours de cette notion. Une détermination d'autant plus nécessaire que la définition du dividende aura sur le plan pratique et notamment en matière fiscale, des conséquences radicales. Il s'agira donc pour la haute juridiction, de préciser la nature juridique des dividendes en choisissant par exemple d'en faire un fruit civil ou industriel. Dans cet ordre d'idées, l'article 38 de l'Acte Uniforme précise la contrepartie de l'apport en industrie en ces termes : « *En contrepartie de leurs apports, les associés reçoivent les titres émis par la société* ». Ces titres sont de deux catégories. Il peut s'agir en fonction du type de société en question, des parts sociales ou des actions[306]. Les titres ainsi attribués, autorisent leur titulaire à partager les bénéfices. De même, il a le droit de prendre part aux décisions collectives.

72. Dans la pratique, l'auteur d'untel apport ne doit donc pas être victime d'un traitement particulier de sorte à l'écarter de l'exercice réel de ses droits. C'est dans cette veine et au nom de l'égalité entre associés, mais surtout de la symétrie des droits, qu'il doit recevoir la même information que les autres apporteurs. Dans le même sillage, une interdiction des clauses léonines est faite. Celle-ci a pour conséquence d'imposer à minima, le partage des résultats et éviter ainsi que soient mises à la charge d'un associé soit toutes les pertes ou une bonne partie de celles-ci ou encore des bénéfices. Comme nous venons de l'indiquer, la part contributoire aux pertes de l'apporteur en industrie correspondra

---

302 Voir en ce sens, R. Micha-Goudet, *Nature juridique des dividendes*, JCP 1988, éd. E, p. 68.

303 Selon H. Hovasse, la Cour de cassation française « manifeste une remarquable constance dans la définition des dividendes qui participent de la nature des fruits auxquels l'usufruitier peut prétendre », JCP 2009, éd. N, II, n° 1114. www.dictionnaire-juridique.com/definition/dividende.php, consulté le 24 mars 2014 à 18 heures 20.

304 J.-C. Simon, « *Libre propos : De la nature juridique des dividendes »,* La lettre du Cabinet, Février 2007, www.simonassociés.com, consulté le 28 Mars 2014 à 19 heures.

305 A. Cissé « Cissé Abdoullah, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : », *Revue internationale de droit économique* 2/2004(t. XVIII, 2), p. 197-225 : www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2004-2-page-197.htm. DOI : 10.3917/ride.182.0197, Consulté le 4/5/2014 à 21heures 45.

306 Article 51 de l'Acte uniforme.

à celle de l'associé qui a le moins apporté en cas de silence des statuts et ne dépassera pas les vingt-cinq pour cent des pertes de la société, soit excéder le quart des pertes même dans le cas où les statuts l'organisent. Cette disposition est une protection qui ne doit pas être négligée. Mais elle ne doit pas non plus s'entendre comme une interdiction générale de toute répartition inégalitaire. Une telle répartition reste toujours possible dans les statuts. Pour protéger ses droits, l'apporteur en industrie bénéfice en tant qu'associé d'un droit de recours contre les dirigeants pour les fautes commises dans l'exerce de leurs fonctions.

73. Au regard de l'ensemble des Titre I et II du Livre III, L'apporteur en industrie a aussi le droit d'agir en justice contre les dirigeants sociaux dans deux cas de figures. Il peut s'agir de rechercher la réparation d'un préjudice personnellement subi ou alors au titre du préjudice subi par la société. Dans le premier cas, il sera question de l'exercice d'une action individuelle, que l'article 162 de l'Acte uniforme définit comme étant une « *action en réparation du dommage subi par un tiers ou un associé, lorsque celui-ci subit un dommage distinct du dommage que pourrait subir la société, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions ».* Dans ce cadre, l'action de l'apporteur en industrie est naturellement soumise aux conditions classiques de la mise en œuvre de la responsabilité civile. D'abord la faute commise par le ou les dirigeants sociaux qui doit en réalité trouver sa source dans l'exercice de ses fonctions, ensuite l'associé en industrie doit avoir subi un préjudice, enfin l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage.

74. Dans le second cas, il sera question de l'exercice de l'action sociale par l'apporteur en industrie. L'article 166 définit l'action sociale comme étant une « *action en réparation du dommage subi par la société du fait de la faute commise par le ou les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions ».* Il faut dire que l'exercice de l'action sociale doit se faire préalable *ut universi.* Cela signifie que les dirigeants sociaux doivent être les premiers à l'enclencher. Ce n'est qu'en cas de défaillance de ceux –ci que les associés pourraient entamer une telle démarche. Il s'agit donc d'une action *ut singuli.*

75. En définitive, l'apporteur en industrie bénéficie de droits et d'obligations aux sources multiples. Les unes sont relatives aux règles sécrétées par la société notamment dans les statuts, ou d'autres et de manière exceptionnelle, sont liées aux dispositions de l'Acte uniforme du 30 janvier 2014, enfin ces droit et obligations proviendront aussi des décisions que le juge prendra dans l'exercice de son pouvoir d'interprétation. Par ailleurs, l'auteur de l'apport en industrie en droit OHADA n'est pas, contrairement à ce que peut laisser croire le particularisme relatif au statut de son apport, un associé de seconde zone. Son statut lui permet de nourrir au même titre que les apporteurs en nature ou en numéraire, des attentes légitimes. Le législateur semble alors avoir mis les moyens pour mener une opération de charme envers les futurs associés notamment en autorisant ce type d'apport dans la nouvelle SAS. De ce point de vue, il est loisible de conclure que les apports en industrie, semble promis à un bel avenir. Ils constitueraient selon le professeur Hovasse, « *les apports de l'avenir ».* Il ne reste plus qu'à attendre une

évaluation de l'opérationnalisation de cet outil, aux fins de constater si l'opération de charme du législateur OHADA, tiendra la promesse des fleurs[307].

[307] Un champ d'étude sur lequel, pourrait se prononcer l'Observatoire International de l'OHADA en abrégé OIO dont la création a été annoncée par le site http://www.ohada.com/actualite/1894/un-nouveau-venu-dans-la-grande-famille-du-droit-africain-l-observatoire-international-de-l-ohada.html

LA TITRISATION DANS L'ESPACE UEMOA

MOHAMADOU BOYE
Maître-Assistant Associé
Université Gaston Berger de Saint-Louis

INTRODUCTION

La crise des «subprimes»[308] a mis en lumière le rôle prépondérant de la titrisation dans le domaine de la finance internationale. Le terme « titrisation » est un néologisme qui consiste à transformer une créance en un titre[309]. La technique a été importée des Etats-Unis où elle est connue sous le nom de « securitization »[310]. La titrisation est une opération par laquelle une société (le plus souvent un établissement de crédit mais pas exclusivement) cède les créances qu'elle détient sur sa clientèle à un fonds commun de titrisation de créances (dépourvu de personnalité morale), qui en finance l'acquisition en émettant des titres sur le marché.

L'adoption du Règlement relatif aux fonds communs de titrisation de créance et aux opérations de titrisation dans l'UEMOA[311] marque la possibilité d'accomplissement de telles opérations. Il peut sembler paradoxal que l'UEMOA ait décidé de créer un cadre juridique favorable à la titrisation au lendemain d'une crise ayant fini d'en démontrer les méfaits. Mais l'analyse du champ d'application de la titrisation dans l'espace UEMOA permet de conclure à la prise en compte de la crise de 2008. En effet, il était prévu d'étendre, dès le départ, les opérations de titrisation à toutes les catégories de créances[312]. Mais la prudence a prévalu du fait de l'atmosphère de méfiance prévalant envers cette opération après la crise. Néanmoins le caractère incontournable[313] de la

---

308 Le « subprime » est un crédit hypothécaire, prêt octroyé en contrepartie d'une créance portant sur un immeuble. L'hypothèque intervient comme une garantie au bénéfice du prêteur.

309 D. SCHMIDT, La titrisation de créances, Revue de jurisprudence commerciale, n°11 (numéro spécial), 1989, p.114.

310 « Securities » signifie valeurs mobilières, titres ; le terme « securitization » suggère l'idée de transformation en titres. Le mot titrisation est construit de la même manière. T. GRANIER C. JAFFEUX, La titrisation : Aspects juridique et Financier, Economica 2004, 2e édition, p.9.

311 Règlement N° 02/2010/CM/relatif aux Fonds Communs de Titrisation de Créance et aux opérations de Titrisation dans l'UEMOA.

312 Conseil Régional de l'Epargne Publique et des Marchés Financiers, Synthèse des travaux du séminaire de validation des conclusions et recommandations de l'étude relative au cadre juridique nécessaire à la mise en place d'un marché hypothécaire de la titrisation au sein de l'UEMOA, Lomé 10 Juillet 2008, p.2.

313 M. AGLIETTA, La titrisation des crédits est incontournable. Elle présente de nombreux avantages en ouvrant, grâce à la signature multiple, les marchés obligataires moins coûteux que le crédit bancaire à des entreprises qui ne pourraient pas émettre de titres sur leur signature individuelle. Elle fait indirectement la même chose pour les ménages et permet de constituer de nouvelles classes d'actifs qui enrichissent la diversification des portefeuilles des investisseurs, L'AGEFI HEBDO du 11 au 17 juin 2009, p.11.

titrisation dans le financement de l'activité économique a pris le dessus et justifié l'adoption du Règlement.

L'adoption du Règlement sur la titrisation en 2010 ne signifie pas l'absence d'expérience de titrisation dans l'espace UEMOA auparavant. Il convient de rappeler que la banque centrale avait émis, en représentation des concours consolidés aux Etats, des titres du trésor à long terme communément appelés « titres d'Etat ». En effet, le 30 juin 1994, la BCEAO avait « titrisé » ses concours consolidés à l'Etat béninois. Cette titrisation des concours consolidés visait à faciliter le remboursement de ses dettes vis-à-vis de la banque centrale[314]. Ceci constituait manifestement une première expérience de titrisation de créances bancaires. La gestion, la garantie et le placement des titres ont été assurés par la BCEAO. Cette responsabilité s'étendait sur toute l'étendue de l'UEMOA.

L'objectif poursuivi par cette titrisation de créances menée par la BCEAO était d'une part de soustraire les finances publiques des contraintes liées à un délai de remboursement plus contraignant, d'où l'étalement des remboursements[315], et d'autre part de permettre à l'Etat de consacrer les ressources dégagées, grâce à l'étalement de sa dette vis-à-vis de la BCEAO, à l'assainissement du cadre macro-économique. Les autres pays membres de l'union ont aussi bénéficié de cette titrisation de dettes publiques[316]. Ces expérience sont peu significatives et surtout concernent les créances publiques.

Il convient de replacer l'adoption de ce Règlement dans le contexte global de mouvement de renforcement du système juridique en vigueur sur le continent africain dans le domaine du droit des affaires. Il a été pensé, en outre, comme un instrument favorisant la mise en place d'un véritable marché hypothécaire dans la zone. Pour développer un tel marché, le législateur communautaire indique que le texte doit être replacé à côté du Règlement relatif aux obligations sécurisées[317] et de la création d'une caisse[318]de refinancement régionale[319]. Il faut y rajouter les instructions du conseil régional de l'épargne publique et des marchés financiers[320]relatives aux conditions d'exercice de l'activité d'agence de notation[321], à l'approbation des garants dans le cadre des appels publics à l'épargne[322], à l'agrément des sociétés de gestions de fonds communs de titrisation de créances sur le marché financier régional de l'UEMOA[323]et sur l'agrément des fonds communs de titrisation de créances, au visa de leurs notes d'information ainsi qu'aux modalités de placement de leurs titres[324] sans oublier la

---

314 887 titres ont été émis pour le montant des dettes soit 44. 329. 792. 109 F CFA.

315 12 ans.

316 Burkina Faso 11 800 millions FCFA 01/10/94, pour une durée de 15 ans. Sénégal-CNCA 8 250 millions 01/12/95, pour une durée de 15ans.

317 Règlement numéro 03/2010/CM/ UEMOA relatif aux obligations sécurisées.

318 La Caisse Régionale de Refinancement Hypothécaire de l'UEMOA (CRRH-UEMOA) a été créée le 16 juillet 2010 à Lomé.

319 T. GRANIER, Le règlement UEMOA (Union économique et monétaire ouest-africaine) relatif aux fonds communs de titrisation de créances et aux opérations de titrisation économique et monétaire ouest-africaine) relatif aux fonds communs de titrisation de créances et aux opérations de titrisation, RTDF N° 2-2010, p.118.

320 CREPMF.

321 Instruction N°37/2009.

322 Instruction N°38/2009.

323 Instruction N°44/2010.

324 Instruction 43/2010.

circulaire sur l'information diffusée par les émetteurs sur le marché financier régional de l'UEMOA[325]. En outre, l'UEMOA a veillé à la création d'un cadre fiscal attractif par l'adoption de la directive sur l'harmonisation de la fiscalité des valeurs mobilières[326]et la fiscalité applicable aux entreprises d'investissement à capital fixe[327]. Au final, il faut considérer l'instauration de la titrisation dans la zone comme faisant partie d'un mouvement plus ample touchant le système financier qui est en train de se mettre en place progressivement[328].

Ainsi l'étude de la titrisation dans l'espace UEMOA revêt un caractère actuel mais aussi prospectif dans la mesure où l'on se situe aux « balbutiements » dans l'utilisation de cette technique d'ingénierie financière. En outre, elle est rarement abordée sous l'angle juridique car *« pour un juriste, au premier abord, la titrisation apparaît comme une technique mystérieuse car elle ne correspond pas à une qualification ni même à une classification précise »*[329]. La rareté des études dans ce domaine suffit à justifier son intérêt vu les enjeux économiques pour les pays de l'UEMOA[330]. L'actualité obligera à analyser l'état de la Règlementation en déterminant le champ des possibilités offert aux investisseurs. Et la prospective permettra de tirer les conséquences des opportunités offertes par la Règlementation afin d'essayer de prédire les perspectives de la titrisation dans l'espace UEMOA.

Sous un angle juridique, notre réflexion sur la titrisation dans l'espace UEMOA suppose de traiter des différentes opérations la composant. Il s'agit de déterminer comment le Règlement organise-t-il l'opération de titrisation dans l'UEMOA et les risques en découlant ? La réponse nécessite la description du processus de mis en œuvre de l'opération. Celle-ci mettra en lumière les mesures prises pour rendre la titrisation attractive pour les investisseurs mais aussi les risques encourus par ceux-ci.

L'UEMOA a adopté le 30 mars 2010 le Règlement relatif aux fonds communs de titrisation du principe de la création de marchés hypothécaires et de la titrisation, comme l'un des principaux axes de financement du logement dans les Etats membres de l'union. Le Règlement s'inscrit dans un processus d'organisation du marché hypothécaire et de la titrisation dans une approche communautaire. Son champ d'application est limité ayant été pensé, seulement pour les créances immobilières, comme un instrument favorisant la mise en place d'un véritable marché hypothécaire

---

325 Circulaire N°003-2010.

326 Directive N°02/2010/CM/UEMOA portant harmonisation de la fiscalité applicable aux valeurs mobilières.

327 Directive N° 02/2011/CM/UEMOA portant harmonisation de la fiscalité applicable aux entreprises d'investissement à capital fixe au sein de l'UEMOA.

328 T. GRANIER, référence précitée p.117.

329 P. LE CANNU, T. GRANIER et R. ROUTIER, Instruments de paiement et de crédit Titrisation, Dalloz 8e édition 2010, p.467.

330 Les consultants ont établi, qu'un marché potentiel de 363 milliards de FCFA de financement hypothécaire pourrait se dégager, en plus de ce qui se fait aujourd'hui, si on introduisait la titrisation comme instrument de refinancement de créances hypothécaires dans l'Union. Elargi aux autres actifs, le potentiel des actifs éligibles à la titrisation est évalué à 17 283 milliards de FCFA d'après le président de la BOAD, A. B. TCHANE. Il estime le potentiel des actifs éligibles à la titrisation à 17 283 milliards de FCFA. http://www.lesafriques.com, consulté le 26 Décembre 2012.

dans la zone[331]. La zone UEMOA se caractérise par une forte épargne disponible[332]prête à être investie en produits financiers de qualité, ce qui justifie l'idée d'orienter cette épargne vers le refinancement de crédits hypothécaires, mais aussi par une forte tension sur les ressources publiques, limitées, qui de ce fait ne pourront que difficilement servir à doter des fonds de garantie en faveur du crédit immobilier[333].

Le Règlement reprend un schéma classique pour la mise en place de ce type d'opérations[334]. En effet, la titrisation implique un montage faisant intervenir différents acteurs. Lorsqu'il est question de donner la possibilité à un titulaire de créances de les céder à une entité qui finance cette acquisition en émettant des titres sur les marchés financiers ou auprès d'investisseurs privés, il est nécessaire d'être fixé sur le statut des intervenants. On peut les classer suivant leur rôle ou leur importance dans la réalisation de l'opération de titrisation. Ainsi on peut distinguer les structures de base, des intervenants secondaires.

L'opération de titrisation est mise en œuvre par un organisme de titrisation prenant la forme d'un fonds commun de titrisation des créances[335] dans le cadre du Règlement[336].

Ce FCTC[337]est le « pivot »[338]de l'opération, résultant d'une mise en place purement contractuelle entre une société de gestion et un dépositaire[339]. C'est une institution originale que le législateur UEMOA qualifie de copropriété sans que les règles de l'indivision ne lui soient applicables cependant. Il ne s'agit pas d'une société, il n'a pas la personnalité morale, étant entendu que les règles relatives aux sociétés en participation ne lui sont pas applicables non plus[340]. Le droit UEMOA s'est inspiré de l'exemple français[341].

Le FCTC est constitué à l'initiative d'une société de gestion et d'un établissement dépositaire qui établissent en même temps son Règlement qui décrit ses modalités de

---

331 T. GRANIER, référence précitée, p.117.

332 « Les huit pays de la zone de l'UEMOA, disposent d'un potentiel de créances éligibles à la titrisation qui dépasse les 18 000 milliards de francs CFA », Cabinet MAZARS, Etude sur la Titrisation dans l'UEMOA, Novembre 2008, P.106.

333 MAZARS Sénégal, Rapport sur la détermination de l'architecture du Marché Hypothécaire de l'UEMOA, Rapport final Novembre 2008.

334 T. GRANIER, référence précitée p.117.

335 FCTC.

336 Article 2.1a du Règlement 02/2010. Le Fonds Commun de Titrisation des Créances est le véhicule dédié à l'opération de titrisation.

337 FCTC.

338 C. GAVALDA, Les fonds communs de créances bancaires : un exemple du phénomène de titrisation financière, Revue des sociétés, 1989, p.187.

339 R. MBADIFFO KOUAMO, La titrisation dans la zone UEMOA, Investir Afrique, p. 2.

340 Article 3 du règlement UEMOA relatif à la titrisation.

341 La solution rappelle celle qui avait été retenue en France lorsque la loi numéro 88-1201 du 23 décembre 1988 avait installé le Fonds Commun de Créances dans le système français. La solution se comprend dans la mesure où le droit UEMOA (comme le droit français avant 1988) ne possédait pas, jusqu'à aujourd'hui, dans son arsenal juridique d'instruments pour réaliser une opération de titrisation alors qu'il faut rappeler que dans les pays anglo-américains, l'outil naturel dans ce domaine est le *trust* qui émet des titres pour financer l'acquisition.

fonctionnement, d'adaptation et de liquidation. Ce Règlement organise le patrimoine de l'organisme de titrisation qui peut être unique ou partagé en différents compartiments. L'absence de personnalité de l'organisme de titrisation constitué sous forme de fonds commun de titrisation appelle la présence d'une personne qui l'administre et d'une autre personne qui détient la trésorerie. Il s'agit de la société de gestion et de l'établissement dépositaire qui sont cofondateurs de l'organisme de titrisation et interviennent tout au long de l'opération.

La société de gestion du FCTC est une société commerciale[342] dont le siège social doit être situé dans l'un des Etats membres de l'UEMOA[343]. Cette société représente le fonds à l'égard des tiers et dans toute action en justice, elle prend en charge son administration. Elle doit avoir pour objet social exclusif d'assurer la gestion d'un ou plusieurs fonds. De plus, elle doit être agréée par le CREPMF. L'article 26 fait du dépositaire le conservateur des actifs d'un ou de plusieurs FCTC devant avoir le statut de banque conformément à la Règlementation bancaire de l'UEMOA. Il est chargé de la détention de la trésorerie et des créances acquises par les FCTC pour le compte desquels il intervient et s'assure de la régularité des décisions de la société de gestion selon les modalités prévues par instruction du CREPMF[344] même si la conservation des créances peut toutefois être assurée par le cédant ou le gestionnaire des créances.

Les autres intervenants à l'opération de titrisation sont d'une part les entités chargées de la structuration et d'autre part les autorités de supervision et de régulation. L'article 2.1 du Règlement fait du gestionnaire des créances, des agences de notation et les arrangeurs les entités chargées de la structuration des opérations de titrisation.

Le gestionnaire des créances est en réalité le cédant dans le cadre de l'opération de titrisation. Par cette fonction, il assure la gestion et le recouvrement des créances acquises par le FCTC[345]. Quant à l'agence de notation, c'est une société commerciale dont l'activité principale consiste à émettre des notations[346]. Les arrangeurs sont les entités chargées de la structuration des opérations de titrisation[347].

La BCEAO[348], la Commission Bancaire et le CREPMF sont les autorités de supervision et de régulation des opérations de titrisation réalisées au sein de l'UEMOA à l'aide du FCTC. Le CREPMF est un organe de l'UEMOA chargé, d'une part, d'organiser et de contrôler l'appel public à l'épargne et, d'autre part, d'habiliter et de contrôler les intervenants sur le marché financier régional. Le Règlement dispose que les organismes de titrisation qui émettent des titres à destination du public, doivent être agréés par le CREPMF[349]. Ces différents intervenants vont permettre la mise en œuvre de l'opération de titrisation. La titrisation est une série d'obligations contractuelles définies dans un certain nombre de documents. Ces documents vont régir ce que les différentes parties peuvent ou ne

---

342 Elle sera donc soumise au droit OHADA, puisque les différents pays compris dans zone UEMOA ont également signé le traité OHADA.

343 Article 25 du Règlement.

344 Conseil Régional de l'Epargne Publique et des Marchés Financiers (CREPMF).

345 Article 21 du Règlement.

346 2.1.e du Règlement.

347 2.1.f du Règlement.

348 Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'ouest.

349 Article 1er Instruction 43/2010 du CREPMF.

peuvent pas faire. Ils régiront aussi la création du FCTC, son objet et les relations de ce FCTC avec les tiers. Mais les contrats ne servent pas uniquement à décrire la mécanique de la structure, certains risques (comme le risque de faillite du FCTC ou le risque de faillites d'entités parties à la transaction) seront couverts par des clauses contractuelles permettant d'éviter ces scénarios ou de limiter leurs conséquences.

L'opération de titrisation repose d'une part sur une cession de créances, et d'autre part sur l'émission de parts pour le FCTC. L'intérêt principal de la titrisation pour le cédant apparaîtra comme la possibilité de rendre liquide ses créances au lieu d'attendre leur échéance. Et après, le FCTC émet des titres reposant sur ces créances sur le marché financier de l'UEMOA, qu'il propose aux investisseurs qui vont y trouver une possibilité d'investir dans de nouveaux produits. Dans ce cadre, la cession de créances et l'émission de parts ou de titres de créances offrent des opportunités de financement. Cependant ces opportunités de financement pour les investisseurs seront liées à la protection dont ils pourront bénéficier dans ces opérations. En effet, ils attendent un certain nombre de garanties contre les risques de la titrisation. Parce que si la titrisation apparaît comme une technique de financement, elle opère aussi un transfert des risques de l'opération sur les investisseurs. Et même si le Règlement prévoit des règles de couverture des risques[350] et des garanties[351], l'investisseur supportera des risques inhérents à l'opération de titrisation. Celle-ci est dépendante du paiement de la créance à l'échéance par le débiteur. Dans ce cadre, l'incertitude sur le paiement rejaillira sur la sécurité de l'opération. Mais pour l'investisseur, il existe une autre catégorie de risques. Le Règlement laisse quelques questions en suspens susceptibles de générer des incertitudes source d'insécurité liées d'une part au choix de consacrer un véhicule sans personnalité juridique en l'occurrence le FCTC, et d'autre part à la nature juridique des parts sociales. En outre, l'environnement juridique de l'UEMOA met en lumière un enchevêtrement des normes du fait de la nécessaire articulation du Règlement avec les actes uniformes de l'OHADA sur les sûretés et le recouvrement des créances. Ainsi dans sa mise en œuvre **(I)**, la titrisation dans la zone UEMOA va générer des risques **(II)**.

PREMIERE PARTIE : LA MISE EN ŒUVRE DE L'OPERATION DE TITRISATION

La titrisation est constituée par la superposition de deux opérations. Dans un premier temps, le cédant ayant besoin de financement va procéder à la cession de sa créance. Dans un second temps, le cessionnaire va émettre des parts ou des titres de créances. Dans les deux cas, les parties doivent trouver des investisseurs afin de leur transmettre soit des créances, soit des parts ou des titres créances. Le Règlement a déterminé les conditions de mise en œuvre de ces deux opérations **(A)** ainsi que leurs effets **(B)**.

A- LES CONDITIONS DE MISE EN ŒUVRE DE L'OPERATION DE TITRISATION :

La mise en œuvre de l'opération de titrisation passe par une cession des créances **(1)** et se poursuit par l'émission de parts ou de titres de créances par le FCTC **(2)**.

350 Article 14 du Règlement.
351 Article 15 du Règlement.

3- La cession de créances en vue de la titrisation :

La rapidité et la souplesse de l'activité commerciale nécessitaient la mise en place d'un formalisme adapté à la titrisation[352]. Les modalités de la cession de créances font apparaître la prise en charge de cette préoccupation par le Règlement dans son objet **(a)** et sa particularité par rapport aux autres techniques de cession créances existant **(b).**

- **L'objet de la cession de créances en vue de la titrisation :**

La titrisation déroge aux techniques de cessions de créances de droit commun qui n'étaient pas adaptées. La transmission de créances par voie de cession est un contrat dont la formation est régie par le droit commun des contrats. La cession de créance, parfois appelée transport de créance, est ainsi une convention par laquelle un créancier, le cédant, transmet à une autre personne, le cessionnaire, son droit contre le débiteur cédé. Il existe différents modes de transfert de créances, la cession de droit commun, la subrogation, la délégation et sans oublier la cession cambiaire qui peut se réaliser également par le truchement des effets de commerce, tels que billets à ordre, lettres de change[353]. Si la cession de créance de droit commun est fort simple entre les parties, l'opération est plus complexe, en particulier, quant à son opposabilité aux tiers. Pour être valable entre le cédant et le cessionnaire, elle doit respecter les conditions générales de validité d'une convention[354] ainsi que des règles spéciales posées par les articles 241 à 248 du COCC[355]. L'opposabilité de la cession aux tiers dépend de formalités qui peuvent apparaître empreintes d'une certaine lourdeur. En effet, afin que la cession de créance puisse produire tous ses effets, il est indispensable de la rendre opposable au débiteur cédé et au tiers.

Les règles de droit commun de la cession de créances ont été considérées comme trop lourdes[356] dans certaines circonstances, notamment, dans le domaine du transfert des titres négociables[357]. Ces titres créances négociables parmi lesquels on peut citer des effets de commerce tels que la lettre de change, le billet à ordre se caractérisent par l'existence d'une clause à ordre indiquant le paiement soit au créancier, soit au bénéficiaire. Même si leur transmission n'est pas soumise aux règles du droit commun, leur traitement s'est révélé inadapté ou même coûteux dans le cadre de la lettre de change. Le Règlement a mis en place un mécanisme de cession de créances particulier doté d'un régime *sui generis*. Ainsi, bien qu'inspiré de la cession Dailly[358], le bordereau requis pour réaliser l'opération de titrisation s'en distingue largement.

---

352 T. GRANIER C. JAFFEUX, référence précitée p.90.

353 Ils sont régis par le Règlement N°*15/2002/CM/UEMOA* relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine**.**

354 F.TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, Droit Civil des obligations, Dalloz, 2002, p.1186 et suivants.

355 Le Code des obligations Civiles et Commerciales du Sénégal.

356 P.DE LAPASSE, Le moment du transfert lors de la vente des valeurs mobilières et d'autres droits incorporels, JCP, édition Entreprise, supplément N°5, 1995, p.18.

357 T. GRANIER et C. JAFFEUX, référence précitée p.91.

358 La loi française n°81-1 du 2 janvier 1981 (dite loi DAILLY) destinée à faciliter le crédit aux entreprises a instauré un mode de cession créances par bordereau. Concrètement, le banquier reçoit de son client un bordereau qui représente les créances professionnelles non échues de ce dernier. En contrepartie, le banquier remet au cédant le montant de la valeur des créances cédées, diminué des frais

- **La particularité de la cession de créances par titrisation :**

La question de la cession des créances est problématique sur le plan théorique. Pour certains auteurs, il n'est pas possible de parler de cession à cette occasion[359]. Une technique spécifique a été retenue pour l'opération de titrisation.

Avec le modèle mis en place, la cession de créances s'opère avec la seule remise du bordereau qui, néanmoins, doit comporter un certain nombre de mentions. Il est, en premier lieu, nécessaire, que figure expressément dans l'acte la dénomination *"acte de cession de créance"* et que soit en outre précisé que la cession est soumise au régime de la titrisation. Il est ensuite nécessaire que le cessionnaire soit désigné expressément. De même, les créances doivent pouvoir être identifiées et individualisées. A cette fin, seront notamment mentionnées dans l'acte l'indication du débiteur, le montant global des créances cédées et s'il y a lieu la date d'échéance[360].

Le bordereau de cession des créances à un fonds commun de titrisation de créances apparait donc essentiel à l'opération de titrisation. Lorsque la transmission des créances est effectuée par un procédé informatique permettant de les identifier, le bordereau peut se borner à indiquer, outre les mentions énumérées ci-dessus, le moyen par lequel elles sont transmises, désignées et individualisées, ainsi que l'évaluation de leur nombre et de leur montant global[361]. En outre la question du recouvrement des créances, leur conservation ainsi que la conservation des sûretés garanties et accessoires y affairant doivent également être précisée par le bordereau. Ainsi le Règlement a créé un cadre juridique tenant compte des avancées technologiques avec une possible transmission par procédé informatique.

La formalité de transmission des créances dans le cadre de la titrisation est très allégée. Dans un souci de simplicité, afin de ne pas trop entraver la cession dans des formalités lourdes, aucune signature n'est exigée par le Règlement[362]qui a opté juste pour

---

occasionnés par l'opération et sa rémunération. Cette opération de crédit se réalise par la remise d'un document qui transfère les créances cédées au banquier.

359 Ainsi le professeur M. BILLIAU a pu indiquer en la matière que « les créances « mobilisées » ne sont pas en réalité cédées, car il n'existe pas de cessionnaire, mais une simple copropriété, si bien qu'elles sont simplement affectées par leurs titulaires, ce qui les rend indisponibles par ce qui n'apparaît finalement que comme une manifestation de volonté unilatérale ».

360 L'article 17.4 du Règlement dispose que l'acquisition par le FCTC de créances détenues par des tiers s'effectue par la seule remise d'un Bordereau dont les énonciations sont les suivantes :a) la dénomination "acte de cession de créances" ;

b) la mention que la cession de créances concernée est soumise aux dispositions du présent Règlement ;

c) la désignation du FCTC en qualité de cessionnaire ;

d) la désignation et l'individualisation des créances acquises ou les éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation, par exemple, par l'indication de l'identité du débiteur cédé, du lieu de paiement, du montant des créances concernées ou de leur évaluation et, s'il y a lieu, de leur échéance.

361 Article 17.5 du Règlement UEMOA.

362 Les auteurs ne s'accordent pas sur le sens à donner au silence du législateur. Alors que pour certains, il faudrait y voir un simple oubli n'impliquant nullement l'absence de signature *(C. Goyet, Remarques sur la cession de créances au fonds commun de créance : RJ com. 1990, p. 242)*, pour d'autres, au contraire, ce silence résulte d'une volonté de ne pas reproduire les difficultés liées à la signature du

l'utilisation du bordereau. Ce choix peut s'expliquer par l'aptitude de cette technique à transmettre un nombre important de créances dans un document unique[363]. Le Règlement instaure une véritable technique de cession de créances simplifiée[364]. Le souci de faire du bordereau un véritable instrument de financement explique la mise en place d'une formalité simple et efficace de cession des créances. Celle-ci n'étant que la première étape de la titrisation, cette simplification devait nécessairement se poursuivre dans la transmission des parts ou des titres de créances.

4- L'émission de parts ou de titres de créances par placement public ou privé en vue de la titrisation :

Le FCTC a le choix entre l'émission de parts ou de titres de créances **(a)** et le placement privé ou public offrant davantage de souplesse dans le financement **(b)[365].**

- **L'émission de parts ou de titres de créances :**

Le FCTC peut émettre des parts. Bien que celles-ci soient juridiquement des instruments financiers et disposent de caractéristiques juridiques et financières pouvant être similaires aux titres obligataires, elles peuvent être qualifiées d'instruments financiers «hybrides » en raison de leur nature juridique complexe. Tout porteur de part acquiert la qualité de copropriétaire de l'actif du fond constitué de créances. De plus, bien que n'étant pas des titres de capital, les parts des FCTC ont pour caractéristique essentielle d'être « représentatives » des créances qui constituent l'actif du FCTC. La complexité de la nature juridique des parts des FCTC a été reconnue par la banque de France[366]et renforcée par la Banque Centrale Européenne[367].

En conséquence pour éviter de subir les réticences des investisseurs dans ce type d'instruments financiers, le Règlement leur laisse le choix d'opter pour des titres de créances. Il faut offrir aux investisseurs réticents envers les parts le choix des titres créances.

---

bordereau Dailly qui ont généré un important contentieux *(Ch. Le Hir, Le fonds commun de créances : Banque éditeur, 1994, p. 88)*.

363 T. GRANIER, C. JAFFEUX, référence précitée p.554.

364 Expression utilisée par Ph SIMLER et Ph DELEBECQUE, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz (Précis), 5e édition, 2009, p.482. Ils estiment que ces techniques se multiplient et tendent à supplanter le droit commun.

365 T. GRANIER C. JAFFEUX, référence précitée p.561.

366 *« Les parts émises par les fonds communs de créances (équivalent du FCTC) sont des instruments qui, tout en étant assimilables à des valeurs mobilières, ne relèvent ni de la catégorie des titres de capital ni de celle des titres de créances. Cette ambiguïté a été à l'origine d'une certaine circonspection des investisseurs étrangers à l'égard des FCC français »,* Modernisation du régime juridique français de la titrisation, Bulletin de la Banque de France Numéro 133, Janvier 2005.

367 « E*n vertu des dispositions actuelles, les parts émises par les FCC (équivalent du FCTC) représentent des droits de propriété sur les actifs acquis par les FCC. Ces parts ne sont ni des actions ni des titres de créances et, par conséquent, compte tenu de leur nature juridique hybride, pourraient ne pas être jugées attrayantes par les investisseurs internationaux* », Avis Banque Centrale Européenne du 14 septembre 2004 sollicité par le ministère français de l'Economie, des Finances et de l'Industrie sur un projet de décret relatif aux fonds communs de créances (FCC).

Le choix entre l'émission de parts ou de titres de créances permet de contourner les difficultés liées à la nature juridique hybride des parts émises par le FCTC. En instaurant l'émission de titres de créances par le FCTC, le Règlement permet ainsi d'éviter de faire de la titrisation une opération statique[368]se réalisant en un seul mouvement par une acquisition de créances concomitante à une émission de parts.

Les titres de créances représentent chacun un droit de créance sur le FCTC qui les émet[369]. L'article 23.2 du Règlement précise que *« le produit des titres de créances émis par le FCTC est affecté à la constitution de son actif, au remboursement ou à la rémunération de parts ou de titres de créances déjà émis ou au remboursement ou à la rémunération d'emprunts déjà effectués »*. Cette disposition prévoit donc une affectation diversifiée du produit des titres de créances et permet une véritable flexibilité quant à la gestion des liquidités du FCTC. Précisément, toutes les ressources du passif de ce dernier peuvent ainsi être utilisées pour constituer son actif ou faire face à son passif existant. Ceci explique *« en grande partie que l'émission des titres de créances soit devenue un mode privilégié de financement des fonds communs de créances »*[370].

C'est aussi le signe d'une grande liberté[371]qui va permettre au FCTC d'émettre des parts par placement public avec des caractéristiques différentes de celles émises par placement privé. Il résulte de cette disposition que les parts émises peuvent être de caractéristiques différentes et destinées à des investisseurs particuliers. De même, le FCTC peut émettre des titres de créances émis, le cas échéant sur le fondement d'un droit autre que le droit des Etats membres de l'UEMOA[372]. Le FCTC a le choix entre l'émission des parts ou des titres créances par placement privé ou public diversifiant ainsi les investisseurs.

- **L'émission par placement privé ou public :**

Le Règlement fait la distinction entre le placement public[373]et le placement privé[374], l'émission des parts peut intervenir selon l'une des modalités. L'enjeu du placement est un allégement des procédures à suivre[375]. En effet, il prend en considération la qualité des investisseurs pour renforcer l'information dont ils doivent disposer dans le cadre d'une opération de titrisation. Le nouvel AUSCGIE vient combler une lacune de la réglementation de l'appel public à l'épargne en précisant les critères de distinction entre placement privé et public. Ainsi aux termes de l'Article 81-1 du nouvel AUSCGIE *« Ne constitue pas une offre au public au sens de l'article 83 ci- après l'offre qui porte sur des valeurs mobilières :*

a) dont le montant total dans les Etats parties est inferieur a cinquante millions (50.000.000) de francs CFA, ce montant étant calculé sur une période de douze (12) mois;

---

368 Expression de T. GRANIER.
369 Ils sont définis à l'article L.211-1 I.2. du Code Monétaire et Financier français.
370 T. GRANIER C. JAFFEUX, référence précitée, p.575.
371 T. GRANIER C. JAFFEUX, référence précitée, p.108.
372 Article 23 du Règlement.
373 Article 23.6 du Règlement.
374 Article 23.7 du Règlement.
375 T. GRANIER, Les avantages et les inconvénients de la qualité d'investisseurs qualifiés, Actes pratiques, Novembre-Décembre 1998, p.191.

b) ou qui est adressée uniquement à des investisseurs qualifies agissant pour compte propre, ou à moins de cent (100) personnes physiques ou morales agissant pour compte propre, autres que des investisseurs qualifies, par marche boursier régional des Etats parties ou, pour les Etats parties qui ne sont pas membres d'un tel marche, par Etat partie ».

Et l'article Article 81-2 précise qu'un *« investisseur qualifie est une personne ou une entité disposant des compétences et des moyens nécessaires pour appréhender les risques inhérents aux opérations sur instruments financiers, telle que les établissements de crédit et autres intermédiaires ou établissements financiers agréés ou réglementés dans les Etats parties, les organismes de placement collectif ainsi que leurs sociétés de gestion, les entreprises d'assurance et de réassurance, les sociétés de groupe d'assurance, les mutuelles et unions de mutuelles et les institutions de prévoyance »*. Ces deux dispositions permettent de compléter le Règlement qui se contente de faire référence aux notions de placement public et privé sans les définir. Un lien peut être fait entre les investisseurs qualifiés et le placement privé afin de déterminer les cas où une information est obligatoire selon que les investissements sont effectués par des institutions financières ayant de l'épargne à investir, d'investisseurs institutionnels, d'investisseurs non institutionnels, ou même de particuliers qui ayant des disponibilités financières, sont disposés à les utiliser pour souscrire aux parts du FCTC[376].

Il convient néanmoins de préciser que certains instruments juridiques permettront aux investisseurs, par le financement qu'ils vont accorder aux intervenants du premier groupe, de bénéficier de certains droits sur les actifs immobiliers financés par ces derniers. Ainsi l'article 23.6[377] prévoit l'établissement d'un « document de référence » qui comprend les informations relatives à l'émetteur des instruments financiers, une note d'information relative aux instruments financiers et un résumé de l'ensemble de ces informations[378]. La note d'information devant accompagner le document nécessite l'obtention du visa du CREPMF avant sa diffusion[379]. Ce contrôle du CREPMF va garantir que les éléments d'information sont suffisants. Ces obligations spécifiques visent à protéger ou informer les investisseurs en cas de placement public.

Vu la complexité des opérations de titrisation, le renforcement de l'information accroît leur attractivité dans la mesure où les investisseurs disposent d'assez d'éléments pour se déterminer en connaissance de cause[380]. Cette disposition est justifiée eu égard à leur niveau de connaissance leur permettant d'apprécier les conséquences de leurs actes dans l'opération de titrisation. La distinction des investisseurs privés et publics permet

---

376 MAZARS Sénégal, Référence précitée, p.12.

377 *«* Dès lors que le FCTC émet des parts et, le cas échéant, des titres de créances qui sont destinés à faire l'objet d'un placement public, un document contenant une appréciation des caractéristiques des créances qu'il se propose d'acquérir et des contrats constituant des instruments financiers à terme qu'il se propose, le cas échéant, de conclure et évaluant les risques qu'ils présentent est établi par une agence de notation ».

378 Ce document est annexé à la note d'information et communiqué aux souscripteurs de parts et, le cas échéant, de titres de créances. A défaut de pouvoir fournir un tel document, la Société de Gestion devra annexer à ladite note d'information un document établissant l'existence des garanties prévues par l'instruction du CREPMF applicable à de telles opérations.

379 Article 6 Instruction N°43/2010.

380 La crise des « subprimes » a révélé le manque d'information des épargnants.

d'atténuer les risques inhérents à la titrisation auprès des investisseurs non familiers de cette technique. Les conditions particulières de la titrisation se prolongent au niveau de ses effets.

3- LES EFFETS DE LA MISE EN ŒUVRE DE L'OPERATION DE TITRISATION :

Les effets du financement diffèrent à l'égard du cédant **(1)** et des porteurs de parts ou de titres de créances **(2)**.

4- Les effets à l'égard du cédant:

La mise en œuvre de l'opération de titrisation permet l'allégement du bilan du cédant **(a)** et la gestion des créances **(b).**

a- L'allégement du bilan du cédant :

La titrisation permet au cédant l'allégement de son bilan et l'oblige dans une certaine mesure à gérer les créances en les recouvrant et en les conservant. Le cédant qui est un établissement de crédit est tenu de respecter des normes de gestion[381]dans le cadre du dispositif prudentiel.

Celles-ci sont destinées à garantir sa liquidité et sa solvabilité à l'égard des déposants et, plus généralement, des tiers ainsi que l'équilibre de sa structure financière. Ce dispositif prudentiel constitue une contrainte dans la gestion de l'établissement de crédit. Les normes de gestion ont une incidence sur la rentabilité des établissements de crédit.

La titrisation peut constituer une opportunité pour le cédant. L'établissement de crédit par la cession de créances transfert ses actifs au FCTC. Ainsi il allège son bilan en dégageant une nouvelle capacité de financement et une amélioration de son exploitation tout en transférant le risque lié aux créances cédées.

La titrisation représente un outil puissant de gestion du bilan, notamment la gestion d'actifs. Elle permet en effet l'allégement du bilan s'il s'avère gonflé et facilite le respect des règles prudentielles imposées par les régulateurs des marchés bancaires. Le transfert de créances permet au cédant de ne plus avoir à détenir les fonds propres correspondant aux exigences de la BCEAO[382]qui prévoient différentes dispositions à même de garantir l'équilibre des établissements de crédit.

D'abord, la règle de couverture des risques est définie par un rapport minimum à respecter, dit "rapport fonds propres sur risques". Le pourcentage minimum à respecter est fixé à 8%. Ensuite, le ratio de structure du portefeuille, rapport entre d'une part, l'encours des crédits bénéficiant d'un label de qualité délivré par l'institut d'émission à la banque déclarante et d'autre part, le total des crédits bruts portés par l'établissement

---

381 Le Conseil des Ministres de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA) a arrêté au cours de sa session du 17 juin 1999, de nouvelles règles prudentielles applicables aux banques et établissements financiers, conformément aux dispositions du 4e alinéa de l'article 22 du Traité du 14 novembre 1973.

382 Banque Centrale Ouest Africaine.

concerné, doit être, à tout moment, égal ou supérieur à 60%. Cette disposition s'applique aux banques et aux établissements financiers spécialisés dans la distribution de crédit.

La titrisation permet de financer une demande de prêts qui ne cesse de croître, en cédant une partie du portefeuille et en replaçant le produit de cette cession dans de nouvelles créances. Ainsi, la banque cédante peut augmenter sa capacité de financement à l'infini. Sans la titrisation, cela ne serait pas possible en raison des contraintes du dispositif prudentiel.

Le cédant garantit l'existence de la créance au jour de la cession mais également celle des sûretés et autres accessoires de la créance. Il assure *« la gestion et le recouvrement des créances acquises par le FCTC continuent d'être assurés par leur cédant, qui intervient en tant que gestionnaire de ces créances »*[383]. Cette solution constitue un avantage pour le cessionnaire et pour le cédant.

Pour le FCTC, le recouvrement va continuer à être effectué selon les procédures instaurées par le cédant ou par l'entité qui en était chargée initialement, cela contribue à la stabilité de l'opération[384].

Quant au cédant, en assurant le recouvrement il conserve sa clientèle, tout en étant rémunéré par le FCTC pour cette activité. Les conditions du recouvrement sont fixées entre la société de gestion et l'établissement cédant dans une convention dont les principes sont rappelés dans le Règlement du FCTC. Le rôle actif du cédant dans le recouvrement des créances rassure le cessionnaire sur ses chances d'être payé à l'échéance. Le financement est plus facile à obtenir si la partie financée par la cession, veille à la rentabilité de l'opération pour le cessionnaire qui est le FCTC.

Néanmoins, la société de gestion, le dépositaire, l'établissement cédant ou le tiers chargé du recouvrement et l'établissement teneur de compte peuvent convenir que les sommes recouvrées seront portées à un compte spécialement affecté au fonds. L'affectation spéciale prend effet à compter de la signature de cette convention sans autre formalité.

Une telle affectation permet, de sécuriser les sommes ainsi recouvrées qui seront hors de portée des créanciers de la personne chargée du recouvrement, cédant ou tiers, et ce même en cas d'ouverture d'une procédure collective ouverte contre celle-ci. Les sommes recouvrées ne doivent profiter qu'au cessionnaire c'est-à-dire le FCTC.

b- La gestion des créances par le cédant :

Le cédant n'est pas garant de l'insolvabilité du débiteur à l'exigibilité de la créance, ni même de l'inefficacité des sûretés transmises lors de leur réalisation. L'application des règles du droit commun n'a pas empêché la mise en place d'un dispositif particulier en matière de titrisation pour garantir une éventuelle défaillance du débiteur cédé et protéger ainsi les investisseurs porteurs de titres. En effet, les parties sont libres de prévoir conventionnellement une garantie plus importante.

---

383 Article 21.1

384 T. GRANIER C. JAFFEUX, référence précitée p.559.

Dans ce cas, il peut donc être mis à la charge du cédant des obligations spécifiques définies contractuellement. C'est une des raisons de l'efficacité de la titrisation.

Le cédant va résoudre ses besoins de financement en cédant sa créance au FCTC représenté par la société de gestion. Celle-ci va prévoir dans un contrat avec le cédant des dispositions protégeant la créance cédée. Ainsi le besoin de financement est satisfait tout en ne mettant pas en péril la créance cédée, permettant aussi bien au cédant qu'au cessionnaire de se retrouver gagnants dans l'opération de titrisation. Mais l'efficacité de la titrisation repose aussi sur son opposabilité aux tiers.

En vertu de l'article l'article 17.6[385], la cession est opposable aux tiers à compter de la date apposée sur le bordereau lors de sa remise « *quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances* ». Dès lors que les créances sont sorties du patrimoine du cédant, les créanciers de ce dernier se trouvent dépourvus de droit sur celles-ci. Le caractère absolu de cette opposabilité de la cession peut poser problème notamment à l'égard des créanciers du cédant de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de ce dernier. Cependant l'article 17.10 du Règlement répond aux interrogations[386].

Le législateur UEMOA nous évite une période d'incertitude comme celle qu'a connue le droit français, où il a fallu qu'intervienne la loi pour la confiance et la modernisation de l'économie du 26 juillet 2005[387], qui a modifié l'alinéa 8 de l'article l. 214-43 du code monétaire et financier afin de renforcer la sécurité des opérations de titrisation de créances, pour que la question soit tranchée.

Les débiteurs cédés, qui sont des tiers à l'opération de titrisation, se voient également opposer la cession mais à la condition qu'elle leur soit *« être notifiée par écrit, à l'aide d'une lettre recommandée ou par une lettre remise en mains propres contre récépissé ou décharge écrite »*[388]. Il est dommage que cette formalité inutilement lourde ait été prévue par le Règlement. Il était plus judicieux en termes d'efficacité et de simplicité de suivre l'évolution du droit français ayant conduit à l'abandon de cette procédure prévue aussi à l'origine[389]. Par contre, la titrisation de créances détenues sur les débiteurs étrangers est grandement facilitée dans la mesure où il n'est pas utile de vérifier que les formalités d'opposabilité aux tiers imposées par les différents pays ont été accomplies. Elle constitue une véritable prise en compte de la dimension internationale de la titrisation tout en évitant d'éventuels conflits de loi sur l'opposabilité de la cession de créances. Le Règlement entoure la cession de créances d'assez de garanties pour qu'elle finance le cédant tout en atténuant les risques pour le cessionnaire de ne pas être payé. Mais celui-ci à travers la transformation des créances en parts ou l'émission de titres de créances va chercher des investisseurs qui vont les acquérir à leur tour.

---

385 Article L. 214-43, alinéa 8, nouveau du Code monétaire et financier.

386 « *Nonobstant l'ouverture éventuelle d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire à l'encontre du cédant postérieurement à la cession des créances, cette cession conserve ses effets après le jugement d'ouverture, sauf lorsque ces créances résultent de contrats à exécution successive dont le montant n'est pas déterminé* ».

387 Loi N°2005-842.

388 Article 17.7 du Règlement.

389 Maintenant seule la modification de la personne chargée du recouvrement de la créance doit être notifiée aux débiteurs cédés.

5- Les effets à l'égard des porteurs de parts et de titres de créances :

L'efficacité de l'émission de parts **(a)** ou de titres de créances **(b)** se mesure à l'aune des droits et obligations conférés à leurs porteurs respectifs.

Les effets pour les porteurs de parts :

Le porteur de parts se rapproche de l'actionnaire et de l'obligataire même si les parts ne sont pas des valeurs mobilières, étant émises par le FCTC qui est dépourvu de personnalité juridique. L'article 744 du nouvel AUSCGIE[390], reprenant les dispositions de l'article 780[391] de l'ancien AUSCGIE, réserve aux sociétés anonymes l'émission des valeurs mobilières ainsi que d'autres titres financiers. Il laisse perdurer inutilement l'incertitude relative à la nature juridique des parts dans le cadre d'une opération de titrisation.Le porteurs de parts bénéficie de droits pécuniaires et à l'information d'un côté et d'obligations financières et de non-immixtion dans la gestion du fonds de l'autre.

C'est le Règlement du FCTC qui va déterminer précisément les droits pécuniaires conférés par les parts et qui dépendront de leurs caractéristiques. Les porteurs de parts vont bénéficier de droit liés au caractère hybride leur nature juridique. D'une part, comme des associés, ils supportent de façon limitée l'aléa de l'activité tout en étant rémunérés en fonction des résultats du fonds.

D'autre part, ils sont remboursés des sommes qu'ils auront mises à la disposition du fond et toucheront un intérêt sur ces sommes, situation qui les rapproche de celle des obligataires. Techniquement, c'est la société de gestion qui donne les instructions nécessaires pour le versement des sommes aux investisseurs conformément aux modalités définies dans le Règlement du fonds.

Il n'est pas exclu que le porteur de parts puisse bénéficier de l'affectation du boni de liquidation en tant que copropriétaires de l'actif du fonds.

C'est le Règlement du fonds qui détermine l'affectation du boni qui revient à la société de gestion, à l'établissement dépositaire, ou même à un organisme garant du fonds.

Outre ces droits pécuniaires, les porteurs de parts détiennent des droits à l'information dont l'étendue varie selon les modalités de placement des parts. En effet, en cas de placement public, ils auront droit à une information généralement réservée aux acquéreurs de titres sur les marchés financiers. Les porteurs de parts bénéficient d'une information permanente pendant la vie du fonds.

En outre, les porteurs de parts ont droit à une information périodique. C'est ainsi que la société de gestion est tenue de publier un compte rendu d'activité, sous le contrôle du dépositaire et vérifié par le commissaire aux comptes. Une information

---

390 Acte Uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique

391 « L'émission d'obligations n'est permise qu'aux sociétés anonymes et aux groupements d'intérêt économique constitués de sociétés anonymes, ayant deux années d'existence et qui ont établi deux bilans régulièrement approuvés par les actionnaires ».

semestrielle[392]est également prévue puisqu'un compte rendu d'activité semestriel doit être publié par la société de gestion, dans un délai de quatre mois suivant la fin du premier semestre. Ce compte rendu comprend un tableau d'activités et de résultat ainsi qu'un rapport d'activité semestriel accompagné d'une attestation du commissaire aux comptes sur la sincérité des informations données. Ces informations sont accessibles aux investisseurs et ils sont transmis sans frais aux porteurs de parts par la société de gestion ou le dépositaire.

Les porteurs de parts ont le droit d'agir en justice. En effet, ils peuvent intenter une action en justice ayant pour objet la réparation civile des infractions commises par la société de gestion ou le dépositaire, aux dispositions législatives et Règlementaires du fonds ou même aux clauses du Règlement du fonds, en application du droit commun de la responsabilité.

Les porteurs de parts supportent aussi des obligations financières et de non-immixtion dans la gestion du fonds. L'article 24.2[393] du Règlement fixe le principe guidant la détermination de l'étendue de la responsabilité des investisseurs. Cette responsabilité est limitée, cependant, il a été observé que cette règle ne s'appliquait qu'à l'intérieur d'une même catégorie de parts[394]. En effet, les obligations financières des porteurs de parts vont varier en fonction du type de produit qu'ils auront acquis. L'obligation de non-immixtion dans la gestion du fonds repose sur la qualité de copropriétaires des porteurs de parts. Ils ne sont pas à l'initiative de la constitution du fonds, ils n'ont pas la possibilité de provoquer le partage des créances, et d'une manière générale, la gestion du fonds n'est pas assurée par les porteurs de parts.

En plus, ils ne peuvent pas demander le rachat de leurs parts par le FCTC[395]. En réalité, le Règlement a mis à leur charge une véritable obligation de non-immixtion dans la gestion du fonds qui est assurée par la société de gestion. Les droits et obligations des porteurs de créances obéissent à un régime différent de celui des porteurs de parts.

Les effets pour les porteurs de titres de créances :

Le FCTC émetteur des titres de créances est une entité sans personnalité juridique. Dans ces conditions, le régime des porteurs de titres de créances doit faire l'objet d'une adaptation comme pour les porteurs de parts.

En droit français, le problème était identique[396]. Néanmoins, le régime des créanciers obligataires a été appliqué aux porteurs d'obligations émises par les fonds communs de

---

392 Article 849 de l'Acte Uniforme relatif au droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique.

393 « Les porteurs de parts ne sont tenus des dettes du fonds et, le cas échéant, du compartiment qu'à concurrence de son actif et proportionnellement à leur quote-part ».

394 C. LE HIR, Le fonds commun de créances, Banque éditeur, 1994, p.123.

395 Article 23.3 du Règlement 02_2010_CM UEMOA.

396 La Banque de France ayant reconnu que « le régime de représentation des porteurs d'obligations tel qu'il est défini dans le Code de commerce ne trouve pas à s'appliquer dès lors que les fonds communs de créances n'ont pas de personnalité morale » Bulletin de la Banque de France, Janvier 2005, référence précitée.

créances[397]. La solution française a le mérite de régler le problème du régime du porteur de titres de créances tout en laissant en suspens la question de l'absence de personnalité morale du FCTC émetteur. Appliqué dans le cadre de l'UEMOA, le régime de représentation des porteurs d'obligations émises par le FCTC, tel qu'il résulte de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE[398] va impliquer d'abord que les porteurs de titres de créances d'une même émission soient groupés de plein droit pour la défense de leurs intérêts communs, en une masse qui jouit de la personnalité civile[399]même si ce droit de représentation n'est pas obligatoire.

Cette représentation sera organisée de manière contractuelle sur le modèle du régime[400] prévu par l'AUSGIE. Ensuite, les porteurs d'obligations se réunissent en assemblée générale[401], selon les règles de quorum et de majorité qui sont définies[402], en fonction des dispositions légales applicables, dans le contrat d'émission des obligations[403]. Enfin, les porteurs d'obligations sont représentés par une personne morale ou physique qu'ils auront désignée en assemblée générale[404]. L'objectif final est la défense des intérêts des porteurs de titres de créances.

Les porteurs de titres de créances ont des droits pécuniaires représentés par le paiement des sommes générées par les actifs du FCTC ou du compartiment. En effet, l'article 13.2 prévoit que « *le paiement des sommes exigibles au titre des parts est subordonné au paiement des sommes exigibles de toute nature dues aux porteurs de titres de créances émis par le FCTC et aux créanciers au titre des emprunts effectués par lui ».* Mais leurs représentants ne peuvent pas s'immiscer dans la gestion du FCTC. Cette restriction leur interdit d'effectuer tout acte qui interfère dans la gestion du FCTC qui relève des prérogatives exclusives de la société de gestion. Les limitations accordées aux prérogatives des représentants des porteurs d'obligations concilient la défense des intérêts des porteurs de titres de créances et la gestion du FCTC par la société de gestion[405].

---

397 Cette application a été justifiée par le fait « qu'aucun texte n'interdit de soumettre contractuellement, entre le fonds commun de créances en qualité d'émetteur, et les souscripteurs des obligations, le régime de représentation des porteurs des obligations au règles de représentation définies par le Code de commerce », E. LEBAUBE J.P BRUN, L'émission de titres de créances par les fonds communs de créances, contraintes juridiques et premières applications pratiques, Revue Trimestrielle de Droit Financier N°2, Juin 2007 p.101.

398 AUSCGIE.

399 L'article 785 prévoit que Les porteurs d'obligations d'une même émission sont groupés de plein droit pour la défense de leurs intérêts dans une masse qui jouit de la personnalité juridique. Toutefois, en cas d'émissions successives d'obligations, la société peut, lorsqu'une clAUSe de chaque contrat d'émission le prévoit, réunir en un groupement unique les porteurs d'obligations ayant des droits identiques.

400 T. GRANIER C. JAFFEUX, référence précitée p. 577.

401 Conformément à l'article 795 de l'acte uniforme, s'il existe plusieurs masses d'obligataires, elles en peuvent en aucun cas délibérer au sein d'une assemblée commune.

402 L'article 805 prévoit que « Le droit de vote attaché aux obligations est proportionnel à la quotité du montant de l'emprunt qu'elles représentent. Chaque obligation donne droit à une voix au moins ».

403 Le contrat d'émission des obligations émises par un FCTC sera constitué par les termes et modalités de ces obligations tels que ces termes et modalités figurent dans le prospectus rédigé pour l'admission des obligations aux négociations sur un marché.

404 Article 787.

405 E. LEBAUBE J.P. BRUN, référence précitée p.102.

Les porteurs de parts et de titres de créances vont être rémunérés sur les résultats du FCTC. Leur rémunération est subordonnée à la gestion du fonds. La titrisation peut se révéler une opération risquée lorsque les investisseurs n'obtiennent pas les résultats attendus. Aussi, elle est considérée à juste titre comme une opération de financement avec la cession des créances du cédant et l'émission de parts et de titres de créances par le FCTC. Mais, les risques encourus par les investisseurs ne doivent pas être sous-estimés.

DEUXIEME PARTIE : LES RISQUES LIES A LA MISE EN ŒUVRE DE L'OPERATION DE TITRISATION

La titrisation est une opération de financement présentant des risques divers **(A)**. Dans ce cadre, différentes mesures envisagées pour en protéger l'opération de titrisation se révèlent limitées **(B)**.

A- LA DIVERSITE DES RISQUES DE L'OPERATION DE TITRISATION :

Les risques de l'opération de titrisation portent sur les intervenants **(1)** et sur le portefeuille des créances **(2)**.

1- Les risques portant sur les intervenants à l'opération de titrisation :

Les risques liés aux intervenants se situent d'abord au niveau de leur possible défaillance **(a)**, ensuite à leur cumul de fonctions dans les opérations titrisation **(b)** et enfin à une éventuelle perturbation du rythme des flux financiers.

a- La défaillance des débiteurs :

Cette défaillance du débiteur, du FCTC ou du cédant fragilise l'opération de titrisation. Toute difficulté ressentie par un intervenant dans la capacité de faire face à ses engagements va constituer un danger pour l'opération de titrisation. Or le risque de défaillance d'un acteur garant dans l'opération est toujours possible même si les créances cédées sont normalement couvertes par la constitution de diverses garanties. La défaillance du débiteur engagé dans une procédure collective peut être prétexte au non-paiement pour le garant[406]. Le problème se pose de savoir si ces dernières sont « *systématiquement et rapidement mises en jeu»*[407].

La question est d'autant plus essentielle en cas de faillite du débiteur engagé dans une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Il est tentant pour le garant de prendre ce prétexte pour ne pas payer. De plus, il a déjà été souligné que les sommes reçues par le FCTC pendant la période suspecte puissent être remises en cause. Dans ce cas, une incertitude subsiste, celle de savoir si le garant doit obligatoirement couvrir cet événement[408].

406 T. GRANIER C. JAFFEUX, référence précitée p.114.
407 T. GRANIER C. JAFFEUX, référence précitée p.114.
408 C. GERST, La notation des fonds communs de créances, Banque, N° 552, Octobre 1994, p.67.

De même, le risque défaillance du cédant est source de difficulté du fait de son rôle actif dans le recouvrement des créances[409]. En effet, dans l'opération de recouvrement, le cédant va conserver les créances recouvrées pendant une certaine période avant de les transférer sur le compte du FCTC, ouvert chez le dépositaire. L'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire contre le cédant pourrait conduire à un blocage de ces fonds considérés comme étant compris dans son actif. Cette situation même provisoire le temps que les droits sur ces sommes soient déterminés, est source d'insécurité pour l'opération de titrisation. Le Règlement a résolu ce problème en donnant la possibilité de créer un compte d'affectation au profit du FCTC pour isoler du patrimoine du cédant les encaissements qu'il reçoit pour le compte du FCTC, même en cas de procédure collective. Il permet de contourner les difficultés éventuelles en cas de patrimoine unique puisque *« la société de gestion et le gestionnaire des créances cédées à un FCTC peuvent convenir que les sommes recouvrées par ce dernier auprès des débiteurs ou de tous tiers concernés seront portées au crédit d'un compte bancaire ouvert au nom du gestionnaire des créances, ce compte étant spécialement affecté au profit du FCTC ou, le cas échéant, d'un compartiment dénommé dudit FCTC »*[410]. Dans ce cadre, « *les créanciers du gestionnaire des créances ne peuvent poursuivre sur ce compte spécialement affecté le paiement de leurs créances, même en cas de procédure de redressement ou de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre dudit gestionnaire »*[411].

b- Le cumul des fonctions des intervenants :

La complexité du système mis en place est source de difficulté en cas de cumul des fonctions des intervenants à l'opération de titrisation. En effet, lorsque le cédant est un établissement de crédit, il peut en outre, cumuler les fonctions de gestionnaire, de prêteur de liquidité, voire même de garant des opérations conduites par le débiteur. Dans ce cadre, les responsabilités respectives ne sont pas toujours clairement définies. Et le cédant selon ses intérêts du moment, pourrait provoquer ou retarder la liquidation anticipe du FCTC[412]. Ainsi la confusion pouvant naitre d'un cumul des fonctions constitue un risque supplémentaire provoqué par les intervenants. Dans certaines circonstances, elle peut perturber les flux financiers.

Une opération de titrisation est marquée par deux séquences de remboursement correspondant à des flux financiers. La première séquence correspond à la collecte des flux et à leur distribution simultanée aux porteurs de parts. La seconde séquence concerne la retenue ou la distribution des flux en fonction de l'échéancier des parts, fixé à l'émission. La difficulté tient à l'absence de correspondance entre les calendriers d'amortissement des créances cédées et l'échéancier des parts émises. Dans ces conditions, il faut s'assurer que les flux des créances permettront d'assurer les paiements de parts. Les risques varient en fonction de la séquence de remboursement concernée. Pour la première, le risque de remboursement anticipé existe puisqu'elle concerne des opérations de titrisation de prêts aux particuliers.

---

409 Article 21.1 du Règlement.

410 Article 27.1 du Règlement.

411 27.2 du Règlement.

412 Chr. BAILLON, « Sociétés de gestion des fonds communs de créances et sécurité des opérations de titrisation » in Colloque *Titrisation,* Management Global Information, Paris 18-19 janvier 1995.

Pour la seconde, les investisseurs peuvent subir le risque de voir les flux financiers qui leur reviennent, retardés dans les comptes de l'établissement, qui place alors la trésorerie à son profit[413]. Cependant, les risques de l'opération de titrisation ne reposent pas que sur les intervenants, ils peuvent aussi être liés aux créances.

2- Les risques liés au portefeuille des créances :

Les créances constituent le pivot de l'opération de titrisation. Ainsi, tout défaut les affectant risque de mettre en péril toute l'opération.

La qualité des titres émis par le FCTC dépend de celle des créances cédées. Pourtant, différents risques comme le remboursement anticipé **(a)** ou la défaillance des débiteurs **(b)** peuvent affecter le portefeuille de créances.

a- Le remboursement anticipé des créances :

Moins pénalisant que le risque de défaillance, le risque de remboursement anticipé n'en demeure pas moins pénalisant pour les détenteurs de créances cédées[414]. En effet, le rendement réel (calculé pour une échéance donnée) est susceptible d'être inférieur au rendement escompté en raison du remboursement anticipé. Dans ce cadre, si les créances qui offrent les taux d'intérêt les plus élevés sont remboursés par anticipation, le taux moyen pondéré de rendement du portefeuille de créances va diminuer. L'article 814 de l'AUSGIE dispose qu'« *en l'absence de stipulations particulières du contrat d'émission, la société ne peut imposer aux obligataires le remboursement anticipé des obligations* ». Dans le cas d'une opération de titrisation, le débiteur dispose de la faculté de rembourser de façon anticipée une créance. La variable qui déclenche le processus de remboursement anticipé est le taux d'intérêt. En période de baisse de ces taux, les créanciers ont tendance à anticiper les remboursements. Cette solution diminue le rendement attendu et les investisseurs sont rétribués en conséquence.

Les évolutions des taux d'intérêt vont selon leur sens, modifier le rendement actuariel[415]de l'investisseur. Si ce dernier a le loisir de vendre les titres lorsqu'ils sont cessibles (s'il trouve un acquéreur), le débiteur peut aussi avoir intérêt à rembourser par anticipation. Nous allons prendre comme exemple, un créancier qui a une dette à taux d'intérêt fixe et nous interroger sur l'attitude de l'établissement de crédit détenant les créances. La conjoncture de baisse des taux lui est favorable pour les *« titriser »*. D'abord, il continue à percevoir une rémunération fixe. Ensuite, il verse au FCTC les remboursements du débiteur, moyennant une commission pour gestion de la dette. Enfin, le FCTC verse un revenu aux porteurs de parts en fonction des taux du marché. Dans ces conditions, il lui serait difficile de verser un taux supérieur aux conditions de l'emprunt initial. C'est la raison pour laquelle une baisse de taux est favorable à la titrisation[416].

---

413 T. GRANIER C. JAFFEUX, référence précitée p.116.

414 Idem, p.117.

415 Taux de rendement actuariel ou taux actuariel, taux de rendement d'un capital, lorsque le remboursement et le paiement des intérêts sont assurés par des versements échelonnés dans le temps.

416 T. GRANIER C. JAFFEUX, référence précitée p.118.

L'emprunteur va subir un coût d'opportunité, évalué comme la différence entre le taux auquel il a emprunté et le taux du marché. Il va vouloir bénéficier des nouvelles conditions plus avantageuses, à condition que le différentiel d'intérêt soit supérieur aux pénalités de remboursement anticipé. L'établissement de crédit subit alors un manque à gagner, les pénalités pour remboursement anticipé vont théoriquement pallier en partie ou en totalité ce manque. Mais en tout état de cause, il va continuer à verser au FCTC des revenus, qui sont ensuite transmis aux porteurs de parts[417].

Le remboursement anticipé des créances rend l'opération de titrisation plus onéreuse surtout si le FCTC n'a pas estimé correctement son risque, c'est une possibilité aussi en cas de défaillance du débiteur.

b- La défaillance du débiteur :

Les titres cédés dans l'opération de titrisation sont soumis au risque de défaillance. Le taux de défaillance ou une estimation de la probabilité de défaillance dépendent bien sûr de la nature des créances qui sont « titrisées ». Le risque est un risque intrinsèque que l'on peut assimiler à un risque de crédit, mais c'est aussi un risque lié aux conditions changeantes du marché et peut être un risque systémique en cas de difficultés majeures sur les marchés financiers affectés par des effets de contagion. La défaillance du débiteur est un autre risque pouvant affecter le portefeuille de créances débiteur. En effet, les risques de défaillance ou de retard dans le paiement ne sont pas à négliger.

L'éloignement du retard par rapport à l'échéance du paiement va accroître les risques sur le portefeuille de créances. Ainsi un retard relativement proche de l'échéance aura des répercussions moindres.

Il faut aussi souligner le risque le plus fréquent pouvant affecter la titrisation : la compensation[418]. Si un débiteur dont la créance a été cédée procède à une compensation de celle-ci avec une dette que lui doit le cédant, il causera un préjudice au FCTC qui aura acquis la créance à un prix qu'elle n'encaissera pas. Le débiteur de bonne foi à qui la cession n'a pas été notifiée a toujours la possibilité d'accomplir une compensation. Ce risque doit être pris en compte au moment de la détermination des créances à céder[419]. Mais le Règlement prévoit différentes mesures de protection contre les risques de l'opération de titrisation.

B-L'EXISTENCE DE PROTECTIONS LIMITEES CONTRE LES RISQUES DE L'OPERATION DE TITRISATION :

La sécurisation de la titrisation suppose l'existence de mécanismes de protection contre les risques de l'opération **(1)** qui se révèlent limités **(2).**

---

417 M.EUVRARD, La titrisation : une technique prometteuse mais à marge de manœuvre étroite, Banque, N°554, 1994, p.18.

418 Article 215 du COCC.

419 J.PEDRIZZETTI, La titrisation de créances commerciales : la perspective du cédant, Droit des Sociétés, Mai 2001, p.6.

1-Les mécanismes de protection contre les risques :

La protection contre les risques est assurée par le contrôle de l'opération de titrisation **(a)** et les garanties pour les couvrir **(b)**.

a- Le contrôle des risques l'opération de titrisation :

Le contrôle de l'opération de titrisation a pour finalité la protection des investisseurs en évitant qu'ils ne soient exposés à de trop grands risques par les différents intervenants. Dans ce cadre, le CREPMF, l'agence de notation et les commissaires aux comptes sont chargés de contrôler l'opération de titrisation. Certaines modalités de ce contrôle relèvent du droit commun des sociétés. En effet, l'opération de titrisation peut impliquer une émission de titres dans le public. Dans ces conditions, le CREPMF dans l'exercice de ces compétences exerce une surveillance à différentes étapes de l'appel public à l'épargne. Ce sont les dispositions spécifiques au contrôle de l'opération de titrisation qui vont retenir notre attention.

Dans un premier temps, le CREPMF subordonne toute opération financière relative au FCTC à son agrément préalable du FCTC[420]. Cette demande d'agrément fournira les informations nécessaires au CREPMF pour apprécier les modalités de l'émission des titres d'autant plus que les règles de l'appel public à l'épargne doivent être respectées. Dans un second temps, la société de gestion du FCTC aussi doit être agréée par le CREPMF[421].

Les conditions d'éligibilité de la société de gestion tiennent à la forme juridique[422], au siège social[423], au capital social[424]et à la moralité des actionnaires et dirigeants sociaux[425]. Ce pouvoir de contrôle confère au CREPMF les pouvoirs de retirer l'agrément à la société de gestion. Dans un troisième temps, il contrôle étroitement l'information fournie lors de l'émission de parts au public et approuve ou non les garants dans ce type d'opérations.

Toutes ces dispositions de contrôle permettent de vérifier que les intervenants à l'opération possèdent l'expertise, la capacité financière et la moralité nécessaires à une mise en œuvre adéquate de l'opération de titrisation. En outre, l'exercice de l'activité de notation dont le rôle est essentiel, est subordonné à l'approbation préalable de l'agence par le CREPMF[426]. Elle est tenue de prendre toutes les mesures adéquates dans son fonctionnement afin de conserver son indépendance[427].

L'agence de notation contrôle l'opération de titrisation en procédant à une appréciation des caractéristiques des créances acquises par le FCTC et à une évaluation des risques

---

420 Article 1er Instruction N° 43/2010 du CREPMF.

421 Instruction N°44/2010 du CREPMF.

422 Article 2 alinéa 1 *« La société de gestion revêt nécessairement la forme d'une SA avec Conseil d'Administration ayant pour objet exclusif la gestion d'un ou plusieurs FCTC ».*

423 Article2 alinéa 2 exige la localisation du siège social dans l'un des Etats de l'UEMOA.

424 Article2 alinéa 3 prévoit un capital minimum de 250 millions pour les sociétés de gestion des FCTC.

425 Article2 alinéa 4.

426 Instruction 37/2009 du CREPMF.

427 Article 13 de l'instruction 37/2009 du CREMPF.

qu'ils présentent dans un document[428]. Elle fournira aux investisseurs les éléments d'appréciation de l'opération de titrisation en les informant sur les risques encourus. En effet, la note est calculée en fonction de la probabilité que les détenteurs de titres ont de percevoir les paiements prévus[429]. Même si elle n'est prévue que pour le placement public, la notation constitue aussi un critère essentiel de décision demandé par les investisseurs pour les placements privés.

Le Règlement ne prévoit pas le commissaire aux comptes parmi les intervenants à l'opération de titrisation[430]. Mais le droit commun prévoit que le commissaire aux comptes *« certifie que les états financiers de synthèse sont réguliers et sincères et donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice écoulé ainsi que de la situation financière et du patrimoine de la société à la fin de cet exercice »*[431]. Cette disposition va offrir un cadre adapté pour le contrôle de la société de gestion du FCTC, celle-ci ayant obligatoirement la forme de sa avec conseil d'administration[432]. En outre, le commissaire aux comptes « signale *à la plus prochaine assemblée générale, les irrégularités et les inexactitudes relevées par lui au cours de l'accomplissement de sa mission »*[433]et éventuellement au ministère public[434]*.*

Au regard du mécanisme de la titrisation, la solution est logique puisque les porteurs de parts et de titres de créances ne sont pas assimilables à des actionnaires classiques quant à la conduite de la société[435]. L'action du commissaire aux comptes va participer de la protection des investisseurs. Cependant, toutes ces dispositions de contrôle se révéleront insuffisantes en l'absence de garanties contre les risques de l'opération de titrisation.

b- La couverture des risques de l'opération de titrisation :

Le Règlement prévoit un cadre général de couverture[436] des risques de l'opération de titrisation par des garanties[437] même si d'autres mécanismes contre les risques ont été imaginés par la pratique. Les mécanismes prévus présentent un intérêt certain pour le cédant, les investisseurs et le FCTC. Pour l'établissement cédant, il lui faut arbitrer entre diverses formes de garanties sachant qu'elles sont exigées par l'arrangeur, en contrepartie de l'octroi d'une note maximale par l'agence de notation.

Du point de vue de l'investisseur, la garantie constitue une couverture pour assurer une performance de son investissement, telle qu'il l'estimait lors de l'acquisition des parts du

---

428 Article 23.6 du Règlement.

429 T. GRANIER, « Observations relatives à une étude de l'Autorité des marchés financiers intitulées : La notation en matière de titrisation », Revue Trimestrielle de Droit Financier 2006/1, p.102.

430 L'article 2.1 du Règlement ne mentionne pas le commissaire aux comptes parmi les intervenants à l'opération de titrisation.

431 Article 710 de l'AUSCGIE.

432 C'est une exigence de l'Instruction 44/2010 du CREPMF.

433 Article 716 alinéa 1 de 'AUSCGIE.

434 Article 716 alinéa 2 : *« En outre, il révèle au ministère public les faits délictueux dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa mission, sans que sa responsabilité puisse être engagée par cette révélation ».*

435 T. GRANIER, C. JAFFEUX, référence précitée, p.600.

436 Article 14 du Règlement.

437 Article 15 du Règlement.

FCTC. C'est, en particulier, une sécurité en cas de défaillance du créancier cédant ou de l'établissement de crédit. Du côté du FCTC, l'émission de parts assorties de garanties facilite l'acquisition d'une note correcte, et donc l'accès à des moyens de refinancement à des conditions meilleures que celles qu'il peut lui-même obtenir.

L'article 14 du Règlement prévoit différents mécanismes de couverture des risques pour sécuriser la situation des porteurs de parts et titres. Les cocontractants et investisseurs de l'organisme doivent donc appréhender les risques financiers qu'ils prennent en analysant la qualité et la nature des risques pris par l'organisme ainsi que l'existence, le cas échéant, de garanties et autres mécanismes de sécurité dont pourrait bénéficier l'organisme.

Le premier mécanisme prévoit l'émission de parts spécifiques supportant les risques de défaillance, la condition étant qu'elles soient détenues par des investisseurs qualifiés, non-résidents ou le cédant[438]. C'est la subordination des titres : elle signifie que toute somme exigible due aux porteurs de ces titres subordonnés ne leur sera versée qu'après paiement aux porteurs des titres prioritaires de l'intégralité des sommes exigibles leur étant dues. La subordination de créance a pour objet d'établir des rangs entre créanciers chirographaires. Dans l'hypothèse d'une émission commune par un fonds de titrisation de titres de créances subordonnés et de parts, les titres de créances subordonnés seront subordonnés aux éventuels titres de créances prioritaires, mais les porteurs de titres spécifiques resteront prioritaires par rapport aux parts, même ordinaires ou prioritaires. Cette technique de subordination de créances permet en général de diviser ou répartir l'investissement, en attirant des investisseurs qui ne poursuivent pas les mêmes motivations (dont le « profil de risque est différent »). En divisant les créanciers en rang, on crée des conditions d'investissement et de rémunération distinctes. Son intérêt est de créer des titres représentant un risque diversifié ou tout simplement de créer, pour certains titres que l'on destine au marché des investisseurs, un rehaussement de crédit, le passif de l'organisme est souvent constitué de titres de catégories différentes : des titres subordonnés et prioritaires.

Le second mécanisme porte sur le surdimensionnement c'est-à-dire la cession d'un encourt de créances dont la valeur excède le montant des parts et titres de créances[439]. Il prévient le risque défaillance de l'établissement de crédit (le cédant) qui cède un montant nominal de créances supérieur aux financements apportés par les souscripteurs de parts du FCTC[440]. Par exemple, un établissement cédant cédera au FCTC un portefeuille de créances pour un montant de capital restant dû de 110 pour obtenir 100 de disponibilités monétaires, qui proviendront de l'émission de titres pour un montant de 100. Les 10 restants constitueront une garantie en cas de défaillance des débiteurs et pourront être restitués à l'établissement cédant en fin de vie du FCTC, s'il est attributaire du *boni* de liquidation.

438 Article 14.1a) du Règlement.
439 Article 14.1b) du Règlement.
440 X. DE KERGOMMEAUX, Organismes de titrisation, Répertoire commercial Dalloz, Mars 2010, p.29.

Un troisième mécanisme est lié à l'existence de sûretés, garanties et accessoires attachés aux créances qui sont acquises par le FCTC[441].

Le Règlement permet aussi la conclusion de contrats constituant des instruments financiers à terme. D'abord, le FCTC peut obtenir des garanties auprès des banques, entreprises d'assurances ou de réassurances ou du cédant[442]. En effet, il peut conclure des contrats transférant des risques d'assurance dans les conditions prévues par ses statuts ou son Règlement pour supporter des risques, mais également pour couvrir les risques d'assurance qu'il prend. Ces contrats ne peuvent être conclus qu'avec les entités visées limitativement à l'article 15.1 du Règlement. Ensuite, le FCTC a la possibilité de conclure des contrats constituant des instruments financiers à terme à des fins de couverture[443] pour supporter des risques, mais également pour se couvrir des risques qu'il prend. Ces contrats transférant des risques d'assurance doivent porter soit sur la couverture de tout ou partie des pertes supportées par le FCTC[444].

La pratique a mis au point d'autres mécanismes. Ainsi l'établissement de crédit cédant peut accorder au FCTC sa propre signature comme garantie contre les risques de défaillance des débiteurs avec une garantie en espèces ou en actifs. La garantie en espèces intervient en précisant la date à laquelle elle sera versée ainsi que le montant couvert. L'établissement peut aussi apporter ses actifs. En cas de défaillance de l'emprunteur, la société de gestion liquide les actifs de la garantie, pour assurer le remboursement des investisseurs. Dans cette situation, « *la valeur de revente des actifs sera l'élément déterminant pour assurer une couverture correcte du risque »*[445].

Le compte de liquidités constitue une autre garantie portant non pas sur la défaillance de l'établissement cédant, mais sur les délais de paiement. Il permet que tout retard par rapport aux échéances prévues puisse être compensé par les dépôts effectués sur celui-ci. Quant au fonds de réserve, il constitue un mécanisme de rehaussement de crédit constitué par le FCTC grâce à l'accumulation de la marge d'intérêt. Sa mise en place peut être subordonnée à l'agence de notation qui a la possibilité d'exiger un certain montant pouvoir faire face aux risques d'une conjoncture instable. Ces différents mécanismes doivent être utilisés pour garantir l'opération de titrisation. Mais celle-ci génère irrémédiablement des risques. Donc, il faut reconnaître les limites de la protection contre les risques de la titrisation.

2-L'existence de protections limitées contre les risques de l'opération de titrisation:

Les limites contre la protection des risques sont liées, d'abord aux lacunes du Règlement **(a)**, et d'autre part, à l'environnement juridique de l'UEMOA**(b)**.

441 Article 14.1c) du Règlement.
442 Article 14.1d) du Règlement.
443 Article 14.1f) du Règlement.
444 Article 16.1 du Règlement.
445 T.GRANIER C. JAFFEUX, référence précitée, p.121.

a- Les limites liées aux lacunes du Règlement :

Le Règlement est porteur de nombreuses incertitudes découlant d'innovations inopportunes et de lacunes source d'insécurité. La titrisation est un mécanisme inspiré des méthodes financières américaines. Cette « acculturation » nécessite des aménagements pour son adaptation au cadre juridique de l'UEMOA d'inspiration française donc du système de droit romain. Ainsi une législation spécifique a dû être mise en place. Cependant certaines innovations du Règlement se révèlent inopportunes et constituent une source d'insécurité pour l'opération de titrisation.

Le FCTC est le pivot du système de titrisation. Son objet exclusif est d'acquérir des créances détenues par les établissements de crédit[446]. Le Règlement a préféré constituer le FCTC en copropriété[447], dépourvu de la personnalité morale[448]. Ces deux caractéristiques sont indiscutablement source d'incertitudes juridiques. Tout en qualifiant le FCTC de copropriété, le Règlement précise que les règles « *relatives à l'indivision et à la société en participation ne lui sont pas applicables ».* Ainsi les porteurs de parts seront copropriétaires du fonds sans les prérogatives ni d'un indivisaire, ni d'un associé. Aussi la doctrine française a souligné la spécificité tant de l'objet que du contenu du droit des copropriétaires du fonds commun de créances (équivalent du FCTC)[449].

Et cette qualification de copropriété du FCTC avait amené certains auteurs à soulever des interrogations sur celui-ci[450], d'autres à le considérer comme « *une structure originale qui au regard des classifications traditionnelles est considérée parfois comme une forme spéciale d'aménagement de la propriété collective »*[451]. En réalité, le système retenu pour le FCTC est empreint de l'influence anglo-saxonne du trust[452]. En effet, le fonctionnement du FCTC s'apparente à celui du trust, à savoir une société de gestion et un dépositaire qui auront l'initiative (constituant) et le pouvoir de gestion (administrateur) du fonds dans l'intérêt des porteurs de parts[453]. Cette transposition à travers le FCTC est-elle opportune ? Nous répondrons par la négative dans la mesure où l'introduction du FCTC dans l'espace UEMOA se fait au prix de « contorsions » juridiques d'autant plus que d'autres dispositions ne sont pas venues apporter des réponses à ces incertitudes comme en France[454].

---

446 Article 3.1 du Règlement.

447 Article 3.1 du Règlement.

448 Article 3.2 du Règlement.

449 D. SCHMIDT, La titrisation de créances, rapport au colloque de l'association Droit et commerce, 11 juin 1989, Revue de jurisprudence commerciale n°11, p.114.

450 A. REYGROBELLET, La notion de valeur mobilière, Thèse Paris II, 1995, p.483. L'auteur a fait observer *« qu'on se trouve en présence d'une extension maximale de l'idée de propriété, se situant à la limite extrême qui distingue le droit réel du droit de créances »*.

451 Ph. MALAURIE et L. AYNES, Les biens, Defrénois, 2004, p.229.

452 Rappel de la définition du trust : une personne, le constituant du trust *(settlor of the trust)* stipule que certains biens seront administrés par un ou plusieurs trustees, qui peuvent être des personnes physiques ou morales, dans l'intérêt d'une ou de plusieurs personnes, les bénéficiaires *(cestuy qui trust)*.

453 T. GRANIER C. JAFFEUX, référence précitée p.514.

454 Le législateur français au fil des réformes a pris en compte ces différentes incertitudes pour clarifier le régime des parts des fonds communs de créances avec d'abord l'article L.211-1 en intégrant les parts dans la catégorie des instruments financiers, ensuite avec l'article L.214-49-4 qui permet

Afin d'éviter les incertitudes introduites par la consécration du FCTC, il aurait été plus simple et cohérent d'opter pour la mise en place d'une société de titrisation[455]. Elle n'entraînerait pas un bouleversement puisqu'elle aurait eu la forme de société anonyme. Il s'agirait ensuite de régler la question de l'articulation de ses pouvoirs avec ceux de la société de gestion et du dépositaire. La titrisation pouvait être mise en œuvre sans recourir spécialement à la création du FCTC. Cette innovation n'était pas particulièrement nécessaire, vu les incertitudes en découlant dans le système juridique des pays de l'UEMOA.

Cette réflexion est valable aussi pour la possibilité de « titriser » les créances immobilisées[456] douteuses[457]ou litigieuses[458]même si elle correspond à la pratique internationale[459]. L'introduction de la titrisation dans l'espace UEMOA doit se faire par étape en acclimatant cette opération à l'environnement juridique et économique existant afin d'en favoriser le développement au fur et à mesure. Cette limitation ne peut pas être obtenue par l'acceptation de l'acquisition des parts d'un FCTC dont les actifs seraient constitués de créances de mauvaise qualité. En outre, le Règlement n'a pas restreint l'accès à ce type de créances. Une précaution qui a été prise à l'origine par le législateur français[460]. Il est ainsi tout à fait légitime « *de se demander si cette faculté ne pourrait pas être encadrée, compte tenu de certains abus constatés à l'occasion de la crise financière internationale »*[461]. La titrisation des créances immobilisées, douteuses et litigieuses est inopportune dans le contexte actuel pour les pays de l'UEMOA. A défaut d'y renoncer, le Règlement aurait dû veiller à restreindre les conditions d'acquisition de ces créances. Cette restriction aurait atténué les lacunes dont il est porteur.

Le Règlement offre un cadre légal pour la réalisation des opérations de titrisation dans la zone UEMOA. Son importance eu égard à ses enjeux et objectifs s'accommode mal de lacunes dans son contenu. Une telle situation serait source d'insécurité et rendrait moins attractif le régime de la titrisation. Or, la rédaction du Règlement est lacunaire dans un certain nombre de dispositions essentielles.

Les titres de créances comme les parts constituent les instruments financiers sur lesquels repose l'opération de titrisation. En outre, ils constituent une catégorie

---

l'individualisation du fonds par un nom et un domicile ramenant ainsi à l'existence d'une personnalité sous-jacente.

455 Les sociétés de titrisation ont été introduites en France par l'ordonnance n°2008-556 du 13 juin 2008.

456 Les créances immobilisées sont des créances dont le remboursement final n'apparaît pas compromis, mais qui ne peuvent être remboursées en raison de difficultés de trésorerie momentanées éprouvées par le débiteur, ou d'obstacles d'ordre juridique ou politique indépendants de sa volonté. Les créances douteuses sont des créances présentant un risque probable ou certain de non-recouvrement total ou partiel. Les créances litigieuses sont des créances dont l'existence ou l'étendue est contestée par le débiteur, sans que cette qualification de créances litigieuses préjuge du bien-fondé de la contestation dont elles font l'objet.

457 Dans le même sens, T. BONNEAU, La titrisation des créances douteuses : une innovation opportune ?, Droit des sociétés, Février 1998, p. 3.

458 17.1a) du Règlement.

459 T. GRANIER, La titrisation dans l'UEMOA, RTDF 2010, N°2, p.119.

460 En effet, le décret n°2004-1255 du 24 novembre a supprimé les différentes conditions encadrant la titrisation de créances douteuses, litigieuses ou immobilisées.

461 Idem.

juridique nouvelle dans l'espace UEMOA. Dans ce cadre, le Règlement aurait dû consacrer des dispositions spécifiques précisant leur nature et leurs caractéristiques juridiques. Il se contente de déterminer leur régime juridique associé aux parts sans mettre en lumière leurs particularités. L'article 23 du Règlement fait état des *« obligations ou des titres de créances »* sans qu'une autre disposition ne permette de distinguer clairement les deux. Le nouvel AUSCGIE a ignoré cette difficulté. Il aurait dû permettre la résolution du problème par une rédaction de l'article 744 prenant en compte comme en droit français l'existence des FCTC[462].

De même l'article 24 du Règlement caractérise les droits des porteurs de parts et de titres de créances dans son 1, tout en consacrant son 2 aux obligations des porteurs de parts. Cette rédaction lacunaire ne donne pas des informations suffisantes aux investisseurs sauf à s'en référer au droit français avec l'article r.214-99-i du code monétaire et financier[463]. Les titres de créances devraient voir leur nature juridique précisée pour pallier aux incertitudes pouvant les rendre moins attrayantes pour les investisseurs. Ces lacunes constituent des sources d'insécurité pour les investisseurs, d'autant plus que la titrisation rencontre des limites liées à l'environnement juridique dans l'espace UEMOA.

b- Les limites liées à l'environnement juridique de l'UEMOA:

L'environnement juridique de l'UEMOA est caractérisé par l'enchevêtrement des normes communautaires qui entraîne des difficultés et soulève des interrogations dans la mise en œuvre des opérations de titrisation.

Dans le cadre d'une opération de titrisation, les investisseurs seront rémunérés sur les créances recouvrées par le cédant. Ainsi ces sommes recouvrées permettent la rémunération des porteurs de parts et de titres de créances. Si le recouvrement est perturbé c'est toute l'opération de titrisation qui est mise à mal. Aussi les difficultés de recouvrement[464]existant dans la zone UEMOA influeront sur les risques de la titrisation. Les pays de l'UEMOA étant membres de l'OHADA, les opérations de titrisation seront régies par l'acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement des créances et les voies d'exécution. En effet, le Règlement ne crée pas de procédures spécifiques de recouvrement des créances mais confie cette fonction à l'établissement de crédit cédant. Les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA tiennent aux textes juridiques et à la pratique judiciaire[465].

---

462 « Sont des valeurs mobilières les titres émis par des personnes morales, publiques ou privées, transmissibles par inscription en compte ou tradition, qui confèrent des droits identiques par catégories et donnent accès, directement ou indirectement, à une quotité du capital de la personne morale émettrice ou à un droit de créance général sur son patrimoine. Sont également des valeurs mobilières, les parts de fonds communs de placement et de fonds communs de créance ».

463 Cet article prévoit que *« les titres de créances qui peuvent être émis par un fonds commun de créances comprennent les obligations ainsi que les titres de créances négociables sous la forme de billets de trésorerie ou de bons à moyen terme négociables ».*

464 M. SAMB, Etude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : Cas du Bénin, Burkina-Faso, Mali et Sénégal, Revue de l'ERSUMA N°1, Juin 2012, p.279.

465 Rapport final, Etude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : Cas du Bénin, du Burkina-Faso, du Mali et du Sénégal, Juillet 2012, p.66.

Les textes juridiques dans la recherche d'un équilibre entre le renforcement des droits du créancier et la protection du débiteur ont abouti à un formalisme excessif[466]et à une inefficacité relative des procédures[467]. Le formalisme excessif se manifeste par la fréquence des incidents de saisie soulevés par débiteur pour contrer l'exécution forcée du créancier. Quant à l'inefficacité des procédures, elle découle des moyens offerts au débiteur de bénéficier d'une saisie sans dépossession[468], de vendre à l'amiable son bien saisi[469]et aux modes de signification des actes de procédure[470].

Il faut rajouter à ces difficultés celles concernant les saisies en matière immobilière. Elles sont liées au *« formalisme rigoureux, encadré dans des délais précis »* qui *« rend complexe la procédure de saisie immobilière »*[471]et aux nombreux incidents pouvant être soulevés par les personnes désirant paralyser la procédure[472]. Or, le Règlement UEMOA a été pensé, de plus, comme un instrument favorisant la mise en place d'un véritable marché hypothécaire dans la zone. Par conséquent, il est fort probable que le recouvrement portera aussi sur des créances immobilières. Ainsi ce recouvrement subira les obstacles de l'AURVE relatifs aux saisies immobilières.

Finalement, l'UEMOA aurait dû envisager des solutions alternatives au recouvrement des créances en matière de titrisation dans le Règlement[473]. Car, ces difficultés rejailliront obligatoirement sur l'efficacité de la titrisation. En effet, les porteurs de parts et de titres de créances risquent de rendre les opérations plus onéreuses avec les retards dans le recouvrement. La titrisation *« nécessite un assainissement de l'environnement juridique des affaires qui suppose un cadre juridique simple, moderne et sécurisé pour le recouvrement des créances dues aux entreprises »*[474]. La protection contre les risques l'opération se trouve atténuée si les débiteurs avec les possibilités offerte aux débiteurs par l'AURVE. L'application de l'acte uniforme sur les sûretés à la titrisation soulève aussi des difficultés.

Les FCTC vont acquérir des créances qui pourront être assorties de garanties et en particulier, de garanties hypothécaires. Ces garanties seront régies par l'acte uniforme portant organisation des sûretés. Ainsi la titrisation se verra appliquer les règles de l'OHADA relatives aux sûretés. L'articulation entre les règles de la titrisation peut être source de difficultés d'interprétation dans le choix de la disposition applicable. Certaines interrogations avaient été soulevées sur les formalités à respecter pour assurer le transfert des sûretés réelles accessoires des créances cédées. En effet, fallait-il procéder

---

466 Référence précitée p.67.

467 Référence précitée p.71.

468 Article 36 de l'AURVE *« Si la saisie porte sur des biens corporels, le débiteur saisi ou le tiers détenteur entre les mains de qui la saisie a été effectuée est réputé gardien des objets saisis sous les sanctions prévues par les dispositions pénales ».*

469 Article 115 de l'AURVE *« Le débiteur contre lequel est poursuivie une mesure d'exécution forcée peut vendre volontairement, dans les conditions ci-après définies, les biens saisis pour en affecter le prix au paiement des créanciers ».*

470 Rapport final, Etude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : Cas du Bénin, du Burkina-Faso, du Mali et du Sénégal, Juillet 2012, p.74.

471 Référence précitée, p.142.

472 P.-G, POUGOUE, F.TERRI KOLLOKO, La saisie immobilière dans l'espace OHADA, 2e édition Consolidée, Presse Universitaire d'Afrique, 2010 p.237.

473 Idem.

474 Référence précitée p.281.

aux inscriptions requises par l'acte uniforme sur les sûretés pour assurer la validité des sûretés, et notamment celles nécessaires à la transmission des privilèges et hypothèques[475] ?

De même, l'absence de personnalité morale du FCTC avait pu générer des incertitudes quant à la faculté du fonds de détenir des sûretés réelles dont la réalisation se traduit par le transfert de la possession ou de la propriété du bien grevé. Des réponses claires sont fournies par le Règlement. En effet, il prévoit à son article 17.8[476] une véritable technique de cession de créances simplifiée en dispensant le FCTC de la mise en œuvre du formalisme prévu à l'article 201 de l'AUS[477]. Et l'article 17.9 de rajouter que *« la réalisation ou la constitution des sûretés éventuellement attachées aux créances ainsi acquises confère au FCTC la faculté d'acquérir la possession ou la propriété des actifs qui en sont l'objet »*[478]. Sur ce point également, le régime applicable à la titrisation s'affranchit du droit commun. Tous les accessoires des créances cédées seront donc transmis par la seule remise du bordereau par souci d'efficacité et de simplicité. Ainsi, aucune inscription supplémentaire n'est requise pour l'opposabilité des sûretés réelles, aucune information n'est nécessaire pour rendre la cession opposable aux cautions.

Une autre interrogation a trait à la participation de l'agent de sûreté aux opérations de titrisation. En effet, *« toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée par une institution financière ou un établissement de crédit, national ou étranger, agissant, en son nom et en qualité d'agent des sûretés, au profit des créanciers de la ou des obligations garanties l'ayant désigné à cette fin »*[479]. L'AUS fait de l'agent des sûretés un recouvreur des créances[480]. Le Règlement permet de confier le recouvrement de tout ou parties des créances à un autre gestionnaire, dès lors que le débiteur de la créance ainsi cédée en est informé par lettre recommandée ou par lettre remise en mains propres contre récépissé ou décharge écrite[481]. Ainsi, le cédant peut confier à l'agent de sûreté la fonction de recouvrement des créances dans une opération de titrisation. Dans ce cas, quelles seraient les conséquences de la nullité de l'acte de désignation de l'agent des sûretés fixées par l'article 6 de l'AUS sur le recouvrement des créances dans l'opération de titrisation ?

De même, le cumul de fonction entre les statuts de cédant et d'agent des sûretés est possible. Il constituerait une source d'insécurité si en plus, cet établissement de crédit joue le rôle de dépositaire d'un FCTC.

---

475 Les dispositions prévues par l'Acte Uniforme sur les Sûretés (AUS).

476 « L*a remise du Bordereau à la Société de Gestion, agissant pour le FCTC, emporte de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'aucune autre formalité ».* Ce sont des dispositions identiques à l'article L. 214-43, alinéa 8, du nouveau du Code monétaire et financier disposant que *"la remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés, des garanties et des accessoires attachés à chaque créance, y compris les sûretés hypothécaires, et son opposabilité aux tiers sans qu'il soit besoin d'autre formalité*".

477 Acte Uniforme portant organisation des Sûretés (AUS).

478 De même que l'alinéa 10 du même texte dispose quant à lui que "la réalisation ou la constitution des garanties ou des sûretés consenties au bénéfice de l'organisme entraîne pour celui-ci la faculté d'acquérir la possession ou la propriété des actifs qui en sont l'objet".

479 Article 5 de l'AUS.

480 G. A. LIKILLIMBA, L'agent des sûretés en droit OHADA, RTD Com. 2012 p. 475.

481 Article 21.2 du Règlement.

Ces interrogations restent légitimes, et les réponses ne seront pas aisées du fait de l'enchevêtrement des normes. Mais la dimension contractuelle des rapports entre les différents intervenants à l'opération de titrisation devrait aider à trouver des solutions. Il faudra définir clairement les pouvoirs de chacun dans la convention liant les différents intervenants. La titrisation est un mécanisme assez complexe auquel il ne faut pas rajouter d'autres sources d'incertitudes. Celles-ci la rendraient moins attractive dans l'espace UEMOA.

CONCLUSION

L'UEMOA a mis en place un cadre juridique pour la réalisation des opérations de titrisation. Elle a choisi de cantonner la titrisation au financement du logement. Ainsi le législateur a fait le choix de son utilisation limitée à une activité déterminée. Cette prudence s'explique aisément par la complexité d'une telle opération et les risques qu'elle peut générer. En effet, sa mise en œuvre implique l'apparition de nouveaux acteurs sur le marché financier de l'UEMOA avec de nouvelles pratiques. Par conséquent, son élargissement à toutes les activités, paraît précipité. En outre, le marché financier de l'UEMOA est dans un processus de construction justifiant certaines précautions avec l'intervention du CREPMF. Néanmoins, le Règlement ouvre des perspectives pour les acteurs financiers de l'espace UEMOA. Et, l'adoption d'un Règlement sur les obligations sécurisées et la création de la caisse régionale de refinancement hypothécaire s'inscrivent dans ce sens. Cependant, la création d'un cadre juridique attractif pour la titrisation devra tenir compte des règles de l'OHADA afin de ne pas rajouter des risques inutiles à l'opération.

« LA PROBLEMATIQUE DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES TITULAIRES DE CARTES BANCAIRES DANS LE TRAITEMENT DES RECLAMATIONS DANS L'ESPACE UEMOA »

COULIBALY Mamadou Kounvolo
Doctorant en droit privé fondamental
Université Félix Houphouët-Boigny de Cocody-Abidjan/ Côte d'Ivoire
Adresse E-mail: kounvolo13@gmail.com

RESUME **:** Depuis 2006, avec la mise en place du Groupement Interbancaire de Monétique (*GIM-UEMOA)* chargé de la promotion et la gestion des cartes bancaires, l'*UEMOA* entend faire de celles-ci non seulement des moyens de paiement bancaire très fiables mais aussi et surtout un catalyseur de l'interbancarité des paiements ainsi que de la bancarisation. Dans une telle stratégie, les usagers de banques occupent une place primordiale, parce que leur adhésion est indispensable à la réussite d'un tel projet. Il en est ainsi parce que l'activité bancaire étant une activité commerciale, les usagers constituent sa clientèle, clientèle sans laquelle la banque ne saurait subsister et prospérer. Cela nécessite par conséquent que ces derniers se sentent en confiance et en sécurité lorsqu'ils ont recours à la carte bancaire comme moyen de paiement. D'où la nécessité d'une amélioration des recours amiables tels que celui de la réclamation permettant aux titulaires de cartes bancaires d'obtenir un remboursement chaque fois qu'ils sont victimes d'un paiement non autorisé par eux ou mal exécuté par la banque.

MOTS CLES **:** Titulaires - Cartes bancaires – Protection juridique – Réclamation.

« LA PROBLEMATIQUE DE LA PROTECTION JURIDIQUE DES TITULAIRES DE CARTES BANCAIRES DANS LE TRAITEMENT DES RECLAMATIONS DANS L'ESPACE UEMOA »

La promotion de la bancarisation, c'est-à-dire du recours au service bancaire par les populations est l'un des défis majeurs auquel l'*UEMOA*[482] est appelée à faire face actuellement[483]. Cela parce que le taux de bancarisation demeure très faible[484] et ne permet pas une réalisation efficace de l'épargne ayant pour finalité l'investissement. L'un des moyens visant à encourager cette bancarisation semble avoir été l'adoption en 2006 par l'*UEMOA* d'une nouvelle stratégie de promotion de la carte bancaire comme moyen de paiement[485].

En effet, comme le soutient un auteur, *«au point de contact de la civilisation du papier et celle de l'informatique, unissant le bit et le caractère typographique, la signature manuscrite et le numéro de code en un petit rectangle plastifié, la carte bancaire*[486] *est d'abord un support d'information et un instrument de communication d'une remarquable souplesse*[487]*»* à la fois pratique que juridique. Il en est ainsi du point de vue pratique *«puisqu'elle permet d'établir l'écrit le plus classique (facturette signée), de conclure un accord verbal (télécarte), comme de passer l'ordre le plus dématérialisé (téléachat)*[488]*»*. Elle est, par exemple, d'usage plus aisé que le chèque parce qu'utilisable à tout instant indépendamment aux heures d'ouverture de la banque, permettant également d'éviter les longues files d'attente devant les guichets de banque. Du point de vue juridique, le paiement par carte bancaire étant une opération électronique et donc dématérielle, il nécessite inexorablement le recours à des règles et mécanismes juridiques spécifiques tenant compte de la particularité du fonctionnement d'un tel instrument de paiement.

---

482 UEMOA, sigle signifiant ''Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)''. Il s'agit d'un espace monétaire et économique créé en 1994 en complément de l'UMOA qui était uniquement monétaire. L'UEMOA regroupe certaines anciennes colonies françaises de l'Afrique de l'ouest (Benin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Mali, Niger, Togo, Sénégal) et un pays lusophone qui est la Guinée Bissau.

483 La ''Directive n°08/2002/CM/UEMOA portant sur les mesures de promotion de la bancarisation et de l'utilisation des moyens de paiement scripturaux'' a été édictée à cet effet. Plusieurs mesures plus pratiques ont été prises en ce sens. Elles visent notamment à faciliter l'accès au compte bancaire, surtout aux personnes ayant un revenu régulier et à faciliter le recours ainsi que l'usage de nouveaux instruments de paiement plus performants, notamment la carte bancaire.

484 Le taux de bancarisation permet de déterminer le pourcentage de personnes, sur une population générale, qui ont recours au service des banques tel que le compte bancaire. Ce taux de bancarisation dans l'espace UEMOA demeure encore très faible et se trouve entre 3 et 7%. *In* : http://www.afrik.com/article24782.html/09-12-2013.

485 L'UEMOA a créé en 2006 une structure de promotion et gestion des cartes bancaires dans les Etats membres. Cette institution a été nommée le GIM-UEMOA, c'est-à-dire le groupement interbancaire de la monétique.

486 Par définition, constitue une carte bancaire toute carte qui permet de faire des retraits de fonds ou des achats. *Cf.* Article 1er du règlement n°15/2002/CM/UEMOA relatif aux instruments de paiement dans l'UEMOA.

487 Rapport du séminaire de formation des magistrats et assesseurs des tribunaux de commerce du Burkina Faso sur « le contentieux des instruments de paiement bancaire dans les relations commerciale », du 28 juin au 09 juillet 2010 ; In : http://www.ersuma.bj.refer.org

488 Rapport du séminaire de formation des magistrats et assesseurs des tribunaux de commerce du Burkina Faso sur « le contentieux des instruments de paiement bancaire dans les relations commerciale », *Idem*.

Soulignons que l'expression *''carte bancaire''* désigne généralement toute carte émise par un organisme habilité et pouvant servir à faire des retraits (carte de retrait) ou des paiements[489] immédiats (carte de paiement) ou différés (carte de crédit). La carte bancaire, du point de vue juridique, est un instrument de paiement qui vient rompre avec les vieilles habitudes tant au niveau du régime juridique applicable (une relation largement contractuelle entre les parties et subsidiairement légale)[490] que de la mise en œuvre effective du droit[491].

La carte bancaire, par le fait qu'elle permet d'effectuer des retraits en banque ou de procéder à des achats, n'est rien d'autre qu'un instrument ordinaire de paiement au même titre que le paiement comptant. Autrement dit, *«le débiteur d'une somme d'argent est libéré par le paiement de la somme prévue au moyen d'une carte[492]».* Dès lors, tout incident de paiement[493] par carte bancaire occasionne, généralement, un préjudice au détriment du titulaire[494] de ladite carte dont le compte a été débité. Cela n'arrive que quelques rares fois au détriment de la banque qui exécute un ordre de paiement manifestement irrégulier. La perte est donc parfois énorme pour la partie qui la subit, bien que cela soit fréquemment au détriment du titulaire de la carte dont le compte a été débité. Il en est ainsi puisque le paiement se fait sur la base d'un ordre de paiement qui est censé relever du titulaire de ladite carte, et qui devrait faire opposition[495] en vue de le révoquer s'il estimait que son exécution lui était préjudiciable.

---

489 P. NEAU-LEDUC, *Droit Bancaire,* 4ème édition, Paris Dalloz 2010, p.183).

490 Contrairement aux instruments classiques de paiement que sont le chèque, le billet à ordre et la lettre de change qui sont suffisamment règlementés par le droit UEMOA, la carte bancaire repose principalement sur le contrat porteur, contrat d'adhésion conclu entre le banquier émetteur et le titulaire client de la banque. *Cf. Article* 137 du Règlement n°15/2002/CM/UEMOA relatif aux instruments de paiement dans l'UEMOA qui dispose que « les relations entre l'émetteur, le titulaire de la carte ou d'un autre instrument de paiement électronique et le bénéficiaire sont régies par la convention des parties».

491 Etant un instrument virtuel de communication, la preuve des actes accomplis par carte bancaire s'analyse, par exemple, selon un régime différent à celui admis tant en matière civile qu'en matière commerciale. Si en matière civile la preuve écrite est à la charge de celui qui se prévaut d'un droit (article 1315 du code civil ivoirien), et qu'en matière commerciale cette preuve est supposée libre (article 5 de l'Acte uniforme *OHADA* portant droit commercial général), tel n'est pas le cas dans le cadre de l'usage de la carte bancaire. La preuve est toujours exigée du banquier qui la détient personnellement et a l'obligation de veiller à sa bonne conservation. Tous les contrats porteurs cartes bancaires prévoient qu'il revient à la banque d'apporter la preuve des opérations effectuées au moyen de la carte. *Cf.* article 9 du contrat carte Visa/Gim-Uemoa en vigueur en Côte d'Ivoire.

492 Article 1564 du Code civil du Québec (Canada), cité par M. CUMYN et L. LALANCETTE, «Le cadre juridique du paiement par carte de crédit et les moyens de défense du titulaire», *In:* Revue générale de droit, (2005) 35 R.G.D. 5-6, p.9.

493 Il s'agit de tout événement malencontreux qui vient entacher l'exécution d'un paiement, parce que non autorisé par le titulaire de la carte bancaire ou mal exécuté par la banque.

494 Le titulaire d'une carte bancaire est celui qui l'a obtenue de sa banque suite à la signature d'un contrat dénommé ''contrat porteur'' ou ''contrat carte bancaire''. Il s'agit d'un contrat d'adhésion et donc conclu intuitu personae.

495 Il ressort, à ce sujet, de l'article 142 du Règlement n°15/2002/CM/UEMOA relatif aux instruments de paiement que «l'ordre ou l'engagement de paiement donné au moyen d'une carte ou d'un autre instrument et procédé électronique de paiement est irrévocable. Il peut toutefois être fait opposition au paiement en cas : de perte, de vol ou d'utilisation frauduleuse de la carte ou du porte-monnaie; d'ouverture d'une procédure collective contre le bénéficiaire. L'opposition au paiement faite par simple appel téléphonique est recevable et produit les mêmes effets que l'opposition écrite. Le cas échéant, le

Il se trouve néanmoins que la découverte d'un tel préjudice n'intervient, dans la plus part des cas, qu'après l'exécution de l'ordre de paiement. Lequel ordre aurait été donné frauduleusement par un tiers ou exécuté avec erreur par le banquier. Il se pose alors la question de savoir si l'*UEMOA* dans sa stratégie de promotion des cartes bancaires qui est en cours de réalisation a pris en compte la question de la protection des titulaires de cartes bancaires contre de tels préjudices. Autrement dit, existe-t-il un mécanisme permettant de satisfaire les titulaires de cartes bancaires dans les Etats de l'*UEMOA* lorsqu'ils sont victimes de prélèvements irréguliers[496] ou frauduleux[497] sur leurs comptes? L'analyse d'une telle inquiétude s'avère importante en ce sens que les porteurs de cartes bancaires jouent un rôle primordial dans la mise en œuvre de la stratégie actuelle de promotion desdites instruments dans l'*UEMOA*. S'ils ne sont pas rassurés, s'ils ne se sentent pas en sécurité, la promotion de la carte bancaire comme instrument de paiement serait probablement un échec.

Les banquiers de l'espace *UEMOA* semblent avoir donc compris une telle nécessité, parce qu'indispensable non seulement à la réussite de la modernisation des moyens de paiement mais aussi et surtout à la réduction des contraintes et lenteurs liées aux paiements par chèque. Pour donc rassurer le client titulaire de carte bancaire, tout banquier se voit dans l'obligation de mettre en place la technique de la réclamation en vue de régler les cas d'incidents de paiement dont il en a le contrôle.

Il faut noter que la réclamation, *lato sensu* (au sens large), se définit comme étant l'action de réclamer, de revendiquer quelque chose. Du point de vue juridique, elle désigne *«l'action de réclamer pour faire respecter un droit[498]».* En d'autres termes, la réclamation est le fait d'exiger la restitution d'un bien, la prise en compte d'un droit. Telle que définie, celle-ci, en matière bancaire, s'apparente à un simple droit plutôt qu'à une action judiciaire[499]. En effet, l'action en réclamation ne se conçoit qu'en matière de droit de la

---

demandeur n'est pas tenu de communiquer le numéro de sa carte bancaire. Cependant, pour être valable, l'opposition par appel téléphonique devra être confirmée par le demandeur muni de toutes pièces justificatives dans les vingt-quatre (24) heures ouvrées qui suivent la demande d'opposition. Lorsqu'il reçoit une opposition pour perte ou vol d'une carte de paiement ou d'un porte-monnaie électronique, l'établissement émetteur est tenu d'en informer la Banque Centrale ». L'opposition est par conséquent le recours par lequel un titulaire de carte bancaire peut empêcher l'exécution de tout ordre de paiement irrégulier qui risque de lui causer un préjudice.

496 Ils sont généralement du fait de la banque qui s'est trompée. Cela est généralement dû à un manque de vigilance du banquier qui aurait, par exemple, procéder au paiement d'un chèque manifestement falsifié ou à l'exécution d'un ordre de paiement émis par le porteur d'une carte après opposition faite par le titulaire de ladite carte.

497 Il concerne l'exécution de bonne foi d'un ordre de paiement par la banque mais, en réalité, émis par un porteur de mauvaise foi. C'est l'exemple de l'utilisation de la carte bancaire par un voleur.

498 C. LABRO et autres, *Dictionnaires Hachette*, Edition 2010; p.1362.

499 De façon précise, l'action est un droit d'agir principalement en justice, ''droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu et jugé sur le fond de celle-ci, sans que cette prétention puisse être écartée comme irrecevable, le juge étant tenu de la déclarer bien ou mal fondée''. *Cf*. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème édition, Paris 2008, édition PUF, p.24). En tant que telle, l'action se diffère du droit en tant que simple prérogative pouvant être ou non reconnu en justice. L'action est un droit intangible contrairement au droit lieu qui n'est reconnu que s'il est existé et est prouvé.

filiation[500]. Il s'agit dans ce cas de l'action en réclamation d'état[501]. Une telle action intervient en matière extrapatrimoniale[502] et non patrimoniale[503]. Ce qui la rend inappropriée en matière bancaire, domaine par excellence du droit patrimonial. La *«réclamation»* en matière bancaire s'apparente plutôt à la *«revendication»* avec laquelle elle s'assimile *lato sensu*.

Dans un sens général, en effet, la revendication désigne une réclamation tendant à faire reconnaître en justice un droit contesté par un tiers. Ainsi, on peut revendiquer la propriété d'un objet mobilier perdu ou volé tout comme le droit de porter un patronyme déterminé[504]. La revendication, *stricto sensu*, porte sur l'utilisation d'une voie de droit, par opposition à la voie de fait qui se manifeste par un trouble causé sans droit[505]. Autrement dit, l'action en revendication est une action donnée au propriétaire contre celui qui détient indûment son bien et refuse de le restituer en contestant son droit[506]. Il s'agit d'un acte par lequel un sujet de droit s'adresse à une autorité (le tribunal, notamment) afin d'obtenir ce qu'il estime être son dû en vue de faire respecter son droit[507]. Concrètement, l'action en revendication se présente comme le moyen juridique par lequel une personne envisage d'obtenir la restitution d'une chose dont elle se prétend propriétaire[508]. De sorte que son exercice suppose qu'un tiers ait pris possession d'un bien dont le demandeur à l'action prétend en avoir la propriété[509]. Telle n'est pas l'hypothèse de la réclamation qui n'est qu'un droit exercé par une partie (porteur de carte bancaire) auprès de son cocontractant (la banque) afin que ce dernier prenne en compte une situation préjudiciable résultant de leur relation contractuelle.

La réclamation qui permet, par conséquent, à une personne victime d'une situation d'exiger sa réparation est, de ce fait, un droit reconnu au titulaire de carte bancaire victime de tout incident de paiement. Elle s'avère être, par ailleurs, un droit substantiel pour celui-ci, puisque participant à l'instauration d'une confiance indispensable entre la banque et son client utilisateur de la carte bancaire (I). Un tel recours se présente également comme étant un mode de règlement amiable entre la

---

500 La filiation se définit comme étant un lien de parenté unissant un enfant à son père (filiation paternelle) ou à sa mère (filiation maternelle). *V.* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème édition, Paris 2008, édition PUF, p.456.

501 Action judiciaire ayant pour objet de faire statuer sur l'état civil d'une personne à laquelle cet état aurait été contesté.

502 Est extrapatrimonial ce qui concerne les matières autres que celles qui se rapportent au patrimoine (aux biens). C'est l'exemple du droit relatif aux personnes, puisque la personne est hors du commerce et donc ne peut constituer un patrimoine. *Cf.* G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8ème édition, Paris 2008, édition *PUF*, p.440.

503 Qui se rapporte au patrimoine, aux biens. Est patrimonial ce qui a une valeur pécuniaire et peut s'évaluer en argent, donc faisant partie du commerce. C'est le cas des biens meubles et immeubles.

504 Dictionnaire de français ''Littré''; http://littre.reverso.net/dictionnaire-français/definition/03-12-2012.

505 *In* Dictionnaire de français ''Littré'', *Idem.*

506 R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 17ème édition, Dalloz 2010 ; P.23.

507 G. CORNU, Vocabulaire juridique, 8ème édition, Paris 2008, édition *PUF*, p.769.

508 S. *GABRIEL,* «La protection du droit de propriété et l'action en revendication», Article en ligne, *In* : http://www.conseil-droitcivil.com/article-droit-civil-1062-la-protection-du-droit-de-propriete-et-l-action-en-revendication.html/03-12-2012.

509 S. GABRIEL, «La protection du droit de propriété et l'action en revendication», Article en ligne, Idem.

banque émettrice de la carte bancaire et son titulaire. Parce qu'il est supposé aboutir au remboursement du retrait litigieux au grand bonheur des titulaires de cartes bancaires de l'espace *UEMOA* (II).

I- La réclamation, un droit fondamental du titulaire de carte bancaire

La réclamation est un droit reconnu à tout titulaire de carte bancaire à l'égard de l'établissement de paiement qui aura réalisé un débit considéré injustifié sur son compte. Un tel droit découle, principalement, du contrat porteur carte bancaire[510] qui lie les parties. En effet, l'une des obligations essentielles du banquier à l'égard de son client titulaire de carte est celle de recevoir ses contestations concernant les opérations effectuées sur son compte bancaire et d'en donner une suite. La technique par laquelle celui-ci formule ses contestations est appelée ''la réclamation'' dont le fondement et le domaine d'intervention méritent d'être, au préalable, analysés (A). La mise en œuvre d'une telle réclamation se fait, d'ailleurs, selon une procédure précise qui mérite également d'être appréciée (B).

A- Fondement et domaine d'application du droit de réclamation

Le droit de réclamation du titulaire de carte bancaire réponse sur un fondement juridique (1) qui détermine également son domaine d'application (2).

1. Le fondement juridique du droit de réclamation du titulaire de carte bancaire

Dans l'espace *UEMOA,* le droit de réclamation du titulaire de carte bancaire prend son fondement dans les règles contractuelles existant entre le porteur de la carte bancaire et le banquier émetteur de celle-ci. En effet, le Règlement n°*15/2002/CM/UEMOA* a prévu que les relations entre les parties à l'usage de la carte bancaire sont, principalement, régies par la convention des parties[511]. Cela suppose que tout ce qui n'est pas prévu par les textes en vigueur entre les parties à l'usage de la carte doit être discuté et consigné dans un contrat écrit. Tel est l'objet du contrat porteur, contrat entre le titulaire et le banquier émetteur de la carte bancaire[512].

Ainsi, le contrat *''carte débit Visa Electron''* qui s'applique dans les rapports entre certaines banques, notamment en Côte d'Ivoire, et leurs clients stipule que *«le titulaire de la carte (…) a la possibilité de déposer une réclamation par écrit, si possible en présentant le ticket de l'opération litigieuse (…)[513]»*. Cela signifie que toutes les fois que le

---

510 C'est le contrat d'adhésion que signe le demandeur de toute carte bancaire avant que la banque ne mette celle-ci à sa disposition.

511 Article 136 du Règlement *n°15/2002/CM/UEMOA*.

512 Il existe à cet effet un specimen de contrat standart proposé par le GIM-UEMOA aux banques de l'espace UEMOA. Elles sont censées rédiger leurs contrats porteurs en se référant à celui-ci de sorte à consacrer au profit des titulaires de cartes bancaires un régime juridique uniforme dans l'UEMOA. Mais ce rêve a été vite brisé avec la faculté reconnue aux banques d'apporter quelques modifications audit contrat. Les modifications dans le cas de la Côte d'Ivoire semblent aboutir à une réécriture du contrat par chaque banque qui ne conserve que les dispositions du ''contrat carte bancaire GIM-UEMOA'' qui lui sont favorables.

513 Article 11 alinéas 1 et 2 du contrat ''Carte débit Visa Electron Ecobank'' en vigueur en Côte d'Ivoire.

titulaire d'une carte aura été victime d'une opération dont il conteste la régularité[514], il peut effectuer une réclamation entre les mains de son banquier. Pour la réussite d'une telle action, ledit contrat prévoit aussi que les deux parties doivent convenir d'apporter les meilleurs soins à leur information réciproque sur les conditions d'exécution de l'opération[515].

Autrement dit, avant la remise de la carte bancaire à son client, les parties doivent convenir lors de la conclusion du contrat des modalités d'utilisation de celle-ci. Il en va de même des procédures à suivre en cas de contestations relatives à des opérations réalisées par le banquier sur le compte du titulaire de carte bancaire. Aussi, doivent-ils convenir des documents devant servir de preuve de l'opération litigieuse. C'est pourquoi, le contrat suscité stipule également que *«les informations ou documents, ou leur reproduction, que la banque détient et qui sont relatifs aux opérations visées dans le présent contrat doivent être conservés pendant un an par la banque[516]».*

Il en est ainsi parce que la banque est, en principe tenue *«pour responsable pour les pertes directes encourues par le titulaire de la carte dues au mauvais fonctionnement du système sur lequel elle a un contrôle direct[517]».* Elle est aussi tenue des débits injustifiés qu'elle aura effectués sur le compte de son client. Par ailleurs, cette responsabilité ne pourra être déclinée que lorsque ce dernier se sera entêté à accomplir l'opération malgré la panne de la machine à lui signalée par un message sur l'appareil ou d'une autre manière visible[518].

Le contrat Visa/*GIM-UEMOA* se contente de prévoir ce droit de réclamation reconnu au titulaire de la carte en des termes très confus. En effet, il ne prévoit pas de façon expresse le droit pour le titulaire de carte bancaire de faire réclamation, comme si cela était d'ailleurs évident. Il se contente de stipuler qu'*«en cas de réclamation du titulaire de la carte, les deux parties conviennent d'apporter les meilleurs soins à leurs informations réciproques sur les conditions d'exécution de l'opération. Il s'agit des informations ou documents ou leur reproduction détenus par ''la banque'', et qui sont relatifs aux opérations[519]».* Cette stipulation qui devrait s'enrichir des dispositions du contrat porteur *GIM-UEMOA[520]* semble ne l'avoir pas été en ce qui concerne la question du droit de réclamation[521]. L'article 13 de ce dernier contrat se veut plus précis en stipulant que *«le titulaire de la carte et /ou du compte a la possibilité de déposer une*

---

514 Il s'agit, comme susmentionné, des opérations non autorisées par lui ou mal exécutées par la banque. L'on doit par ailleurs la paternité d'une telle expression au code monétaire et financier français qui distingue les opérations de paiement non autorisées de celles mal exécutées par la banque.

515 Article 11 alinéas 1 et 2, I*dem*.

516 Article 11 du contrat carte bancaire ''Carte débit Visa Electron Ecobank'', *Op. Cit*.

517 Article 5 alinéa 2 du contrat ''carte débit Visa Electron Ecobank'', *Idem*.

518 *Idem.*

519 Article 13 du contrat carte *''Visa/GIM-UEMOA''*.

520 Il s'agit d'un contrat type proposé par le GIM-UEMOA aux banques affiliées. Ces banques en conservent les conditions générales relatives à l'accès et le fonctionnement de la carte bancaire et peuvent y apporter des modifications en ce qui concerne les dispositions particulières devant régir les relations entre elles et leurs clients.

521 Le contrat carte bancaire du GIM-UEMOA est un contrat type auquel les banques membre du GIM-UEMOA sont censées se référer en édictant les contrats à l'égard de leurs clients demandeurs de cartes bancaires.

réclamation écrite auprès de l'émetteur en présentant, sauf cas de fraude, la facture ou le ticket de l'opération litigieuse (…)».

Ce contrat type demeure, cependant, moins explicite et aussi peu favorable au titulaire de carte bancaire, parce qu'il ne prévoit nulle part que le banquier serait seul responsable des opérations contestées qui ont été réalisées de par sa faute. En d'autres termes, il laisse au banquier la possibilité de prouver qu'il n'est pas juridiquement tenu de rembourser l'intégralité du montant débité du compte du client. L'*UEMOA* pourrait, à ce niveau, s'inspirer des contrats cartes bancaires en vigueur en France.

En effet, le *''contrat VISA carte bleue''* qui est en vigueur en France se veut plus précis à ce niveau. Il stipule en son article 9.1 que *«la banque sera responsable des pertes directes encourues par le titulaire de la carte dues au mauvais fonctionnement du système sur lequel elle a un contrôle direct»*. Ledit article ajoute, pour plus de clarté, en son alinéa 3 que *«la banque sera tenue de prendre à sa charge l'éventuelle utilisation frauduleuse d'une carte expédiée par courrier et non parvenue à son destinataire, sauf si l'opération comporte le contrôle du code confidentiel».* Autrement dit, le banquier doit être tenu pour responsable et doit faire l'objet de réclamation toutes les fois que le compte du client titulaire de carte bancaire aurait été débité injustement. C'est la preuve qu'un tel contrat offre un droit de réclamation crédible aux utilisateurs de cartes victimes de retraits frauduleux sur leurs comptes bancaires[522]. Tel qu'exposé, le droit de réclamation est reconnu aux titulaires de cartes bancaires dans l'espace *UEMOA* par le biais des stipulations contractuelles contenues dans les contrats porteur cartes bancaires.

A l'analyse des contrats ci-dessus visés, on pourrait être tenté de croire que le banquier, à son tour, n'aurait de droit de réclamation contre son client titulaire de la carte. Le fait que cela ne soit pas consacré par le contrat porteur serait, certainement, dû à l'existence préalable de l'obligation de vigilance du banquier. Ce dernier, en vertu de celle-ci, ne doit procéder à aucun paiement sans vérifier l'identité de son client ainsi que la crédibilité de l'ordre de paiement et la disponibilité des fonds sur le compte du donneur d'ordre[523].

Celui-ci n'arrivera à effectuer des retraits, bien que son compte soit ou non crédité, que s'il dispose d'une carte de crédit, le débit du compte étant, en principe, différé à une date fixe (par exemple mensuelle) convenue entre le porteur et sa banque. Dans cette hypothèse, la banque qui accorde le crédit a le droit, à la date indiquée pour

---

522 C'est aussi la position du Contrat Version 10 Français qui en son article 15 intitulé ''réclamations'' stipule que « le titulaire de la carte et/ou du compte a la possibilité de déposer une réclamation auprès de l'émetteur, si possible en présentant la facture ou le ticket de l'opération litigieuse (…). Les parties conviennent d'apporter les meilleurs soins à leur information réciproque sur les conditions d'exécution de l'opération. Le cas échéant, et notamment en cas de fraude ou de suspicion de fraude commise par un tiers identifié ou non, l'émetteur peut demander un récépissé ou une copie d'un dépôt de plainte. Les informations ou documents, ou leur reproduction, que l'émetteur détient et qui sont relatifs aux opérations visées dans le présent contrat doivent être conservés pendant un an par l'émetteur. Ils seront produits 45 jours au plus après la demande du titulaire de la carte et/ou du compte. L'émetteur a l'obligation de faire diligence auprès de tout correspondant afin que celui-ci lui communique les pièces qu'il pourrait détenir et qui ont trait à l'opération contestée ».

523 Le donneur d'ordre est le titulaire de la carte bancaire qui l'introduit dans un guichet et sollicite de sa banque un paiement en sa faveur (retrait de fonds au guichet automatique) ou d'un tiers (paiement dans un supermarché ou achat sur internet).

le débit du compte du porteur, de réclamer le remboursement. Il en va de même si un paiement a été effectué par erreur entre les mains du porteur. Le juge français se veut, d'ailleurs, très ferme sur ce point. Dans une affaire portant sur le paiement d'une dette, la cour de cassation française a soutenu que *«le paiement par erreur, en extinction d'une dette légitime, excédant le montant de la dette constitue quant à l'excédent un paiement de l'indu*[524]*».* Autrement dit, conformément aux articles 1235 et 1376 des codes civils français et ivoirien, le bénéficiaire de l'excédent doit le rembourser dès que la banque le lui réclame. La réclamation, de ce fait, peut concerner différents types d'incidents intervenus au cours d'opérations que le titulaire de la carte s'évertuait d'accomplir. D'où la question du domaine d'intervention de la réclamation.

2- Le domaine d'application du droit de réclamation

Au cours d'une opération que le titulaire voulait réaliser avec sa carte bancaire, plusieurs types d'incidents de paiement peuvent survenir. En principe, les incidents techniques dont le contrôle de leur réalisation incombe directement au banquier donnent lieu généralement à réclamation à l'égard de ce dernier[525]. Cela suppose, en pratique, plusieurs types d'incidents possibles. Ainsi, le titulaire de carte bancaire peut se rendre dans un guichet automatique ou un marché pour des achats et sa carte pourrait s'avérer non opérationnelle parce qu'elle s'est démagnétisée[526]. Dans ce cas d'espèce, l'opération devient impossible à exécuter. Le titulaire ne pourra, dans un tel contexte, effectuer le retrait au guichet automatique encore moins effectuer des achats du fait que le terminal du commerçant n'arrive pas à lire la carte bancaire. Si dans le cas du retrait il n'y a aucun problème, à part le préjudice moral subi par le titulaire de la carte qui n'a pu effectuer son opération, des difficultés énormes en résultent dans le cadre de l'opération de paiement effectuée, par exemple, chez un commerçant. Le client qui s'est déjà fait servir des marchandises, se trouvera en face du commerçant avec une carte inapte au paiement, puisque démagnétisée et donc non fonctionnelle.

D'autres cas de dysfonctionnement, encore plus compliqués, peuvent aussi se présenter. Il peut, en fait, arriver qu'il y ait une anomalie dans l'opération réalisée avec la carte bancaire. Il en est ainsi lorsque l'opération demandée par l'utilisateur de la carte ne correspond pas à celle exécutée par la machine. Il arrive, en effet, que le montant demandé par le titulaire de la carte ne soit pas conforme au montant reçu. Dans ces cas, la machine lui sert généralement un montant inférieur à celui demandé, et quelques rares fois un montant supérieur à celui sollicité. La réclamation consistera, dans le premier cas, à revendiquer la différence auprès du banquier. Dans le second cas, il revient au banquier, en principe, d'exiger du porteur le reversement du supplément reçu. Mais, lorsque cette dernière situation se présente, le banquier débite à son profit le compte du client. La copie du solde du compte qui lui est parfois expédiée par voie postale ou qui lui est remise chaque fois qu'il le demande lui permettra de constater que le remboursement a déjà été effectué.

---

524 Cass. Req., 17 juillet 1939 : *DH 1940*, 15. Voir A. LUCAS, *Code civil*, 23ème édition, Litec 2004, 794.

525 Cela n'exclut pas pour autant que le titulaire de la carte bancaire puisse faire une réclamation pour tout autre motif, pourvu qu'il soit légitime.

526 La démagnétisation indique le fait que la carte a perdu son champ magnétique et n'est plus en mesure d'être lu par un *DAB/GAB*.

Il peut aussi intervenir une inexactitude entre l'opération demandée, l'opération réalisée et le ticket reçu. Le titulaire de la carte bancaire peut demander un montant donné, la carte lui sert un montant différent et lui remet un ticket de reçu dont le montant qui y figure ne correspond ni à l'opération demandée, ni à celle exécutée par la machine. C'est l'exemple avec la double facturation qui suppose que le titulaire a réalisé un seul retrait alors que le guichet automatique lui a remis un ticket de reçu faisant état de ce qu'il aurait retiré le double. Parfois, au lieu de la double facturation, le montant simplement reçu ne correspond pas au montant figurant sur le ticket de reçu. C'est le cas s'il retire 100.000 F *CFA* et qu'il figure sur le ticket de reçu qu'il a retiré un montant inférieur ou supérieur à 100.000 F *CFA*.

Enfin, il y a des cas où la machine bloque la carte sans que le titulaire, apparemment, ait commis de faute. Une telle situation, lorsqu'elle intervient, empêche celui-ci de réaliser son opération et lui cause ainsi un préjudice énorme. Dans tous ces cas précités, le titulaire de la carte a le droit de formuler une réclamation en vue d'obtenir le remboursement, s'il a été victime d'un prélèvement injustifié sur son compte.

En somme, le domaine du droit de réclamation s'étend à toute opération réalisée par la banque sur le compte du titulaire de carte bancaire et que ce dernier entend contester. Un tel domaine ne peut donc faire l'objet d'une énumération exhaustive. Comme le prévoit si bien le législateur français, le droit de réclamation concerne à la fois les opérations non autorisées et les opérations mal exécutées[527]. Les opérations non autorisées sont celles réalisées, en général, sur la base d'un ordre de paiement émis par un tiers ayant obtenu la carte bancaire à la suite d'un vol ou d'une perte de celle-ci ou encore en cas d'utilisation frauduleuse de la carte ou de ses données. Le titulaire ayant fait opposition, tout paiement effectué après son opposition est considéré non autorisé et donne, par conséquent, lieu à réclamation du montant débité. Quant aux opérations mal exécutées, comme ci-dessus expliqué, il s'agit de celles autorisées par le titulaire de la carte bancaire mais qui dans leur exécution ne sont pas conformes à l'ordre émis par ce dernier. Dans l'un ou l'autre cas, le titulaire de carte bancaire est fondé à formuler une réclamation qui se fait, d'ailleurs, selon une procédure préétablie.

B- La procédure de réclamation du titulaire de carte bancaire

L'exercice du droit de réclamation par le titulaire de carte bancaire repose sur une procédure qui suppose non seulement le respect d'un délai (1) mais aussi et surtout le respect d'un mode de saisine de la banque (2).

1- Le problème du délai de réclamation

Le droit de réclamation dont dispose le titulaire de carte bancaire est cantonné dans un délai de forclusion, en général, très court et variable d'une banque à une autre dans l'espace *UEMOA*. Il en est ainsi puisse que le Règlement n°*15/2002/CM/UEMOA* a laissé aux banques l'opportunité de régler de telles situations en accord avec leurs

---

527 Comme sus-indiqué, ces expressions sont consacrées par le législateur français dans le code monétaire et financier pour la classification des différentes opérations susceptibles de faire l'objet de contestation et d'engager la responsabilité des parties. *Cf.* articles L.133-18 à L.133-24 du Code monétaire et financier français.

clients à travers le contrat porteur carte bancaire. Ce contrat étant une convention d'adhésion, il va sans dire que les délais qui y figurent ont été imposés subtilement au titulaire de carte par sa banque. Le contrat porteur *GIM-UEMOA* a tenté de combler ce vide en stipulant un délai de réclamation. Il stipule, à cet effet, en son article 13 que *«le titulaire de la carte (…) a la possibilité de déposer une réclamation écrite auprès de l'émetteur (…), et cela dans un délai maximum de 60 jours, à compter de la date d'émission du relevé».* Ce contrat type cantonne ainsi la réclamation dans un délai de 60 jours. Les banquiers, dans la mise en œuvre de ce contrat type, prévoient parfois des délais plus longs. Ainsi, le contrat *Visa/GIM-UEMOA,* qui est en vigueur dans certaines banques en Côte d'Ivoire, prévoit qu'aucune réclamation du titulaire de la carte n'est recevable au-delà de 70 jours après la date de réalisation de l'opération litigieuse[528]. Cette stipulation est quasiment conforme aux dispositions du contrat porteur *GIM-UEMOA.* Un tel délai, bien que supérieur à celui prévu par le contrat type, semble encore préjudiciable au titulaire de carte bancaire.

Certains contrats propres à des banques de l'*UEMOA* contiennent, en effet, un délai plus raisonnable au profit du titulaire de carte bancaire. Ainsi, le contrat ''carte débit Visa Electron'' qui s'applique dans les rapports entre certaines banques ivoiriennes et leurs clients stipule que *«le titulaire de la carte (…) a la possibilité de déposer une réclamation par écrit (…) dans un délai de 120 jours au maximum, à compter de la date de l'opération contestée[529]».* Autrement dit, toutes les fois que le titulaire de la carte aura été victime d'une opération dont il conteste la régularité, il peut effectuer une réclamation entre les mains de son banquier. Il doit, cependant, agir dans un délai de 120 jours au maximum à compter du jour où a été réalisée ou constatée l'opération litigieuse.

Aussi, doivent-ils convenir des documents devant servir de preuve de l'opération litigieuse. C'est pourquoi, le contrat suscité stipule que *«les informations ou documents, ou leur reproduction, que la banque détient et qui sont relatifs aux opérations visées (…) doivent être conservés pendant un an par la banque. Ils seront produits 45 jours au plus après la demande du titulaire de la carte (…)[530]».* Ce contrat paraît, cependant, peu protecteur en ce qui concerne le délai de conservation des documents par la banque. Il considère que la banque n'est plus en mesure de produire ces documents après l'écoulement du délai d'un an. De sorte que le client de la banque ne pourra exiger de celle-ci des documents de l'année précédente en vue de mieux apprécier certaines opérations antérieurement réalisées avec sa carte bancaire.

Le législateur *UEMOA*, sur ce point, ne semble pas s'éloigner de la position de celui de la France. En effet, le contrat *VISA* carte bleue qui est en vigueur en France stipule en son article 9 que *«le titulaire de la carte (…) a la possibilité de déposer une réclamation auprès de l'émetteur, (…) et cela dans un délai de 70 jours, à compter de la date de l'opération contestée. (…). Les informations ou documents, ou leur reproduction, que l'émetteur détient et qui sont relatifs aux opérations visées dans le présent contrat doivent être conservés pendant un an par l'émetteur. Ils seront produits 45 jours au plus*

---

528 Article 13 du contrat carte ''*Visa/GIM-UEMOA''*.

529 Article 11 alinéas 1 et 2 du contrat ''Carte débit Visa Electron Ecobank''.

530 Article 11 du contrat carte bancaire ''Carte débit Visa Electron Ecobank''.

après la demande du titulaire de la carte (…)[531]*».* L'espace *CEMAC*[532] ne fait exception à cette règle. L'article 174 du Règlement de la *CEMAC* prévoit que le titulaire de la carte bancaire dispose de *«60 jours calendaires après la date de l'opération contestée*[533]*»* pour formuler sa réclamation*.* Aucune de ces dispositions, à notre avis, n'est satisfaisante pour le titulaire de carte bancaire.

Le code de conduite destiné à l'industrie canadienne des cartes de crédit et de débit semble, par conséquent, plus adéquat pour une protection effective et efficace du titulaire de carte bancaire. Il dispose, en son article 6, que les banques doivent établir *«une marche à suivre précise pour régler, dans un délai raisonnable, les problèmes liés à une opération effectuée au moyen d'une carte*[534]*».* En effet, les délais prévus pour formuler une réclamation en cas d'incident de paiement dans l'*UEMOA*, dans la *CEMAC* et par les contrats carte bancaire précités qui sont en vigueur en France nous semblent très limités. Ce qui suppose que le titulaire de carte bancaire a intérêt à agir avec diligence. Ce qui suppose également qu'en cas d'empêchement, pour cause de voyage ou de maladie ou encore de défaut d'informations de la part de sa banque par exemple, allant au-delà d'un délai si bref pour formuler sa réclamation, le titulaire serait frappé de forclusion. La notion de *''délai raisonnable''* serait plus protecteur pour ce dernier qui, par exemple, dans l'espace *UEMOA* n'a pas toujours l'information à temps opportun. De sorte qu'il pourrait être informé de l'opération litigieuse qu'après l'écoulement d'un temps relativement plus long que le délai imparti pour formuler la réclamation.

L'expression *«délai raisonnable»* utilisée par le législateur canadien apparaît par conséquent plus protectrice du titulaire de carte bancaire. Il en est ainsi parce que le caractère raisonnable du délai s'appréciera certainement en considération des réalités auxquelles le demandeur en réclamation aurait été confronté. Le législateur français semble récemment avoir compris une telle nécessité. En effet, l'Ordonnance française n°2009-866 du 15 juillet 2009[535] qui a apporté quelques améliorations à son code monétaire et financier s'est montrée plus favorable au titulaire de carte bancaire à ce sujet. Ainsi, l'article L.133-24 du code monétaire et financier français dispose que *«l'utilisateur de services de paiement signale, sans tarder, à son prestataire de services de paiement une opération de paiement non autorisée ou mal exécutée et au plus tard dans les treize mois suivant la date de débit sous peine de forclusion à moins que le prestataire de services de paiement ne lui ait pas fourni ou n'ait pas mis à sa disposition les informations relatives à cette opération de paiement».* Le délai de treize mois semble plus raisonnable. La prise en compte de la période de mise à dispositions des informations par la banque au profit du titulaire de carte bancaire est également une avancée notable.

---

531 Article 9 du contrat Visa carte bleue français, *op. cit.*

532 La CEMAC signifie Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale. Elle est l'équivalent de l'UEMOA pour certains pays francophones de l'Afrique centrale ayant une monnaie commune (le franc cfa) et une banque centrale commune (Banque des Etats de l'Afrique Centrale ou BEAC).

533 Article 174 alinéa 2 du Règlement n°*02/03/CEMAC/UMAC/CM* relatif aux systèmes, moyens et incidents de paiement.

534 Rapport : Commentaires d'Option consommateurs sur le Code de conduite destiné à l'industrie canadienne des cartes de crédit et de débit, Option consommateurs, 18 janvier 2010, p. 26.

535 Ordonnance française N°2009-866 du 15 juillet 2009 relative aux conditions régissant la fourniture de services de paiement et portant création des établissements de paiement ; *In* : Code de commerce, partie portant Code monétaire et financier, Dalloz 2012, 107ème édition, p.2610.

Dans le souci d'une protection adéquat du titulaire de carte bancaire, le législateur *UEMOA* a donc intérêt à intervenir pour une bonne règlementation du délai de réclamation. Il doit non seulement harmoniser le délai de réclamation, mais aussi et surtout le rendre raisonnable en suivant soit l'exemple français qui paraît plus explicite, soit l'exemple canadien donnant l'opportunité au juge d'apprécier le caractère raisonnable du délai de réclamation en cas de litige entre les parties. Ce qui n'exclut pas que le mode de saisine de la banque en réclamation soit aussi apprécié.

2 - Le mode de saisine de la banque en réclamation

Il est de principe que le titulaire de carte bancaire a le droit de s'adresser à la banque pour toute situation qui porte ou est susceptible de porter atteinte à ses intérêts. Ainsi, relativement à tout problème qui se pose au cours d'une opération effectuée au moyen d'une carte bancaire, le titulaire doit essayer d'abord de le régler avec l'émetteur de la carte[536]. Par conséquent, dans l'éventualité d'un problème découlant de l'utilisation d'un terminal de paiement (guichet automatique), le titulaire peut également communiquer avec la partie acceptant la carte, qui repère la source du problème et conseille le titulaire sur la partie à joindre afin de résoudre le problème[537]. Il en va de même dans l'éventualité d'un problème découlant d'une marchandise ou d'un service au détail dont le paiement a été acquitté au moyen d'une carte bancaire, le titulaire résout le problème avec le détaillant concerné. Il en est ainsi parce que les émetteurs de carte ont l'obligation d'établir un cadre d'échange favorable à la résolution, dans un délai raisonnable, des incidents nés d'une opération effectuée au moyen d'une carte[538]. Mais cela ne sera possible que si celui-ci saisit l'organe compétent par un moyen adéquat.

En effet, la réclamation, selon les contrats carte bancaire en vigueur en France comme dans l'*UEMOA* et ci-dessus cité, doit être faite par écrit. Le contrat porteur *GIM-UEMOA* se veut, d'ailleurs, très formel en son article 13 précité. Celui-ci stipule que *«le titulaire de la carte (…) a la possibilité de déposer une réclamation écrite auprès de l'émetteur (…)».* D'autres contrats suscités prévoient que le titulaire de la carte bancaire peut *«déposer une réclamation»,* sans pour autant préciser qu'elle doit être écrite. Il est cependant évident que la réclamation ne peut être valablement formulée que par écrit. De sorte que soit le titulaire de la carte adressera un courrier avec accusé de réception à sa banque pour réclamer le montant dont le débit est contesté, soit remplir un formulaire de réclamation préétabli par certaines banques.

L'exigence d'un tel écrit ne constitue pas en soi un manquement à la protection du titulaire de la carte bancaire. Elle permet plutôt d'établir la preuve de la mise en œuvre du droit de réclamation. Le titulaire de carte bancaire pourrait ainsi invoquer l'existence de cet écrit comme preuve de sa réclamation adressée à sa banque. Cet écrit pourrait aussi servir de preuve pour la banque qui tient à justifier que la réclamation est frappée de forclusion, parce que formulée après l'expiration du délai imparti.

---

536 Article 6.1 du Code de conduite destiné à l'industrie canadienne des cartes de crédit et de débit, commentaires d'Option consommateurs, 18 janvier 2010,op. cit.; p.26.

537 Article 6.2 du Code de conduite précité, p.26.

538 *Idem,* p.26.

Ensuite, la demande de réclamation doit être accompagnée de certains documents dont le nombre et la qualité reste à l'appréciation souveraine des banques. Ni les contrats porteurs, ni la législation de l'*UEMOA* n'ont identifié les documents concernés. Il en va de même des législations de la *CEMAC*, de la France et du Canada. Cela ne constitue pas en soi un danger pour le titulaire de carte bancaire. S'il en est ainsi, cela serait certainement justifier par le fait que les documents utiles à la justification de la réclamation puissent varier selon le type d'opération contestée. De sorte qu'on ne peut préétablir une liste de documents à fournir pour la réalisation des réclamations. Un autre avantage résiderait dans la faculté que cette absence d'énumération laisse aux parties de substituer certains documents à d'autres que le titulaire de la carte ne détient pas ou ne détient plus au moment de la réclamation.

Enfin, en ce qui concerne la réception de la réclamation, elle est faite par les services de la banque. L'organe compétent pour recevoir la réclamation est, généralement, ''le chargé de clientèle'' ou le gestionnaire du compte du client auteur de la réclamation. Ce dernier a pour fonction de recevoir le client, de l'écouter et de le conseiller tout comme de recevoir ses plaintes et de l'aider à les résoudre selon le règlement mis en place par la banque. Pour toute réclamation dont il n'a pas la possibilité d'apporter une réponse satisfaisante au porteur de la carte, celui-ci est tenu de saisir le directeur de l'agence qui gère le compte du client. Le client titulaire de carte bancaire est censé compter sur la bonne foi du chargé de clientèle, le cas échéant, du directeur de l'agence pour la résolution de sa contestation, c'est-à-dire, pour obtenir le remboursement du montant réclamé, bien que cela ne soit pas toujours évident.

II- Le remboursement, une obligation résiduelle au détriment du titulaire de carte

La réclamation, lorsqu'elle aboutit, permet au titulaire de carte bancaire qui l'a formulée d'obtenir le remboursement du montant qui avait été prélevé de son compte. Elle entraîne, par conséquent, lorsqu'elle est justifiée, une obligation faite au banquier de rembourser le titulaire de la carte bancaire dont le compte a été débité (A). Mais cette procédure mérite d'être renforcée en prenant en compte l'intérêt du titulaire de ladite carte (B).

A- L'obligation de remboursement du banquier, une obligation limitée

Les contrats porteurs cartes bancaires contiennent impérativement une clause consacrée à l'obligation faite au banquier de ***''rembourser''*** le titulaire de la carte qui formule une réclamation pertinente. L'expression consacrée par lesdits contrats est celle du ***''remboursement''***. Le remboursement désigne, de ce fait, l'action de rembourser[539]. Rembourser, dans ce cas, signifie le fait de rendre à une personne l'argent qu'elle a déboursé ou avancé[540]. C'est l'exemple du remboursement d'emprunt[541]. Du point de vue juridique, le remboursement s'assimile à la répétition des sommes perçues. Le droit au remboursement est, cependant, réglementé de façon ambigüe par la législation *UEMOA* (1) alors qu'il l'est clairement dans des législations voisines, desquelles celle de l'*UEMOA* devrait s'inspirer (2).

---

539 Cécile LABRO et autres, *Dictionnaires Hachette*, Edition 2010 ; p.1374.
540 Idem ; p.1374.
541 Ibidem, p.1374.

1- L'ambigüité du droit au remboursement du titulaire de carte dans l'UEMOA

Le Règlement n°15 de l'*UEMOA* est resté évasif quant à la question du remboursement du titulaire par sa banque en cas de réclamation. Sans prévoir de façon expresse l'hypothèse d'un quelconque remboursement, le Règlement n°15 de l'*UEMOA* se contente de disposer en son article 135 que le banquier destinataire de l'ordre de paiement est tenu de son exécution conformément aux instructions contenues dans le message de données. Aucune autre disposition dudit Règlement ne prévoit qu'en cas de mauvaise exécution de l'ordre de paiement ou d'exécution d'un ordre non autorisé par le titulaire de carte bancaire, ce dernier pouvait obtenir un remboursement. Une telle faculté semble laisser au contrat porteur, et ce conformément à l'article 136 précité du Règlement n°15 de l'*UEMOA*[542].

Dans le cadre de l'utilisation de la carte bancaire, les contrats porteurs sont unanimes qu'*«en cas de réclamation justifiée, la situation sera rectifiée*[543]*».* En d'autres termes, si le titulaire de la carte bancaire qui conteste une opération présente une demande régulière et bien fondée, il obtiendra le remboursement du montant irrégulièrement débité de son compte. La demande bien fondée serait celle qui établit qu'il a subi un préjudice. Dans ces circonstances, le titulaire de la carte n'aurait pas besoin de créer une preuve particulière, car la charge de la preuve incombe en la matière au banquier professionnel[544]. Une telle preuve peut être faite par la présentation, par exemple, du ticket à lui délivré ou le relevé de compte à lui transmis mensuellement par sa banque. Dans la forme, le délai de réclamation qui varie d'une banque à une autre doit avoir été respecté ainsi que la forme écrite de la demande.

Le montant des sommes à rembourser est d'ailleurs fixé par les contrats en vigueur. Ainsi selon certains contrats de l'espace *UEMOA*, la responsabilité de la banque *«pour l'exécution erronée de l'opération sera limitée au montant principal débité du compte du titulaire (…) de la carte ainsi qu'aux intérêts sur ce montant au taux légal*[545]*».* La banque ne pourra d'ailleurs être exonérée d'une telle responsabilité que si *«le titulaire de la carte aura contribué à la faute de quelque manière que ce soit*[546]*».*

Cependant, le contenu des contrats porteur cartes bancaires étant variables, il va sans dire qu'en l'absence d'une prévision du Règlement n°15, le titulaire de carte ne bénéficie pas d'un droit de remboursement uniforme et légal. D'où l'absence d'une règlementation crédible de son droit au remboursement.

---

542 Article 136 précité du Règlement n°15 : «les relations entre l'émetteur, le titulaire de la carte ou d'un autre instrument de paiement électronique et le bénéficiaire sont régies par la convention des parties».

543 Article 11 alinéa dernier du contrat ''carte débit Visa Electron Ecobank''.

544 Cette assertion a été analysée ci-dessus dans l'introduction.

545 Article 5 alinéa 2 du contrat ''carte débit Visa Electron Ecobank. Telle est aussi la position du contrat VISA carte bleue français qui stipule en son article 9 alinéa 2 que « la responsabilité de la banque pour l'exécution erronée de l'opération sera limitée au montant principal débité au compte du titulaire de la carte ainsi qu'aux intérêts sur le montant au taux légal. La responsabilité de la banque sera réduite lorsque le titulaire aura contribué à la faute ».

546 *Idem.*

2- L'absence d'une réglementation crédible du remboursement dans l'UEMOA

Contrairement à l'*UEMOA*, le système français de remboursement du titulaire de carte bancaire semble très précis. En effet, concernant les modalités de remboursement, le contrat version 10 français[547] prévoit un dispositif plus exhaustif et avantageux pour les titulaires de cartes de paiement. Ainsi, *«le titulaire du compte (et de la carte) est remboursé du montant des débits contestés de bonne foi par le titulaire de la carte dans les cas de perte et/ou vol de sa carte pour les opérations survenues avant opposition[548]».* Ensuite, le titulaire est remboursé du montant de tous les débits réalisés après son opposition et qu'il aura contestés de bonne foi. A cela s'ajoute la totalité des frais bancaires supportés, le cas échéant, par le titulaire du compte et de la carte bancaire. Il en est ainsi lorsque le titulaire de la carte était en possession de celle-ci à la date de l'opération contestée. Il en est de même lorsque sa carte a été contrefaite ou encore lorsqu'un paiement a été effectué frauduleusement à distance sans utilisation physique de cette dernière. Mais dans ce dernier cas, le remboursement intervient dans les meilleurs délais et au plus tard dans le délai d'un mois à partir de la réception de la réclamation écrite du titulaire de la carte[549].

Cette position du contrat version 10 correspond aux dispositions du code monétaire et financier français. L'article L.133-25 dudit code prévoit toutes les hypothèses dans lesquelles le remboursement du titulaire de carte bancaire doit se faire avec diligence[550]. Telle est aussi la position du législateur *CEMAC*. L'article 174 du Règlement de la *CEMAC*[551] dispose que *«si le titulaire de la carte conteste par écrit avoir effectué un paiement ou un retrait, les sommes contestées lui sont recréditées sur son compte par l'émetteur de la carte ou restituées sans frais au plus tard dans un délai de 45 jours calendaires à compter de la réception de la contestation».*

L'obligation pour le banquier de rembourser en cas de contestation, c'est-à-dire de réclamation est donc évidente dans une telle législation. Le législateur canadien aborde dans le même sens à travers le code de conduite destiné à l'industrie canadienne des cartes de crédit et de débit. Telle est sa position dans l'article 6.4 lorsqu'il soutient que la banque est tenue de mettre en place une marche à suivre précise pour le règlement des problèmes liés aux opérations effectuées par le biais d'une carte bancaire. Ledit article prévoit également que la banque devra répondre à la contestation du client avec diligence. Le droit du client titulaire de carte bancaire d'être remboursé est donc largement et suffisamment réglementé au Canada, en France et dans l'espace *CEMAC*. Tel n'est pas le cas, comme susmentionné, dans l'*UEMOA*. Le législateur *UEMOA* devra, par conséquent, suivre leur exemple s'il voudrait accorder un minimum de sécurité aux titulaires de cartes bancaires dans cet espace monétaire.

En somme, le remboursement se présente comme étant l'aboutissement d'un recours amiable permettant au banquier et le titulaire de carte bancaire de résoudre les

---

547 Contrat porteur ''CB'' Version 10 en vigueur depuis le 1er octobre 2008 en France.

548 Article 16 du Contrat Version 10 Français. L'opposition est un recours permettant au titulaire d'une carte bancaire d'obtenir la non-exécution de tout ordre de paiement émis par un tiers suite au vol, à la perte ou l'usage frauduleux de la carte ou de ses données.

549 Article 16, précité.

550 Ledit article fera l'objet d'analyses plus approfondies ci-dessous.

551 Règlement n°02/03/CEMAC relatif aux moyens et incidents de paiement dans la CEMAC.

cas d'incompréhension relativement aux opérations contestées. Cela se présente comme une garantie crédible pour l'effectivité des paiements par cartes bancaires. Car si l'ordre de paiement est de nature irrévocable[552], celui qui dispose d'un motif légitime justifiant sa remise en cause doit pouvoir le contester tout en étant en mesure de procéder à une réclamation ayant pour objet le remboursement du montant contesté. La réclamation qui, d'ailleurs, donne lieu à remboursement est celle qui traduit la bonne foi des parties. C'est ce qui justifie, à notre sens, la nécessité de la mise en place dans l'espace *UEMOA*, et ce l'image des espaces monétaires suscités, d'une procédure renforcée de remboursement.

B- Un renforcement nécessaire de la procédure de remboursement

Le renforcement de la procédure de remboursement dans l'*UEMOA*, à notre sens, doit conduire à la mise en place d'une procédure transparente de remboursement connue du titulaire de la carte bancaire dès son acquisition (1). Ce renforcement nécessite aussi la mise en place de garanties suffisantes de remboursement du montant réclamé par le titulaire de la carte (2).

1- La nécessité d'une procédure transparente de remboursement

En matière de paiement électronique, il est fréquemment prévu des cas où la banque soit tenu de rembourser des sommes débitées à tort sur le compte du titulaire de la carte bancaire. Cette éventualité figure, généralement, dans les dispositions des contrats porteurs cartes bancaires. Le contrat *CB* Français de la carte bleue le prévoit en son article 15 qui stipule que *«le titulaire de la carte (…) a la possibilité de déposer une réclamation, si possible en présentant la facture ou le ticket de l'opération litigieuse, et cela dans un délai de 30 jours après la date du relevé sur lequel figure l'opération contestée».* L'alinéa dernier dudit article précise également qu'*«en cas de réclamation justifiée, la situation du compte sera restaurée»*. Une telle disposition est aussi prévue par le Contrat porteur *''CB''* Version 10 français en son article 16 précité[553].

Le Règlement n°*15/202/CM/UEMOA* n'a rien prévu en ce sens. Comme sus-indiqué, aucun texte spécifique ne résout, dans l'espace *UEMOA*, la question des remboursements en cas de paiement fautif par le biais d'une carte bancaire. Le contrat

---

552 Il est de principe qu'un ordre de paiement émis par carte bancaire est irrévocable. De sorte que le titulaire de la carte bancaire qui a demandé à sa banque de débiter son compte ne devrait plus attendre le contraire de celle-ci. Cependant, il est permis de faire opposition c'est-à-dire de demander à la banque de ne pas exécuter un ordre de paiement si celui-ci émane d'un tiers suite à la perte ou au vol de la carte bancaire. Il en va de même en cas d'usage frauduleux de celle-ci ou de ses données.

553 Ce contrat type appliqué en France propose des règles de remboursement en stipulant que «le titulaire du compte (et de la carte) est remboursé ; du montant des débits contestés de bonne foi par le titulaire de la carte dans le cas de perte et/ou vol de sa carte pour des opérations survenues avant opposition conformément à l'article 11.2; du montant de tous les débits contestés de bonne foi par le titulaire de la carte, y compris de la totalité des frais bancaires supportés le cas échéant par le titulaire du compte et de la carte, dans le cas où le titulaire de la carte était en possession de sa carte à la date de l'opération contestée et où celle-ci a été contrefaite ou un paiement a été effectué frauduleusement à distance sans utilisation physique de sa carte. Dans ce dernier cas, le remboursement intervient dans les meilleurs délais et au plus tard dans le délai d'un mois à partir de la réception de la réclamation écrite du titulaire de la carte et du compte».

porteur du *GIM-UEMOA* qui devait résoudre, au même titre que le système français, ce handicap, paraît d'ailleurs très équivoque à ce niveau[554]. En effet, l'article 13 précité du contrat Visa *GIM-UEMOA* stipule qu'*«en cas de réclamation du titulaire de la carte, les deux parties conviennent d'apporter les meilleurs soins à leurs informations réciproques sur les conditions d'exécution de l'opération. Les informations ou documents ou leur reproduction que la banque détient et qui sont relatifs aux opérations visées dans le présent contrat seront conservés pendant cinq (5) ans par la banque. Aucune réclamation du titulaire de la carte n'est recevable au-delà de 70 jours après la date de réalisation de l'opération litigieuse».*

Il en va de même du Contrat carte débit Visa Electron en vigueur dans les Etats de l'*UEMOA,* notamment en Côte d'Ivoire*.* Celui-ci, en son article 11, stipule que *«le titulaire de la carte (…) a la possibilité de déposer une réclamation par écrit, si possible en présentant le ticket de l'opération litigieuse, et cela dans un délai de 120 jours au maximum, à compter de la date de l'opération contestée. Les deux parties conviennent d'apporter les meilleurs soins à leur information réciproque sur les conditions d'exécution de l'opération (…). En cas de réclamation justifiée, la situation sera rectifiée».*

Les dispositions du contrat type *GIM-UEMOA* ainsi exposées, paraissent autant confuses que celles du contrat Visa Electron précité, et ce, à plusieurs niveaux. D'abord, le texte ne prévoit pas de façon exhaustive les cas dans lesquels le titulaire pourrait faire des réclamations. Ce qui laisse supposer qu'il pourrait le faire pour tout type de perte subie. Ce qui n'est, d'ailleurs, pas évident dans la mesure où les articles 8 et 9 dudit contrat font peser sur le titulaire presque tous les cas de responsabilité, excepté les cas de mauvais fonctionnement du système qui est sous le contrôle direct du banquier et les cas de mauvaise exécution de l'opération par ce dernier[555]. Le contrat Visa *GIM-UEMOA* qui est en vigueur en Côte d'Ivoire ne laisse, quant à lui, nulle part, apparaître la moindre responsabilité à la charge de la banque émettrice de la carte bancaire.

Ensuite, ces deux contrats qui sont d'application dans l'*UEMOA* ne donnent aucune précision sur la procédure de réclamation que doit suivre le titulaire de la carte ou du compte illégalement débité. Autrement dit, la banque reste maîtresse tant de la recevabilité que du traitement du remboursement. Cela se justifie et se confirme par le fait que s'il y a un délai pour formuler la réclamation[556], en revanche, la banque dispose

---

554 S'il y a un manque de clarté relativement à la situation du titulaire de la carte bancaire en ce qui concerne le remboursement de la perte qu'il a subie, tel n'est pas le cas du banquier. En effet, lorsqu'il est victime d'un paiement préjudiciable à ses intérêts, le banquier procède automatiquement au prélèvement d'office à la base. Ainsi, « si le banquier paye sur un ordre de paiement donné par le titulaire d'une carte de crédit alors que le titulaire n'avait pas de fonds, le banquier peut en retour prélever le montant de la garantie avancée. Mais il ne peut le faire que sur le compte en question. Pour ce faire, il faut que le compte soit réapprovisionné entre temps. En outre, il doit aussi se réserver la preuve de l'origine des fonds avancés en garanties pour ménager son recours contre le tireur. Le prélèvement est limité au montant de la somme avancée en garantie, majoré des intérêts nés du crédit ainsi consenti ». (*V.* CABRILLAC : D. 1975, Chron. 51, No 33 adde *DERRIPA* : D.1976, Chron. 203, No. 68 ; cité par A. Maîga, «Etude comparative du régime juridique du chèque entre le code de commerce du Mali et la loi sur les instruments de paiement dans l'*UEMOA»; In:* memoireonline.fr).

555 Article 5 du Contrat Carte Visa Electron en vigueur dans certaines Banques de l'espace UEMOA.

556 Le Contrat porteur Visa Electron prévoit 120 jours au maximum et le Contrat Visa *GIM-UEMOA* prévoit un délai de 70 jours au maximum.

de tout le temps pour y répondre et d'une absolue faculté d'y donner suite. Et en cas de réponse négative de la part celle-ci, rien ne prévoit la suite logique à donner à cette décision unilatérale qui va à l'encontre des intérêts du client titulaire de carte bancaire. Ce dernier, si le montant débité n'est pas exorbitant, risquerait de renoncer à initier toute procédure judiciaire quelconque contre sa banque, endossant ainsi à ses dépens la perte que l'opération illégale lui cause[557].

Enfin, l'alinéa dernier de l'article 11 du contrat porteur Visa Electron stipule qu'*«en cas de réclamation justifiée, la situation sera rectifiée».* Une telle disposition manque de clarté et de précision également puisqu'elle ne précise pas non seulement comment la réclamation doit être justifiée. Mais aussi et surtout de façon objective, elle n'affirme pas que la banque, en cas de réclamation dite justifiée, procédera au remboursement des sommes débitées du compte du titulaire de la carte bancaire. Il apparait donc que la banque demeure, même en cas de réclamation justifiée, maîtresse du jeu et le titulaire de la carte bancaire, la victime présumée.

L'*UEMOA* gagnerait, par conséquent, à s'inspirer des contrats porteur cartes bancaires français, notamment le contrat Version 10 en prenant en compte les mesures de sécurité prévues par la Loi n°91-1382 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement ainsi que la Loi n°2001-1062 sur la sécurité quotidienne *(LSQ)*[558]. Cette position a, d'ailleurs, été confirmée et renforcée par l'ordonnance française du 15 juillet 2009. Celle-ci, en son article L.133-25-III dispose, à cet effet, que *«le payeur présente sa demande de remboursement avant l'expiration d'une période de huit semaines à compter de la date à laquelle les fonds ont été débités. Dans un délai de dix jours ouvrables suivant la réception de la demande de remboursement, le prestataire de services de paiement soit rembourse le montant total de l'opération de paiement, soit justifié son refus de rembourser, en indiquant la possibilité de recourir à la procédure de médiation mentionnée à l'article L. 315-1».* Ce qui permet de mettre de telles pertes à la charge de la banque, qui dispose d'assez de moyens financiers et même de garanties spécifiques en la

---

557 En France, la victime des retraits frauduleux doit d'abord porter plainte. Ensuite, elle saisit le banquier pour réclamer le remboursement du montant débité de son compte. La plainte s'avère être une condition préalable à toute procédure de réclamation. (Cf. Rapport de la Direction française des Etudes de l'*UFC*, février 2012, p.23 et suivants). Ce qui demeure, de façon pratique, déplorable en France, c'est de constater que malgré l'existence de textes en ce sens, les banquiers mettent un temps relativement long pour procéder au remboursement des victimes. En principe, dès la découverte de la fraude par le client usager de la carte, celui-ci doit immédiatement faire opposition et le banquier doit, selon la loi française, procéder immédiatement au remboursement du retrait frauduleux réalisé à distance sans utilisation de la carte par le délinquant. (Article L.133-17 0 l.133.19 du code monétaire et financier). Mais en pratique, dès la découverte de la fraude par le client, il doit faire opposition et procéder à la réclamation après avoir porté plainte sur recommandation de la banque. Lorsque le client accomplit ces formalités, son compte n'est pas, conformément à la loi précitée, immédiatement recrédité. Il lui faut attendre entre 15 jours et 3 mois pour être remboursé du montant frauduleusement débité. Les banques françaises trouvent également des motifs pour ne pas payer au client les frais divers dus à la fraude. Parfois, c'est le droit au remboursement qui est abusivement nié au client. (Cf : Rapport de la Direction française des Etudes de l'UFC, précité, p.24). Il y a lieu de s'inquiéter que de telles attitudes n'inspirent le banquier de l'espace *UEMOA.* Il est souhaitable que cela n'advienne pas.

558 Il s'agit de la Loi française n°91-1382 du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement puis de la Loi française n°2001-1062 du 15 novembre 2001 sur la sécurité quotidienne (LSQ). Ces deux lois ont permis, selon C. LAMOUSSIERE-POUVREAU, la mise en place de mesures fiables de protection de l'utilisation de la carte bancaire. (Voir : C. LAMOUSSIERE-POUVREAU, ''La carte bancaire'', vos droits, Fiche J92, p.4).

matière[559]. Aussi, le délai de remboursement prévu participe à la garantie d'un remboursement effectif. Un tel délai qui est de 10 jours en France[560] et au Canada[561], a été augmenté jusqu'à 45 jours dans la *CEMAC*[562] et n'existe pas tant dans la législation que dans la pratique contractuelle des banques de l'espace *UEMOA*.

En s'inspirant de ces dispositions susmentionnées, l'*UEMOA* arrivera, certainement, à prévoir un régime juridique plus clair et plus crédible de remboursement des paiements par carte bancaire. C'est un gage indispensable qui pourra rassurer les titulaires de cartes bancaires et les encourager à s'en servir en toute quiétude et qui par conséquent pourrait être renforcé par une assurance garantissant les remboursements.

2 - La nécessité d'une assurance garantissant les remboursements

En dehors des garanties qui existent entre parties à un contrat tel que le contrat porteur carte bancaire, il n'est pas exclu que les parties puissent se protéger en souscrivant une assurance[563] pour couvrir les risques[564] pouvant intervenir dans leurs relations. Dans le cas précis de la carte bancaire, une telle assurance en faveur des titulaires de cartes serait la bienvenue.

En effet, le titulaire de la carte bancaire est fréquemment exposé à de multiples risques qui ne sont pas du tout négligeables. Ces risques peuvent résulter de l'œuvre de tierces personnes agissant de mauvaise foi. C'est le cas lorsque le titulaire de la carte est victime de vol et que le voleur s'en serve pour réaliser des opérations de retrait de fonds au détriment de celui-ci[565]. Il en va de même en cas de perte ou d'utilisation frauduleuse de la carte ou des données informatiques de celle-ci.

Une telle mesure qui permet de protéger le titulaire de la carte bancaire contre des pertes énormes peut être source de confiance pour ce dernier. En cas d'incident de paiement ne relevant pas de sa négligence ou imprudence, il est en droit de compter sur cette assurance ayant pour vocation de couvrir le risque. Cela lui sera d'une utilité d'autant plus qu'il est le seul, selon les conventions en vigueur dans l'*UEMOA*, à assumer les pertes résultant de tout incident de paiement[566].

---

559 Le règlement intérieur du *GIM-UEMOA*, en son titre *VI*, prévoit entre les banques affiliées un fonds de garanties contre ce genre de pertes. *Cf.* Article 12 à 14 dudit règlement ; *In:* www.gim-uemoa.org.

560 *Cf.* Article L.133-25.III du code monétaire et financier précité.

561 *Cf.* Article 6 .4 du code conduite canadien, *Op. Cit.*

562 *Cf*. Article 174 du Règlement de la *CEMAC*.

563 L'assurance est une «opération par laquelle une partie, l'assuré, se fait remettre moyennant une rémunération (la prime), pour lui ou pour un tiers, en cas de réalisation d'un risque, une prestation par une autre partie, l'assureur, qui, prenant en charge un ensemble de risques, les compense conformément à la loi de la statistique». (*In*: R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 12ème édition, Dalloz 1999, p.49).

564 Le risque quant à lui est aussi défini par le Lexique des termes juridiques, suscité, comme étant un «événement éventuel, incertain, dont la réalisation ne dépend pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer un dommage», p.469.

565 Voir cass. Com. 1er mars 1994, société générale C. Mme Fontaine (utilisation frauduleuse d'une carte volée) ; *In*: GAVALDA et MICHELLE, *Effets de Commerce-Chèque- Carte de crédit*, LITEC, p.235.

566 La plus part des conventions cartes bancaires en vigueur dans l'espace *UEMOA* contiennent des clauses abusives prévoyant généralement une exonération totale de la responsabilité du banquier en cas d'incident de paiement. Ce qui n'est d'ailleurs pas le cas dans les autres espaces monétaires où un plafond

De telles assurances sont constamment proposées en France aux porteurs de cartes bancaires. L'on en veut pour preuve le contrat d'assurance MasterCard qui est proposé en France au profit des titulaires de cartes bancaires de la gamme «MasterCard[567]». Ainsi, tout détenteur d'une ou plusieurs cartes «MasterCard» de la gamme privée bénéficie de facto (…) des garanties les plus étendues, quelle que soit la carte utilisée pour le paiement[568]. Cette assurance qui est supposée couvrir les cas de pertes, vols et utilisation frauduleuse de la carte va jusqu'à couvrir des accidents de voyages[569], de sport, de garantie de pouvoir d'achat, etc., effectués par le détenteur de ladite carte.

Les Etats de l'*UEMOA* ont intérêt à adopter une telle stratégie qui actuellement leur fait défaut. En effet, rares sont les banques qui proposent à leurs clients une assurance contre les vols, pertes et utilisations frauduleuses de leurs cartes bancaires. Le *GIM-UEMOA* est, à notre sens, l'organe habilité à mettre en place une assurance générale que les banques mettront à la disposition des titulaires de cartes. Le contrat-porteur carte bancaire devra, dans ce cas, contenir l'adhésion du porteur à une assurance le protégeant contre certains risques courants pour un renforcement de la confiance de celui-ci. La carte Visa dite *«Carte Premier de BNP PARIBAS[570]*» en est un bel exemple. Le guide d'utilisation de cette carte propose toute une gamme de services divers qui bénéficient d'assurance et d'assistance offertes au titulaire de la carte bancaire. Ainsi, le titulaire se retrouve non seulement assuré contre les cas de vol, de perte et d'utilisation frauduleuse, mais aussi contre les risques liés aux voyages et aux achats qu'il effectue[571].

Dans l'espace *UEMOA*, une telle assurance n'est pas encore d'application en faveur du client de la banque, surtout du titulaire de la carte. Elle est parfois proposée par certaines banques à leurs clients mais sans la moindre lisibilité. La banque se contente, généralement, d'informer le client qu'il peut souscrire à une assurance alors que pour notre part, cela devrait être automatique et être pris en compte dans les frais de traitement du compte ou de la carte bancaire elle-même. Il peut s'agir d'un service complémentaire que le banquier lui propose tout en lui expliquant ses avantages de sorte à déterminer son engagement[572]. Cette possibilité est déjà consacrée au niveau des banques et établissements financiers membres du *GIM-UEMOA*. Il est convenu à l'article 11 du contrat constitutif du *GIM-UEMOA* de la mise en place d'une assurance en faveur

---

des pertes subies par le titulaire de carte bancaire a été déterminé. C'est un handicap énorme de la réglementation UEMOA en matière de carte bancaire que de laisser le titulaire supporter l'intégralité de la perte, peu importe le montant.

567 Assurance MasterCard – Notice d'information conforme à l'article L.141 du Code des assurances - Contrat d'assurance Carte MasterCard ; *in : www.mastercard.com; assurance@mastercardfrance.com.*

568 Idem, partie I: Définitions communes.

569 Ibidem, Partie II : Dispositions spéciales.

570 Guide Carte premier *BNP PARIBAS; In : www.bnpparibas.net.*

571 Ledit guide prévoit les garanties suivantes au profit du porteur de la carte : la garantie décès/Invalidité ; la garantie Retard de Transport ; la garantie Retard de Bagages ; la garantie Perte, Vol ou Détérioration de Bagages ; la garantie Responsabilité Civile à l'Etranger, la garantie Vérité de Location ; la garantie Modification ou Annulation de Voyage ; la garantie Interruption de Voyage (V. p.24 à 54 du Guide d'utilisation de la carte *BNP PARIBAS*; *In : www.bnpparibas.net).*

572 D'où l'intérêt de l'obligation d'information et de conseil consacré tant par la pratique que par la législation UEMOA en faveur du titulaire de la carte bancaire.

des banques membres du *GIM* pour couvrir leurs charges relativement aux incidents de paiement.

L'article 12 du Règlement intérieur du *GIM-UEMOA* précise que ce fonds de garantie *«est destiné exclusivement à couvrir les cas de dommages qui pourraient survenir à l'occasion des prestations définies dans le Contrat Constitutif et liées à l'utilisation frauduleuse de la gamme des cartes*[573]*».* Un fonds de la même espèce devrait être mis en place par le *GIM-UEMOA* pour faire face aux pertes que les titulaires de cartes bancaires auraient à assumer en cas d'incidents de paiement. Le taux de couverture peut être limité, comme c'est le cas en France, par la loi qui a déjà déterminé le plafond de couverture en faveur du titulaire de la carte, sauf s'il est notoirement fautif[574]. Une telle assurance rendue obligatoire en France permet de faire face aux incidents et de réduire les pertes subies par les titulaires de cartes bancaires. C'est le cas des *VISA* Cartes et MasterCard, précitées, qui sont toujours accompagnées d'une assurance de garantie contre les pertes, les vols et usages frauduleux. La carte ''*VISA Privilège*'' va jusqu'à prévoir dans sa notice, une garantie d'assurance de livraison carte bancaire.

L'*UEMOA* gagnerait donc à prendre en compte ces avancées notables en faveurs des titulaires de cartes bancaires dans ses Etats membres. Elles pourront participer à une bancarisation plus rapide et un recours accru à la carte bancaire comme instrument de paiement crédible et par conséquent digne de confiance.

---

573 L'article 13 alinéa dernier fixe un plafond de 70% des risques de fraude à couvrir par le fonds de garantie.

574 Voir article L.132-3 du code monétaire et financier français qui a fixé au profit de l'usager de la carte bancaire un plafond de 150 euros des pertes subies avant la mise en opposition en cas d'incidents de paiement résultant d'une perte de la carte ou de son vol.

CONCLUSION

L'idéal pour les parties à l'usage de la carte bancaire aurait été que celui-ci ne soit émaillé d'aucun incident. Cependant, le recours à celle-ci n'échappe pas à des incidents de paiement. La police bancaire (le contrôle bancaire, la vigilance du banquier) s'avère être une institution forte visant tant la prévention que le règlement de ce type d'incidents. Elle permet par conséquent au titulaire de carte bancaire, par le biais de la technique de la réclamation, d'obtenir le remboursement des montants soutirés de son compte suite à l'exécution d'un ordre de paiement non autorisé ou mal exécuté. Il est cependant déplorable que cette procédure de réclamation soit en clin à certaines défaillances liées notamment à sa lenteur et à son incertitude. Ce qui empêche le titulaire de carte bancaire victime d'un débit non autorisé ou frauduleux d'obtenir aisément satisfaction. Le titulaire de carte bancaire demeure aussi insatisfait du fait que la perte est exclusivement, conformément à certaines clauses abusives, à sa charge si l'ordre de paiement a été exécuté avant toute opposition au paiement. Elle est par contre mise à la charge du banquier en cas de paiement après opposition. Il reste déplorable que la perte à la charge du titulaire de la carte bancaire dans l'*UEMOA* soit intégrale alors que dans des législations voisines, notamment dans la *CEMAC*, en France et au Canada, elle est limitée. L'*UEMOA* gagnerait donc à s'inspirer de ces législations pour une amélioration du règlement amiable des incidents de paiement par carte bancaire entre le titulaire de carte et sa banque. D'où la nécessité d'amélioration du contenu des contrats porteur en y prévoyant un mécanisme cohérent de réclamation et de remboursement. De sorte que le recours au règlement judiciaire des incidents de paiement ne devrait être envisageable que lorsque que les parties n'ont été en mesure d'y apporter une solution amiable sur la base de la procédure de réclamation donnant lieu au remboursement. Comme pour donner force à l'adage populaire selon lequel *''un mauvais arrangement serait mieux qu'un bon procès''*.

LE DELIT D'INITIE DANS LES MARCHES BOURSIERS DE L'ESPACE OHADA

Par

GATCHOUP TCHINDA Désiré

Docteur en droit privé

Enseignante-Assistante à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Yaoundé II-Cameroun

INTRODUCTION

De la qualité de l'information dépend naturellement l'intégrité des marchés[575]. Celle-ci suppose la régularité des opérations qui postule que des personnes ne tirent pas avantage d'une information dont elles connaissent la fausseté ou dont elles sont les seules à disposer. L'instauration d'une morale des affaires passe par la sanction[576] de ceux qui ne respectent pas les règles du jeu et tentent de fausser le marché. Le droit pénal boursier apparaît comme l'une des branches du droit pénal des affaires qui constitue le « *droit pénal spécial des manieurs d'argent* »[577]. Il est d'un précieux secours pour protéger l'ordre public. La voie pénale est alors la forme privilégiée de sanction des comportements illicites sur les marchés financiers.

La répression des comportements malhonnêtes en matière boursière passe par deux catégories d'incrimination : les incriminations générales ou de droit commun comme l'escroquerie, l'abus de confiance et les incriminations spécifiques aux activités boursières, que l'on peut dénommer délits boursiers[578]. Il s'agit principalement du délit d'initié, de celui de la communication d'informations privilégiées, du délit de fausses informations et informations trompeuses et de celui de manipulation de cours. C'est l'occasion de signaler que, contrairement au droit français des marchés financiers, le délit d'initié semble se confondre avec celui de la communication d'informations privilégiées dans le droit national camerounais. Celui-ci est un élément constitutif de celui-là.

---

575 Le besoin accru de transparence met l'information au cœur des techniques de prévention des difficultés des entreprises : KENMOGNE SIMO (A), « La protection des établissements bancaires contre le risque de défaillance en Afrique Noire Francophone », Thèse de doctorat en droit privé, Université de Yaoundé II, 2004- 2005, p. 69.

576 Le pouvoir de sanction du régulateur du marché est à n'en point douter un élément majeur de la crédibilité de la place financière : DARIOSECQ (S), « Le pouvoir de sanction de l'AMF : évolutions importantes », Bull ; Joly bourse, fév. 2011, p. 115.

577 LARGUIER (J), Droit pénal des affaires, 8ème Ed., Armand Colin 1992, p.12.

578 Trois principales infractions sont connues : le délit d'initié, le délit de diffusion d'informations fausses ou trompeuses et le délit de manipulation des cours. Pour une analyse des trois délits : LASSERRE CAPDEVILLE (J), « Affaire Messier : précisions en droit pénal des marchés financiers », note sous TGI Paris, ch. Corr., 21 janv. 2011, J.-M. MESSIER, G. HANNEZO et a. c/ MP et a, Bull. Joly bourse, avril 2011, pp. 236-240.

En effet, constitue le délit d'initié le fait « *pour des dirigeants sociaux d'une société commerciale ou industrielle et pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées*[579] *sur la situation ou les perspectives d'un émetteur dont les valeurs mobilières sont négociées sur le marché, de réaliser ou de permettre sciemment de réaliser, directement ou par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations et avec pour but de réaliser un profit indu ; pour toute personne disposant à l'occasion de l'exercice de sa profession ou de ses fonctions, d'informations privilégiées sur la situation ou les perspectives d'un émetteur dont les valeurs mobilières sont négociées sur un marché, de les communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions et avec pour but de réaliser un profit indu* ».

Le principe sur les marchés financiers est celui de la transparence. Paradoxalement, le délit d'initié[580] officialise une obligation de secret en interdisant à ceux qui disposent, en raison de leurs fonctions, d'informations confidentielles privilégiées, de les exploiter pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui et de les communiquer à des fins autres ou pour une actualité autre que celles en raisons desquelles ils les détiennent. Mais, dès lors qu'une information susceptible d'influer sur la cotation des actions d'une société n'est plus complètement confidentielle, la société doit la publier immédiatement. La protection de la transparence comporte donc des aspects répressifs, comme l'illustre le délit d'initié, dont la réalisation est consubstantiellement liée à la violation de l'obligation d'information[581]. Dans cette hypothèse, ce qu'exige le principe impératif de transparence, ce n'est plus l'obligation d'information du marché, mais le secret qui s'impose aux détenteurs d'informations privilégiées[582]. La répression du délit d'initié semble donc être une officialisation du droit au secret. Il convient alors de s'interroger sur le champ d'application de cette infraction. Cette interrogation recouvre d'autres questions plus précises : celle de savoir qui peut être initié ? Celle de savoir comment le délit est constitué et réprimé ? Elles amènent à réfléchir sur les champs d'application personnel et matériel de l'infraction. L'intérêt de ces questions réside dans le fait que d'une part la responsabilité pénale est personnelle et d'autre part le principe de la légalité criminelle recommande de bien qualifier les faits caractérisant l'infraction.

---

579 L'information privilégiée ne s'entend plus seulement des évènements qui touchent directement à la vie de la société mais aussi des éléments extérieurs susceptibles d'avoir une incidence ou des répercussions sur le cours des titres émis par la société. Pour être privilégiées, les informations doivent être « précises, confidentielles, de nature à influer sur le cours de la valeur et déterminante des opérations réalisées » : Arrêt ''BUE'', Cass.crim, 1995, Cabessa et Alibert, semaine juridique 1996, ed. E n° 766, pp.1et 2 ; Cass.crim, 15 octobre 1998, Joly Bourse 1999, pp.67-68

580 Le délit d'initié a été instauré par la loi française n° 70-1208 du 23 décembre 1970 qui avait pour objectif de moraliser la spéculation boursière en garantissant l'égalité des investisseurs par la sanction de l'utilisation illicite d'informations privilégiées par les personnes qui en disposent à titre professionnel : Code monétaire et financier commenté, 2011, p. 718.

581 C'est l'infraction la plus caractéristique de la rupture d'égalité dans l'accès à l'information : KEMBO TAKAM GATSING (H), « La responsabilité pénale des acteurs du marché financier dans la loi n° 99/015 du 22 décembre 1999 portant création d'un marché financier au Cameroun », Mémoire de DEA en droit communautaire et comparé CEMAC, Université de Dschang, novembre 2003, p.16.

582 Divulguez publiquement l'information ou retenez-vous de l'exploiter: telle est l'alternative à laquelle sont confrontées les personnes disposant d'informations inconnues du public sur les perspectives ou la situation d'un émetteur ou sur les perspectives d'évolution d'une valeur mobilière.

La détention d'informations privilégiées est à l'origine de deux types de délits : le délit d'initié proprement dit et le délit de communications d'informations privilégiées. Comme annoncé plus haut, on note, néanmoins en droit camerounais, une certaine confusion du délit d'initié avec celui de communications d'informations privilégiées par rapport au droit français. Cette confusion est aussi vraie en droit camerounais des marchés financiers qu'à celui de la CEMAC et de l'UEMOA. Un certain nombre intérêts peut se dégager de cette confusion : la volonté de simplification. En effet, les marchés financiers s'accommodent mal avec la complexité. Ici, des faits qui constituent deux infractions en droit français ne font qu'une seule dans notre environnement juridique. De plus, on peut lire dans cette confusion un besoin de facilitation de la procédure de mise en œuvre de cette infraction : on note ainsi une réduction des difficultés de qualification, surtout que le départ entre les deux infractions n'est pas très net[583]. Un auteur[584] pense d'ailleurs à raison que le délit de communication d'informations privilégiées complète juste le délit d'initié. Cette infraction est perçue comme une sorte de délit-obstacle[585] destinée à éviter la commission du délit d'initié. L'on se rend ainsi compte que la communication d'informations privilégiées constitue un des éléments constitutifs du délit d'initié. C'est la détention de l'information privilégiée qui fait l'initié. Il reste à définir qui peut être initié sur un marché financier.

Par ailleurs, les opérations d'initié ont donné lieu à un débat en droit français, qui nous semble intéressant pour nos marchés naissants : les dirigeants d'une société peuvent être tentés de profiter de leur connaissance interne de la société pour réaliser les opérations sur les titres de celle-ci en anticipant la baisse ou la hausse de leurs cours. Doit-on le leur interdire ?

Pour certains auteurs[586], la circulation et l'exploitation d'informations privilégiées contribuent à l'efficience du marché, en ce qu'elles constituent la manière la plus rapide et la moins onéreuse d'informer le marché financier et que leur répression, au contraire, est une œuvre illusoire et coûteuse. De plus, les opérations d'initiés constitueraient pour les dirigeants, un complément de rémunération susceptible d'attirer vers de telles responsabilités des ''gens de valeur''. D'autres soutiennent aussi que « *chaque fois que nous faisons une bonne affaire, c'est par définition, parce que nous l'avons connue avant les autres, parce que nous avons fait des efforts pour l'obtenir. C'est le rôle de l'entrepreneur de savoir avant les autres, et c'est ainsi que le progrès économique est rendu possible (…). Appeler ''délit'' cette activité d'entrepreneur, c'est condamner les services que rend la création d'information »*[587]. Cette position n'emporte pas notre adhésion. Nous nous alignons derrière les auteurs qui se sont soulevés au profit de la répression de telles pratiques[588]. Ils se sont fondés à juste titre sur les arguments

---

583 Le Professeur VIANDIER (A) soutient d'ailleurs que l'entrée du délit de communication d'informations privilégiées en droit pénal en 1989 en France a été justifiée par le souci de compléter la répression du délit d'initié : OPA OPE et autres offres publiques, éditions Francis LEFEBVRE 1999, p. 139.

584 LEGEAIS (D), Droit commercial, 12ème éd., 1998, p.208.

585 JEANDIDIER (W), Droit pénal des affaires, Dalloz, 2005, 6éd., n° 128.

586 MANNE (H.G), insiders trading and the stock market, the free press, New York 1966, cité par BONNEAU (Th) et DRUMMOND (F), Droit des marchés financiers, Economica 2005, p.445.

587 SALIN (P) et GUILLAUMAT (F), Le délit d'initié : où est le vol ? Le Figaro, 24-25 février 1990, cité par BONNEAU (Th) et autre op.cit., p.445.

588 MOREL (P), L'utilisation en bourse d'informations privilégiées, évolution conceptuelle, Thèse Paris I, 1984, cité par BONNEAU (Th) et DRUMMOND (F), Droit des marchés financiers, Economica 2005,

suivants lesquels ces pratiques constitueraient une violation du devoir fiduciaire qui pèse sur les dirigeants à l'égard des actionnaires ; elles dissuaderaient l'épargnant d'investir son épargne sur le marché dont le jeu leur semblerait truqué au bénéfice des initiés. Elles pourraient devenir pour les dirigeants de la société une fin en soi, la gestion de la société n'étant plus orientée, alors que vers la réalisation d'opérations d'initiés, elles feraient obstacle à l'établissement d'un ''juste prix''. L'interdiction d'exploiter l'information[589] qu'ils détiennent inciterait les dirigeants à la diffuser rapidement, permettant ainsi que le titre trouve son cours raisonnable[590]. Ce délit doit donc être sanctionné.

La répression du délit d'initié met en exergue une variété des personnes susceptibles d'être sanctionnées (I). La détermination de ces dernières nous conduira à rechercher les éléments constitutifs de l'infraction (II). C'est le lieu de regretter le régime de répression adopté par le droit des marchés financiers de l'UEMOA qui n'a prévu que des incriminations sans indiquer les peines applicables. La sanction du délit d'initié est malgré tout assez originale et marque la particularité de toutes les sanctions en matière boursière (III).

I : La largesse du champ d'application personnel du délit d'initié

L'initié est défini par le législateur à partir d'une distinction entre les initiés primaires (A) et les initiés secondaires (B). Toutefois, cette qualification peut s'étendre à toute personne qui en connaissance de cause, possède une information privilégiée. Les initiés peuvent-ils aussi être des personnes morales ? (C).

A : Les initiés primaires

La détermination des catégories d'initiés primaires (2) passe préalablement par celle des personnes visées (1).

---

p.444 : l'auteur explique que la répression du délit d'initié peut être abstraitement construite sur trois fondements : le vol du secret, le dol ou la rupture d'égalité.

[589] La loi frappe l'initié de trois empêchements : il ne peut ni :
1- acquérir ou céder pour compte propre ou pour compte d'autrui directement ou par personne imposée des valeurs mobilières concernées par l'information privilégiée ;
2- communiquer l'information à un tiers, si ce n'est dans le cadre normal de l'exercice de son travail ou fonction ;
3- recommander à un tiers une opération sur la valeur mobilière concernée, par exemple conseiller d'acheter ou de vendre.

[590] L'initié qui publie l'information a le droit d'opérer dès qu'un public suffisant a été atteint. Aucune précision sur ce nombre n'étant faite par la loi, nous pouvons par exemple nous référer au critère de 100 personnes requis pour l'appel public à l'épargne. L'inconvénient est que les initiés préféreront renoncer à une opération boursière que d'informer la communauté des investisseurs. En effet, l'information rendue publique va dans les heures qui suivent être incorporée dans le prix des titres de la société. Selon la nature de l'information, les cours vont descendre ou remonter à leur niveau naturel, annihilant tout espoir de gain élevé : GARAUD (E), « La transparence en matière commerciale », Thèse, Limoges, 1995, p. 54.

1: Les personnes visées

Les initiés primaires sont aussi appelés les initiés de ''première main'' ou initiés ''par nature''. Ce sont les personnes qui acquièrent directement l'information privilégiée en raison de leurs fonctions. Il s'agit notamment du Directeur Général, du Président du Conseil d'Administration, du Président Directeur Général, bref, des administrateurs. Sont également des initiés primaires, les membres du Directoire et du Conseil de surveillance dans le système français. Sont exclus de la qualification d'initiés, les conjoints non séparés de corps de ces dirigeants. Il faut ajouter à la liste des initiés primaires les personnes qui détiennent une part significative dans le capital de l'émetteur car, ces personnes qui contrôlent une société sont au courant des informations les plus confidentielles[591].

2 : Les catégories d'initiés primaires

Deux grandes catégories sont envisageables : les initiés internes (a) et les initiés externes (b).

a : Les initiés internes

Parmi les initiés primaires, on distingue les initiés internes des initiés externes. Les initiés internes- *corporate insiders*- sont ceux qui ont un accès ''de l'intérieur'' à l'information privilégiée concernant un émetteur[592]. Il s'agit notamment des dirigeants. C'est fondamentalement parce qu'ils se trouvent au sein de l'émetteur qu'ils ont accès à l'information privilégiée. Ils doivent être distingués des initiés externes.

b : Les initiés externes

Les initiés externes sont ceux qui, en raison de l'exercice de leur travail, profession ou fonction ont accès à l'information privilégiée sans être un dirigeant ou un actionnaire de l'émetteur. C'est à l'occasion de l'exercice de leurs activités professionnelles qu'ils prennent connaissance des informations privilégiées. Leur distinction avec les initiés secondaires n'est pas très nette.

B : Les initiés secondaires

La question ici est de savoir qui peut être initié secondaire (1) et surtout comment distinguer les initiés primaires des initiés secondaires (2). Une extension de la catégorie d'initiés est perceptible en droit français (3).

1 : Les personnes visées

Il s'agit des personnes qui à l'occasion de leur profession ou de leurs fonctions disposent d'informations privilégiées. Cette catégorie est très large. Elle comprend tout d'abord ceux qui, sans exercer de fonctions de direction travaillent dans la société dont les titres ont été négociés. Elle comprend ensuite toutes les personnes extérieures à la société dont les fonctions ont cependant un lien direct ou indirect avec la société : le

---

591 LE TOURNEAU (Ph), « Les actions des dirigeants initiées des sociétés par actions », RTDcom. 1971, Sirey, p. 604.

592 Par exemple, les membres d'un organe d'administration, de direction ou de surveillance…

liquidateur, journaliste, architecte, banquier, mais aussi, les commissaires aux comptes, experts, avocats, conseils. On estime qu'il pèse sur ceux-ci une obligation de loyauté d'origine contractuelle ou d'origine déontologique qui interdit l'exploitation dans un intérêt personnel d'informations obtenues dans le cadre professionnel. Cette information provient de l'accès à certains documents.

La loi punit également ceux qui par voie de confidence amicale ou par hasard détiennent et exploitent des informations privilégiées. Le délit d'initié ne vise plus seulement ceux qui détiennent une information privilégiée à l'occasion de l'exercice de leur fonction, mais aussi, ceux qui détiennent une information privilégiée en dehors de toute relation professionnelle. Comment distinguer les initiés primaires des initiés secondaires ?

2 : La distinction des initiés primaires des initiés secondaires : l'absence de présomption

La distinction fondamentale entre les initiés primaires et les initiés secondaires réside dans l'absence de présomption. En effet, contrairement aux initiés primaires, aucune présomption ne pèse sur les initiés secondaires.

Par le passé en droit français, il pesait sur les initiés primaires une présomption quasiment irréfragable car il était, dans les faits, impossible de démontrer leur ignorance de l'information sensible[593]. Il pesait donc sur eux une présomption de connaissance de l'information. L'on n'avait pas besoin de constater la détention de l'information par ceux-ci. Depuis une célèbre décision de la Cour de Justice de l'Union Européenne, cette tendance a été renversée[594]. Désormais, il pèse sur l'initié une présomption simple qui peut être renversée par la preuve contraire. Cette mesure nous semble bonne pour être appliquée aussi dans notre contexte, car la présomption irréfragable de connaissance de l'information peut freiner le dynamisme de nos marchés.

L'utilisation, dans un intérêt personnel, des informations que les dirigeants peuvent recueillir dans l'exercice de leurs fonctions se rapproche du détournement des biens sociaux. La présomption qui pèse sur les initiés dits primaires ne touche donc pas les initiés secondaires. Le droit français a de nos jours une conception large de l'initié.

3 : L'extension de la catégorie d'initié en droit français

Le droit français a nouvellement élargi le cercle des initiés potentiels à toute personne détenant une information privilégiée et qui sait ou aurait dû savoir qu'il s'agit d'une information privilégiée[595]. En réalité, toute personne est désormais susceptible d'être considérée comme un initié. La notion centrale devient ainsi celle d'information privilégiée, l'initié n'étant qu'une personne qui la détient. L'incrimination est ainsi

---

593 Il n'est impossible que cette situation connaisse une évolution. Par une décision du 23 décembre 2009, la Cour de Justice de l'Union européenne s'est montrée critique envers la même présomption : CJUE, 23 déc. 2009, aff. C-45/08, Spector Photo Group, D. 2010, 85, obs. A. LIENHARD.

594 Par une décision du 23 décembre 2009, la Cour de Justice de l'Union européenne s'est montrée critique envers la même présomption : CJUE, 23 déc. 2009, aff. C-45/08, Spector Photo Group, D. 2010, 85, obs. A. LIENHARD.

595 Art. 622-2 du règlement Général de l'AMF.

étendue afin d'éliminer toute pratique indésirable sur les marchés. Tous les moyens d'obtenir cette information privilégiée sont couverts par l'incrimination dès lors qu'une information privilégiée est connue. Cette extension qu'on peut saluer, suscite néanmoins des inquiétudes : ne risque-t-elle pas de décourager les initiatives ? En effet, si tout le monde peut être initié et compte tenu du devoir d'abstention qui pèse sur l'initié, on risque se retrouver dans une inertie sur les marchés.

Les personnes morales peuvent- elles être coupables de délits d'initié ?

C : Les initiés, personnes physiques ou morales ?

La réponse à cette interrogation commande de scruter les droits communautaires CEMAC et UEMOA et le droit national camerounais (1) et de pouvoir relever la contradiction du droit OHADA (2).

1 : L'état des droits positifs communautaires et nationaux

Qu'il s'agisse de la loi camerounaise sur les marchés financiers[596] ou de celle de la Bourse des Valeurs Mobilières d'Afrique centrale[597], la précision n'a pas été faite sur la question de savoir si les initiés peuvent être indistinctement des personnes physiques ou des personnes morales. Dans l'une et l'autre législation, l'on parle de ''toute personne''[598]. Ceci laisse penser, à défaut de précision, qu'il faut envisager une interprétation large[599]. A cet effet, les initiés peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales[600]. C'est également l'approche retenue par le droit du marché UEMOA : « …c*ommet un délit d'initié. En outre, dans le cas d'une personne morale, les dirigeants de droit ou de fait seront passibles des mêmes poursuites, s'ils ont eu connaissance de ces agissements »[601].*Cette approche rencontre des paradoxes dans le droit OHADA.

2 : La contradiction du droit OHADA

Conformément à nos différents droits des marchés financiers, les initiés peuvent être des personnes physiques ou morales. Cependant, une inquiétude surgit en considération du fait que l'OHADA n'a pas consacré la responsabilité pénale des personnes morales[602], et plus particulièrement celle des sociétés[603]. Cette consécration aurait pourtant permis

---

596 Loi n° 99/015 du 22 décembre 1999 portant création et organisation d'un marché financier.

597 Règlement Général de la COSUMAF.

598 Art. 36 al 2 de la loi op.cit. et art. 389 du Règlement op.cit.

599 Sur l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales dans la loi Camerounaise du 22 décembre 1999, KEMBO TAKAM GATSING (H), « La responsabilité pénale des acteurs du marché financier dans la loi n° 99/015 du 22 décembre 1999 », Mémoire de DEA en droit communautaire et comparé CEMAC, Université de Dschang, 2003, pp. 32- 36.

600 C'est une application de l'adage ''*ubi lex distinguit, nec nos distinguere debemus*'', c'est-à-dire, qu'il ne faut pas distinguer là où la loi elle-même ne distingue pas.

601 Art. 36 infine de l'Annexe portant Composition, organisation, fonctionnement et attributions du Conseil Régional de l'Epargne Publique et des Marchés Financiers.

602 Sur la responsabilité des personnes morales, NTONO TSIMI (G), la responsabilité pénale des personnes morales en droit Camerounais : esquisse d'une théorie générale, mémoire de DEA, Université de Yaoundé II, année 2004-2005, 121 pages.

603 POUGOUE (P.G), ANOUKAHA (F) et NGUEBOU (J), Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA, PUA, octobre 1998, p.121.C'est le lieu de relever que le droit

de sanctionner le vrai auteur de l'infraction, dans le cas où des dirigeants sociaux auraient commis l'infraction pour le compte de la personne morale[604]. Il semble donc nécessaire de consacrer la responsabilité pénale des personnes morales dans l'OHADA. La règle selon laquelle les sociétés ne peuvent pas commettre d'infractions[605] est de plus en plus contestée, d'où l'émergence de multiples consécrations dans les droits étrangers[606]. Ceci serait d'un grand apport pour la sécurisation de la gestion des sociétés et même des dirigeants personnes physiques et permettrait de renforcer le principe de la responsabilité personnelle en matière pénale. Cette responsabilité devrait incomber à toutes personnes morales jouissant de la personnalité juridique, à l'exception de l'Etat et des collectivités territoriales dans les activités relevant de leurs prérogatives de puissance publique.

En droit français, avec l'introduction des personnes morales dans le champ d'application des personnes susceptibles d'être coupables du délit d'initié, la loi de Modernisation des Activités Financières[607]assure ainsi le lien, au demeurant logique et attendu entre le texte du 1er mars 1994 instituant la responsabilité pénale des personnes morales et le délit d'initié. Bien que l'on soit dans le cadre d'un droit spécial, l'incrimination du délit d'initié obéit aux règles de droit commun, à savoir la recherche des éléments de constitution. La technicité de la matière rend complexe les éléments constitutifs du délit d'initié.

II : La complexité du champ d'application matériel du délit d'initié

La constitution de l'infraction suppose la présence de l'élément matériel et de l'élément moral. Parfois, l'élément moral n'est pas requis et l'infraction est dite matérielle. Dans d'autres cas, les éléments préalables sont requis. La constitution du délit d'initié est acquise en présence des éléments matériels (A) et de l'élément moral (B).

A : Les éléments matériels

Le délit d'initié consiste en la communication ou l'utilisation d'une information privilégiée à des fins autres que celles à raison desquelles elle est détenue[608].

Le délit d'initié par divulgation d'informations privilégiées ne sanctionne pas l'enrichissement frauduleux de l'initié qui a sciemment communiqué une information privilégiée à un tiers, mais, la simple violation du secret professionnel auquel il était

---

OHADA a adhéré à la conception traditionnelle qui posait le principe de l'irresponsabilité pénale des personnes morales.

604 Il est à noter que lorsque ces personnes sont des sociétés ou d'autres personnes morales, l'interdiction (délit d'initié) est étendue aux personnes physiques qui participent à la décision de procéder à l'opération pour le compte de la personne morale en question.

605 C'est l'application de la maxime classique ''*societas delinquere non protest*''.

606 MATSOPOULOU (H), « Responsabilité pénale des personnes morales », Répertoire sociétés, Dalloz septembre 2002, p.1-19.

607 Loi du 02 juillet 1996.

608 Art. 37 al.1 de l'Annexe portant Composition, organisation et fonctionnement du Conseil Régional de l'Epargne Publique et des Marchés Financiers.

tenu[609]. Il est indifférent que l'initié connaisse l'identité des opérateurs qui vont exploiter l'information privilégiée et les modalités des opérations illicites. Que se passe-t-il si une personne a donné l'ordre d'acquérir ou de vendre avant d'être initié mais, que l'exécution de l'ordre se réalise après ?

La question est controversée. Néanmoins, il nous semble que la personne devenue initiée devra faire en sorte que son ordre ne soit pas exécuté. La loi vise en effet, l'acquisition en qualité d'initié : tel est la condition préalable. Le délit d'initié n'est cependant constitué que lorsque l'initié, détenteur d'une information privilégiée (1), accomplit des actes délictueux (2).

1 : La détention d'informations privilégiées

L'information privilégiée doit porter sur les émetteurs dont les instruments financiers sont négociés sur le marché, notamment, les sociétés faisant appel public à l'épargne, l'Etat, les collectivités territoriales, les OPCVM etc. Elle a pour objet la situation ou les perspectives de ces émetteurs. Comment définir alors l'information privilégiée ?

Il faut relever ici une convergence des approches des points de vue législatif et jurisprudentiel tant dans le droit local qu'étranger quant à la notion (a) et une objectivation de ses caractères (b).

a : La convergence des approches de la définition de l'information privilégiée dans les droits africains

La définition de l'information privilégiée est légale dans le droit CEMAC, par opposition au droit français où elle est une construction jurisprudentielle. Ainsi, l'article 386 du Règlement Général COSUMAF dispose que : l'information privilégiée est une « *information non publique, précise, relative à un ou plusieurs émetteurs, à une ou plusieurs valeurs mobilières, qui, si elle était rendue publique, pourrait avoir une incidence sur le cours de la valeur ».* Pour le marché UEMOA, une information privilégiée est une information non publique, particulière et précise qui, si elle était rendue publique, pourrait avoir une incidence sur la valeur d'un actif ou sur le cours d'un produit coté[610].

La Cour de Cassation française quant à elle, affirme qu'une information n'est réputée privilégiée que si elle est précise, confidentielle, de nature à influer sur le cours de la valeur[611]. Cette définition rejoint les définitions antérieures, par exemple, celle de la directive européenne du 13 novembre 1989 : on entend par « *information privilégiée : une information qui n'a pas été rendue publique, qui a un caractère précis et concerne un ou plusieurs émetteurs de valeurs mobilières…et qui, si elle était rendue publique, serait*

---

609 RONTCHEVSKY (N), notes sous cassation criminelle, 26 octobre 1995, affaire Péchiney-Triangle. C'est ce scandale financier majeur qui est à l'origine de la loi n° 89-531 du 02 août 1989 relative à la ''sécurité et la transparence du marché financier''. Cet arrêt affine les notions d'informations privilégiées et d'initié. L'information privilégiée est celle qui porte sur des « renseignements suffisamment précis pour être immédiatement exploités sur le marché »

610 Art. 37 de l'Annexe portant Composition, organisation, fonctionnement et attributions du Conseil Régional de l'Epargne Publique et des Marchés Financiers.

611 Cass.crim., 26 juin 1995, JCP 1995, éd.G, 1996, note Alain VIANDIER.

susceptible d'influencer de façon sensible le cours de cette ou de ces valeurs mobilières »[612]. La définition donnée par la convention du conseil de l'Europe ouverte à la signature le 20 avril 1989 est également identique : « *information non encore rendue publique…dont la divulgation (est) de nature à exercer une influence notable sur le marché… »*[613]. Le règlement COB n°90-08 l'entend comme une « *information non publique, précise…qui, si elle était rendue publique, pourrait avoir une incidence sur le cours de la valeur… »*[614]. Il y a ainsi une convergence dans les différentes approches.

Une précision nous semble ici importante, la distinction information précise - information certaine. Une information peut être précise[615] donc privilégiée[616] sans être certaine[617]. C'est le cas, par exemple, d'un résultat prévisionnel. Cette distinction est d'autant importante que dans le passé, la Cour d'Appel de Paris, statuant sur l'application de l'ordonnance du 28 septembre 1967 créant la COB, avait fait de la certitude l'une des qualités de l'information privilégiée[618]. Au regard des différentes approches de la définition de l'information privilégiée, il se dégage une observation dans le mode d'appréciation des éléments caractéristiques de l'information privilégiée : une approche objective.

Le caractère privilégié de l'information doit s'apprécier en fonction de leur seul contenu et non de celui qui les reçoit. Cette objectivité permet d'exclure l'arbitraire et contribue à infuser un peu de sécurité dans la matière. Cette conception objective est appréciée par la majeure partie de la doctrine qui estime qu'elle instaure une plus grande sécurité juridique[619]. Cette position est, cependant, critiquée par des auteurs[620] qui pensent que si l'avantage tiré de la pertinence d'une analyse financière est

---

612 Art. 1er, 1.

613 Art. 1er, 1, a.

614 Art. 1er

615 Il a été jugé en France que revêtaient un caractère suffisamment précis les informations suivantes : la connaissance de l'existence de pertes même si elles n'étaient pas exactement chiffrées (Paris, 26 mai 1977, JCP 1978, II, 18789, note A.TUNC) ; la connaissance des difficultés financières de la société qui devaient la conduire très prochainement à déposer son bilan (Douai, 28 mai 1991, gaz. Pal., 3-4 avril 1992, p.22, note J.-P. MARCHI) ; le fait pour un architecte de voir deux PDG sortir d'un bureau avec un large sourire alors que les journaux évoquaient la possibilité d'un rapprochement entre leurs sociétés (TGI Paris, 15 octobre 1976, D. 1978, 383) ; la connaissance de pourparlers confidentiels suffisamment engagés pour avoir des chances raisonnables d'aboutir (TGI de Paris, 18 avril 1979, JCP 1980, 19306) ; la connaissance des résultats positifs de la société, même si la période de versement d'un dividende exceptionnel est ignoré (Corr. Charleroi, 28 septembre 1995, R.P.S., 1996, p. 152).

616 Il a été jugé qu'un projet d'offre publique suffisamment précis constitue une information privilégiée, peu importe l'existence d'aléas inhérents à toute opération de cette nature, et que le fait de réaliser une opération en considération d'un projet d'offre publique encore non publié constitue le délit d'initié ou un manquement au Règlement de l'organe de contrôle : CA Paris, 2 avril 1997, Bull. Joly 1997, p. 611, §94, note N. RONTCHEVSKY.

617 Il suffit donc que l'information soit suffisamment précise. L'exigence du caractère ''certain'' de l'information a disparu dans les législations, par exemple, les lois belges et autres. La simple rumeur ne saurait être considérée comme une information privilégiée.

618 CA de Paris, 9ème ch., 30 mars 1977, JCP 1978, éd. E, II, 12728 : CA de Paris, 9ème ch., 15 mars 1993, JCP 1993, éd. E- I- 250, n°12 : « s'il résulte d'une jurisprudence constante que l'information doit présenter un caractère précis, certain confidentiel, ces caractéristiques doivent s'apprécier toutefois…à la lumière des circonstances de l'espèce… ».

619 BOULOC (B), LE CANNU (P) et VIANDIER (A), notes sous Cass.crim., du 26 juin 1995.

620 Notamment, RENUCCI (J.-C), « Les frontières du délit d'initié », Dalloz affaires 1996, pp.403 et sq.

admissible, la rupture d'égalité entre les investisseurs ne l'est pas. Aussi convaincante que puisse apparaître cette critique, il nous semble que la position de la doctrine majoritaire doit prévaloir.

L'incrimination de l'exploitation ou de la communication de l'information privilégiée assure ainsi le bon fonctionnement des marchés, car, elle garantit une certaine égalité entre les investisseurs[621]. Pour cela, elle doit avoir certains caractères.

b : Les caractères objectifs de l'information constituant le délit d'initié

L'information privilégiée, pour constituer le délit d'initié, doit être confidentielle (a), précise (b), de nature à agir sur les cours (c) et déterminante des opérations réalisées (d)[622]. En droit français, la chambre criminelle de la Cour de cassation semble faire une application rigoureuse de ces critères[623].

b1: L'information doit être confidentielle et non publique

Le délit d'initié suppose au préalable que l'information soit confidentielle[624], c'est-à-dire non connue du public[625]. Ces notions sont corroborées par celles de ''secret''[626], ''réunion privée'', ''informations placées sous embargo''[627] comme on peut le

---

621 VIANDIER (A), note sous Cass.crim, 26 juin 1995, JCP 1996- II- P.116.

622 LASSERRE CAPDEVILLE (J), note sous TGI Paris, ch. Corr., 21 janv. 2011, J.-M. MESSIER, G. HANNEZO et a. c/MP et a., Bull. Joly bourse, avril 2011.

623 La Chambre criminelle de la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 juin 2006 (**Crim. 14 juin 2006, n° 05-82.453**, AJ pénal 2006. 364, obs. G. Royer_ ; Rev. sociétés 2007. 125, note B. Bouloc_ ; RTDcom. 2007. 251, obs. B. Bouloc_ ; JCP E 2007. 1146, note G. Royer ; Dr. sociétés 2006, Comm. n° 132, obs. R. Salomon), fait une application rigoureuse des critères constitutifs du délit d'initié, prévu par l'article L. 465-1 du code monétaire et financier. Reprenant ses analyses antérieures, la Haute juridiction indique que « *l'information doit être précise, mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit complète, elle doit concerner un projet suffisamment élaboré pour être mené à son terme même si des aléas sont toujours possibles, avoir un caractère confidentiel, des rumeurs ne constituant pas une information privilégiée* ». Elle doit, en outre, avoir été déterminante des opérations réalisées. Pour la cour, dans l'affaire concernant Monsieur Soros, l'information, bien que connue de plusieurs financiers, doit être considérée comme confidentielle, dès lors que le grand public n'en a pas été informé. Elle est également précise, le projet de prise de participation ayant été développé et détaillé à Monsieur Soros afin de convaincre ce dernier de participer à l'opération. Il nous semble en revanche que le caractère déterminant de l'information ainsi que son utilisation intentionnelle auraient pu faire l'objet d'une analyse plus approfondie de la part de la Haute juridiction. S'inscrivant dans une stratégie globale et préalable d'acquisition par Monsieur Soros de titres de sociétés privatisées, le caractère déterminant des informations communiquées pour l'acquisition litigieuse d'actions aurait pu être discuté. De surcroît, la lecture de l'arrêt pourrait laisser penser qu'il existerait une présomption quasi-irréfragable d'intention frauduleuse dès lors que l'opérateur a eu connaissance d'informations confidentielles. Or, ce qui différencie le délit du manquement d'initié tient justement dans le caractère intentionnellement frauduleux du premier, par opposition au second. Mais, il est vrai que la jurisprudence a tendance à voir dans la seule conscience du caractère privilégié de l'information, la caractérisation de l'intention.

624 Crim. 29 nov. 2000

625 Il est évident que si l'information a été rendue publique, elle perd en principe son caractère privilégié

626 CA de Paris, 1ère ch., 26 mai 1993, affaire PICCIOTO c/ agent judiciaire du trésor, in Joly Bourse 1993, p.579 et sq : « considérant qu'il n'est pas contesté que les informations relatives au projet d'offre publique d'échange révélées à monsieur…lors de la réunion…à laquelle il participait, n'avait pas un caractère public et que le secret exigé par monsieur…a d'ailleurs été préservé… ».

627 CA de Paris, 9ème ch., 8 novembre 1993, THIRION et COTTE, in Joly Bourse, 1994, p.129-s : « considérant qu'il s'agissait donc bien d'une information de première importance précise et jusqu'à théoriquement 14 h

relever dans la jurisprudence française. L'information privilégiée dont l'usage constitue l'élément matériel du délit d'initié doit être précise et non encore divulguée. Il a été jugé[628] que ne présente pas ces caractères l'information sur le montant des dividendes très éloignée de la réalité et des données sur le patrimoine déjà portées à la connaissance des actionnaires. Sont par exemple imprécis, de simples bruits, les rumeurs et les suppositions.

En l'absence de définition légale de ''public'', généralement considéré comme la masse anonyme d'investisseurs, se pose la question de savoir à partir de quel seuil de partage l'information perd son caractère confidentiel. Plusieurs approches sont possibles. Selon une approche qualitative, il suffirait qu'un petit nombre de grands acteurs de marché partagent l'information pour que celle-ci cesse d'être confidentielle. Selon cette approche, le privilège ne consiste pas à savoir ce que les autres ne savent pas, mais à savoir avant les autres ; il réside dans l'antériorité de la connaissance et non dans le nombre de ceux qui partagent l'information[629]. Selon l'approche quantitative, l'information cesse d'être confidentielle quand un grand nombre de personnes la connaissent[630]. A quel nombre concret le seuil peut être considéré comme franchi. A défaut de précisions de la loi, il nous semble qu'on peut s'inspirer sur l'un des critères de l'APE de l'article 81 de l'AU portant droit des sociétés, qui fixe le seuil à 100 personnes. En tout état de cause, le caractère confidentiel est délicat à apprécier. Que décider, par exemple, lorsque l'information a été publiée de façon fragmentaire dans un périodique ''au tirage limité et d'audience restreinte''[631] ou encore lorsque l'initié n'est pas seul à connaître l'information, mais, que celle-ci n'est détenue que par un nombre très limité de personnes par rapport à l'ensemble des partenaires du marché boursier ?

Sur ces questions, les juges français[632] ont estimé que l'information avait gardé son caractère confidentiel et tendent à considérer que l'information garde ce caractère tant qu'elle n'a pas été diffusée dans le public par un communiqué de la société elle-même[633]. L'Autorité des Marchés Financiers française a abondé dans le même sens[634]. La doctrine majoritaire[635] semble considérer que l'information ne devient confidentielle que par sa publication selon les formalités légales d'information des actionnaires ou

---

37, ignorée du public, en raison notamment du caractère privé de la réunion de Clermont-ferrand à laquelle les participants ne pouvaient assister que sur invitation, et de la demande d'embargo de la dite information jusqu'à 17 h 30… ».

628 CA de Paris, 9ème ch., 15 mars 2000, Revue de droit bancaire et financier 2000, pp.310-sq.

629 Cette conception est celle de M. VERON, « Le délit d'initié : les contours de l'infraction », Droit et patrimoine, fév. 1996, n° 35, p. 54.

630 CLERMONTEL (P), Le droit de la communication financière, Joly éditions 2009, p. 184.

631 Paris, 26 mai 1977, JCP, 1978- II- 18789, note A TUNC ; D. 1978, 379, note J. COLSON.

632 Trib. Corr. Paris 30 mars 1979, JCP, 1980, II, 19306, note A. TUNC.

633 Dans le même sens que cette jurisprudence, JEANDIDIER (W), Droit pénal des affaires, précis Dalloz, 2 éd., 1996, n°128.

634 Elle a décidé ainsi à l'occasion d'une affaire impliquant l'annonce d'une information à une réunion réunissant 200 analystes : CLERMONTEL (P), op.cit., p. 184.

635 Notamment, JEANDIDIER (W), op.cit., n°114 ; DUCOULOUX-FAVARD (C), « Le délit d'initié : dix ans de jurisprudence et d'activité de la commission des opérations de bourse », gaz. pal., 1984, 2, doct…p.419, spéc. p.421 cité par DUCOULOUX- FAVARD (C) et RONTCHEVSKY (N), « Infractions boursières, les délits boursiers-manquements administratifs », Joly Bourse et produits financiers, 2001, p.40.

dans un communiqué officiel de la société[636]. Il nous semble que dans un tel cas, on doit considérer que l'information n'est pas restée confidentielle, au regard des impératifs de rapidité du monde des affaires[637]. Il semble difficile de pouvoir contenir l'information. D'ailleurs, la Cour de Cassation française a estimé, relativement au délit de diffusion des fausses informations que le fait de diffuser ces informations même dans le cadre d'une réunion constituait le délit. L'information doit être non seulement confidentielle mais aussi précise.

b2 : L'information doit être précise

L'information privilégiée doit être précise[638]. La notion de précision ne doit pas être confondue avec celle de certitude. Elle a été définie par la Cour d'Appel de Paris : « *la notion de précision implique l'existence d'un projet suffisamment défini entre les parties pour avoir des chances raisonnables d'aboutir, peu important en revanche l'existence des aléas, inhérents à toute opération de cette nature quant à la réalisation effective de ce projet ; l'information privilégiée ne requiert nullement une certitude de gain pour celui qui la détient* »[639]. Le caractère de précision est un élément constitutif de la définition de l'information, en ce qu'il permet de la distinguer de la rumeur. Cependant, on peut se demander si une même information offre le même degré de précision quel que soit le destinataire ?

La question mérite d'être posée car, l'on sait qu'il est des renseignements qu'un professionnel du marché sera à même d'exploiter immédiatement, mais, dont un profane ne pourra tirer aucun profit. Mais, nous pensons que le caractère privilégié de l'information doit s'apprécier objectivement et en fonction de son seul contenu. En décidant que la précision des renseignements résulte de la connaissance particulière du bénéficiaire desdites informations protège, certes, les investisseurs profanes, mais, peut compliquer la tâche du juge car il va falloir statuer au cas par cas ; encore que la qualité de l'investisseur averti n'est pas facile à appréhender. On risque de tomber dans une insécurité juridique et/ou judiciaire. L'information doit être aussi de nature à agir sur les cours.

b3 : L'information doit être de nature à agir sur les cours

L'information déterminant le délit d'initié doit être de nature à agir sur le cours des titres. Les expressions ''de nature à'' signifie que l'influence sur le cours n'a pas à être établie a posteriori. Par exemple, dans le droit français, il a été jugé que : « *Sur l'incidence du cours du titre sicma de l'information dont disposait zodiac sur la cession prochaine du contrôle majoritaire de sicma dans une fourchette de prix par titre sicma se situant entre 620 F et 750 F avait nécessairement une incidence sur le cours de la valeur ;*

---

[636] Il faut considérer suivant la jurisprudence belge que l'information a été rendue publique lorsque la société a publié son rapport annuel, ses comptes annuels, a tenu une conférence de presse pour annoncer ses résultats etc. (DEVOS (D), Les opérations d'initié en droit positif belge, Rev. Banque, 1991, p.458 ; Corr. Charleroi, 27 septembre 1995, R.P.S., 1996, p. 152 ; Corr. Gand, 27 septembre 1995, R.P.S., 1996, p. 155.

[637] Dans le même sens, RENUCCI (J-C), « Les frontières du délit d'initié », Dalloz affaires 1996, p.403, spéc. n°10 cité par DUCOULOUX- FAVARD (C) et RONTCHEVSKY (N), op.cit., p.40.

[638] Crim. 15 mai 1997, Rev. Soc. 1998, 135, obs. B. BOULOC ; 14 juin 2006, Bull. crim. n° 178.

[639] CA de Paris, 26 mai 1993, PICCIOTTO C/ Agent judiciaire, op.cit.

que si elle avait été connue des opérateurs, elle aurait provoqué des demandes d'acquisition de la part de ceux-ci, assurés de pouvoir les céder avec une plus-value dans le cadre d'une OPA, et la demande augmentant, elle aurait entraîné une hausse des cours »[640].

« *Cette information (…) était de nature à influencer le cours du titre dès lors que, si elle était réalisée, elle aurait modifié la taille, la rentabilité et les perspectives d'avenir de la société* »[641]. Il est à remarquer que la loi n'impose pas que l'information ait influencé le cours du titre. Il faut et il suffit, que la diffusion de cette information ait pu influencer le cours du titre. Peu importe donc que le cours ait été faussé. On ouvre, néanmoins, le champ libre à de vastes débats de savoir si en l'absence d'effets sur les cours, la diffusion incriminée doit être sanctionnée, puisque l'on ne manquera pas de prétendre que la meilleure preuve qu'elle n'était pas susceptible d'influer sur les cours se déduit précisément de la non-perturbation de ceux-ci. Pour effectuer cette appréciation, le juge doit se replacer au moment de la commission de l'acte interdit et examiner si, à ce moment, un investisseur raisonnable aurait pu se douter que l'information, une fois diffusée, pourrait influencer le cours du titre[642].

Dans le droit français, il faut relever des évolutions importantes sur ce caractère. Il est désormais prévu que l'information doit être susceptible d'avoir une influence sensible sur les cours. Une information présente un tel caractère dès lors qu'un investisseur raisonnable serait susceptible de l'utiliser comme l'un des fondements de ses décisions d'investissement[643]. L'arrêt *Spector* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 23 décembre 2009 a rappelé que l'aptitude à influencer de manière sensible sur les cours doit s'apprécier, a priori, à la lumière du contenu de l'information en cause et du contexte dans lequel elle s'inscrit. Cette évolution de la question en France serait la bienvenue dans notre droit, ce d'autant plus que l'information, pour être privilégiée, doit avoir été déterminante des opérations réalisées.

b4 : L'information doit être déterminante des opérations réalisées

Cette exigence découle de la logique du droit pénal qui requiert conscience et volonté pour qu'un délit soit constitué. La preuve du caractère non déterminant d'une information privilégiée[644] lors de la réalisation d'une opération financière, bien que difficile, n'est cependant pas impossible. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 février 2007[645] en est une illustration. Il ressort des faits de l'espèce que les opérations d'achat massif d'actions par le président avaient pour finalité de restituer la valeur réelle du

---

[640] CA de Paris, 1ère ch., 15 novembre 1994, SA zodiac c/ COB, Joly bourse 1995, pp.9 et suivantes, citée par DOMPE (M-N), « Le devoir d'abstention de l'initié », Rev. Jurisp. Com. 2003, numéro spécial, p.179.

[641] Cass. Crim., 15 octobre 1998, Joly Bourse 1999, pp.67 et suivantes, citée par DOMPE (M-N), op.cit., p.179.

[642] En droit belge, il faut que l'influence sur le cours du titre soit ''sensible''.

[643] Art. 621-1, al. 3 du Règlement Général de l'AMF ; SAMUELIAN (M), « Où sont les risques ? », Colloque ''Manquements d'initiés : prévention et répression '', sous la direction scientifique de Anne-Dominique MERVILLE, Bull. Joly bourse, juillet-août 2011, p. 446.

[644] Le critère de ''l'information doit être déterminante pour les opérations réalisées'' n'est pas une caractéristique de l'information, mais un élément de qualification du délit ou du manquement constitué par l'exploitation d'une information privilégiée : VIANDIER (A), note sous Cass. Crim., 26 juin 1995, BUE La Ruche Méridionale, JCP G 1996, II, n° 22599, spéc. n° 1.

[645] Paris, 2 févr. 2007, *Deveaux et SA Fideuram Wargny*, RTD com. 2007. 413, obs. N. Rontchevsky_ ; Dr. sociétés 2007, Comm. n° 123, obs. R. Salomon.

titre de la société. Ainsi, les juges estiment que l'information concernant la forte hausse du bénéfice net, bien que précise, confidentielle et susceptible d'influer sur le cours de la valeur, n'a pas été déterminante des opérations litigieuses. La recherche d'une plus-value résultant de la hausse des titres à la suite de la divulgation des bons résultats de la société n'était pas l'objectif recherché par le dirigeant. Il reste que la preuve du caractère non déterminant d'une information privilégiée au sens de l'article L. 465-1 du code monétaire et financier ne se conçoit véritablement que dans des situations marginales, telle celle issue des faits de l'espèce. Soulignons qu'il ressort de certains arrêts français que la preuve du caractère déterminant doit être rapportée par l'accusation[646].

Ainsi, l'on peut se demander si un initié en possession d'une information privilégiée qui s'abstient d'utiliser celle-ci peut être poursuivi. Relativement à cette question, on peut penser que l'exigence de réalisation posée par la loi permet d'écarter du champ d'incrimination l'omission. L'information privilégiée doit avoir les caractères de confidentialité, de précision et doit être déterminante des opérations réalisées[647]. L'information privilégiée doit s'analyser objectivement et non en fonction de la personne qui la reçoit : « le *caractère privilégié des informations ne saurait résulter de l'analyse que peut en faire celui qui la reçoit et les utilise mais doit s'apprécier de manière objective, excluant tout arbitraire et en fonction de leur seul contenu* »[648].

Concernant le délit d'initié, un point important est à clarifier. C'est la situation dans laquelle plusieurs personnes agissant de concert décideraient de prendre une participation significative dans le capital d'une société cotée, voire, lancer une offre publique d'achat et où certains procéderaient ensuite à la revente de leurs titres. Ainsi, peuvent-elles être passibles du délit d'initié ou seraient-elles exemptées en raison de la nature de l'opération projetée ? En clair, les opérations d'initié et l'action de concert n'apparaissent-elles pas comme des concepts antinomiques ?[649]

En réalité, *« les marchés financiers sont des marchés d'initiés*. *Toute la place est initiée* »[650]. Il y a ainsi « *quelque chose de diabolique dans le délit d'initié* » en raison de l'inévitable grand nombre d'initiés de par leur profession ou fonction[651]. Le délit d'initié ne pose pas un problème de nature mais de degré[652]. Ainsi, l'on ne devrait réprimer que les opérations pures d'initiés, c'est-à-dire, celles qui sont faites à des fins personnelles. Le délit d'initié sanctionne la rupture d'égalité entre les investisseurs. L'information d'initié supprime l'aléa normal du marché qui pèse sur tous les intervenants[653]. La

---

646 Crim. 14 juin 2006, Bull. crim. n° 178.

647 Cette exigence du caractère déterminant de l'information est conforme à l'esprit de l'incrimination qui est de réprimer l'exploitation d'une information privilégiée.

648 Arrêt BUE de 1995, cité par DOMPE (M-N), « Le devoir d'abstention de l'initié », Rev. Jurisp. Com., numéro spécial, novembre 2003, p.184 ; sanct. AMF, 1ère sect., 22 janv. 2009, Sté VINCI, Bull. Joly bourse, 1er avril 2009, note Th. BONNEAU.

649 CARREAU (D) et MARTIN (J.Y), « Le secret boursier », Droit et pratique du commerce international, 1990, p.52 : cette vue d'ensemble est partagée.

650 Déclaration d'un Président de la COB française à la tribune de l'expansion du 08 septembre 1989, cité par CARREAU (D) et MARTIN (J.Y), op. cit., p.53.

651 Déclaration op. cit., p.53.

652 Déclaration op. cit., p.53.

653 L'information d'initié est l'envers regrettable de l'égalité devant l'information.

question peut se poser de savoir si l'exploitation des résultats d'un sondage avant leur publication peut constituer un délit d'initié ?

Le délit d'initié suppose l'existence d'informations privilégiées. Entre dans cette catégorie, tout renseignement de nature à avoir un effet sur le cours du titre et non une information uniquement confidentielle. Pour la défunte COB en France, en raison de l'aléa qu'il comporte, « *notamment du fait de l'indétermination du nombre d'électeurs sur le sens de leur vote ou de l'évolution possible de l'opinion des personnes interrogées, les résultats de ces sondages ne sauraient être a priori considérés comme une information privilégiée* »[654]. Cependant, l'auteur ou l'utilisateur d'un sondage doit veiller à maîtriser le processus de communication de celui-ci afin de ne pas provoquer par des rumeurs des perturbations sur le marché. Les résultats d'un sondage ne sauraient donc constituer a priori une information privilégiée. De même, les opérations faites sur la base d'une rumeur, d'un renseignement vague et non vérifié ne devraient pas tomber sous le coup de la loi[655]. La question de savoir si un sondage de marché emporte transmission d'une information privilégiée est d'actualité. A l'origine de cette interrogation, se trouve une sanction AMF du 17 mars 2011[656]. Le gendarme boursier français a sanctionné deux banques pour avoir transmis sans précaution une information privilégiée à l'occasion d'un sondage réalisé en vue d'un placement obligataire[657]. Il vient ainsi rappeler aux opérateurs que, même effectué en toute discrétion et avec célérité, le sondage peut perturber le marché en révélant les conditions d'une opération à venir[658]. Il faut cependant noter que l'AMF ne fait pas de lien automatique entre le sondage et l'information privilégiée ; elle prend soin de vérifier que les informations communiquées à l'occasion du sondage caractérisaient une information privilégiée. Elle rejoint ainsi son prédécesseur, la COB. Le sondage ne constitue pas en soi une information privilégiée s'il n'en remplit pas les caractéristiques[659]. Cette position emporte notre adhésion.

L'utilisation d'informations privilégiées n'est pas seulement une infraction pénale. Elle est aussi un manquement administratif sanctionné par les autorités de marché. Ce manquement découle du pouvoir de sanction reconnue à celles-là. Les objectifs ici sont de pallier les lacunes de l'incrimination pénale, notamment, l'incertitude qui affecte les éléments constitutifs du délit d'initié. Les manquements consistent dans des violations des obligations d'abstention mises à la charge d'initié. Ces obligations sont par exemple[660] : l'interdiction d'utiliser une information privilégiée en acquérant ou en

---

654 COB, communiqué du 20 août 1992 sur la qualification des résultats de sondages, Petites affiches du 02 septembre 1992, p.12.

655 CUISANCE (A), L'exploitation des résultats d'un sondage avant leur publication peut-elle constituer un délit d'initié ?, Les petites affiches du 2 septembre 1992, n° 106, p. 12.

656 Affaire CACIB, Natixis, M. A. et sté de gestion X, Bull. Joly bourse, sept. 2011, pp. 512-514.

657 Les sondages sont nécessaires en vue des émissions sur le marché primaire ou des cessions de bloc sur le marché secondaire ; ils constituent le moyen utilisé pour déterminer les meilleurs caractéristiques de l'opération ; l'objectif est de cerner le plus précisément possible les attentes pour trouver le meilleur équilibre entre les objectifs antagonistes poursuivis par l'émetteur et le cédant d'un côté, les investisseurs de l'autre.

658 En l'occurrence, il s'agissait de l'émission d'un nouvel emprunt obligataire de Danone à des conditions plus intéressantes que celles du précédant, encore en cours. Sur la question, DAIGRE (J.J), « Un sondage de marché peut emporter la transmission d'une information privilégiée », note sous sanct. AMF, 17 mars 2011, CACIB, Natixis, M. A. et sté de gestion x, Bull. Joly bourse, sept. 2011, p. 513.

659 DAIGRE (J. J), op.cit., p. 514.

660 BONNEAU (Th) et DRUMMOND (F), Droit des marchés financiers, Economica, 2005, pp.459-460.

cédant, pour son propre compte ou pour le compte d'autrui, soit directement soit indirectement les instruments financiers auxquelles se rapporte cette information ou les instruments financiers auxquels ces instruments sont liés ; l'interdiction de communiquer une information privilégiée à une autre personne en dehors du cadre normal de son travail, de sa profession ou de ses fonctions ou à des fins autres que celles à raison desquelles elle a été communiquée ; l'interdiction de recommander à une autre personne d'acquérir ou de céder, ou de faire acquérir ou céder par une autre personne, sur la base d'une information privilégiée, les instruments financiers auxquels se rapportent cette information ou les instruments auxquels ces instruments sont liés. Une jurisprudence française a apporté à juste titre des précisions sur la sanction du manquement d'initié[661]. Il a été ainsi jugé que l'initié peut échapper à la sanction s'il peut établir qu'il n'a pas fait une utilisation indue de l'information[662]. Cette mesure est à saluer. Désormais, ce n'est pas l'utilisation de l'information qui est sanctionnée chez l'initié, mais son utilisation indue. Cette approche doit constituer une source d'inspiration pour nos droits des marchés.

En ce qui concerne l'imputation du manquement d'initié aux personnes mises en cause, la détention de l'information privilégiée peut être établie soit par une preuve tangible, soit, à défaut, par un faisceau d'indices concordants desquels il résulte que seule la détention de l'information privilégiée peut expliquer les opérations auxquelles les personnes mises en cause ont procédé[663]. Le faisceau d'indices concordants permet de démontrer que la personne ne pouvait raisonnablement ignorer le caractère privilégié de l'information, en raison notamment des opérations qu'elle a pu réaliser ou de sa qualité d'investisseur qualifié.

Les autorités du marché interviennent à un double titre dans la sanction à la bonne information du marché. Elle dispose d'un pouvoir autonome de sanction administratif. Elle facilite en outre la poursuite et la sanction des infractions proprement pénales en matière boursière lorsque les faits constituent des comportements répréhensibles sur le marché.

2: Les comportements délictueux

Dans les comportements répréhensibles, est appréhendé le fait pour les initiés d'avoir réalisé ou permis de réaliser une ou plusieurs opérations. Le délit d'initié n'est pas consommé par la seule détention ou communication d'une information privilégiée. Il faut que des opérations aient été réalisées. Les opérations constituant le délit d'initié présente deux facettes : la réalisation d'opérations sur un instrument financier coté (a) et la communication d'informations privilégiées (b).

---

661 Com., 8 févr. 2011, RTDcom., avril-juin 2011, pp. 385-392, chroniques, obs. N. RONTCHEVSKY

662 RONTCHEVSKY (N), observations sous décision op.cit ;, p. 389.

663 SERGAKIS (K), « L'enthousiasme et l'imprudence partagé entre communication et utilisation d'une information privilégiée », note sous Sanct. AMF, 1ère sect., 18 nov. 2010, MM. P. Koskas, A. Sberro, X, O. Hoën, A. Bezzina, P. Bourgeois, Bull. Joly bourse, avril 2011, p. 251 ; sanct. AMF, 15 déc. 2009, Bull. Joly bourse, 15 déc. 2009, n° 6, p. 458 ; dans le même sens, décision de la commission de sanctions de l'AMF à l'égard de MM. A,B,C,D,E,F,G,H et I, 17 févr. 2011, Rev. Soc. 2011, p. 460, note Ph. DIDIER ; sanct. AMF, 16 sept. 2011, MM. H et J, Bull. Joly bourse, 1er janv. 2012, n° 1, p. 17, Aff. *Oberthur technologies,* note MARPEAU (B) et PASTERNAK (J).

a : La réalisation d'une opération sur un instrument financier coté

L'interdiction faite à l'initié d'agir sur un instrument financier coté porte sur toute opération : achat, échange, vente etc. Mais à partir de quel moment exactement le délit est consommé ? Cette question est importante, ce d'autant plus que le législateur ne réprime pas la tentative du délit d'initié. La loi ne dit rien sur la question. Néanmoins, une jurisprudence française a étendu le champ d'opérations en matière de délit d'initié au simple lancement d'un ordre de bourse sans qu'il soit même exécuté[664]. Elle considère ainsi que c'est le lancement de l'ordre d'achat ou de vente et non son exécution qui consomme le délit. Plusieurs conséquences découlent de cette solution. D'une part, l'infraction demeurera constituée si l'ordre n'est pas exécuté. D'autre part, le délit ne pourra pas être retenu si la connaissance de l'information privilégiée intervient entre le lancement de l'ordre et son exécution, sauf réitération de son ordre par l'initié. En effet, concernant ce dernier cas, certains juges ont décidé que l'infraction était commise dès lors que l'initié n'avait pas retiré son ordre de bourse après avoir pris connaissance de l'information privilégiée, mais l'avait au contraire réitéré[665].

En revanche, la formule impose une initiative de l'initié, c'est-à-dire que l'initié doit avoir joué un rôle actif dans la transmission de l'information[666]. Le délit d'initié est caractérisé alors même que l'initié n'avait pas connaissance de l'identité de l'opérateur ou des modalités de l'opération qu'il permettait de réaliser[667]. L'interdiction s'étend même à la réalisation de l'opération par personne interposée. Cela voudrait-il dire que les PSI peuvent-ils être coupables de délit d'initié étant entendu que l'intermédiation financière est un impératif dans nos marchés financiers ?

Nous pouvons répondre par la négative compte tenu du fait que la réalisation du délit d'initié intervient dans l'ordre lui-même et non dans sa liquidation et le PSI ne fait qu'exécuter l'ordre[668]. Quant aux opérations, elles rentrent dans le champ d'application de la prohibition dès lors qu'elles portent sur un instrument financier coté. De plus, le fait que ces opérations soient effectuées sur une place étrangère ne permet pas à l'initié d'échapper aux poursuites. Il suffit, pour que l'infraction soit commise sur le territoire de la République, qu'un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs ait été accompli sur notre territoire.

Par ailleurs, il faut noter que la détermination du moment de lancement de l'ordre est fondamentale. En effet, la détention de l'information privilégiée doit être antérieure au lancement de l'ordre, de sorte qu'on puisse voir que c'est celle-là qui a conditionné celui-ci. L'ordre de bourse doit donc être la conséquence de la connaissance de l'information privilégiée.

---

664 Paris, 30 mars 1977, JCP, Ed. G 1980, II, n° 1936 ; JCP 1978, II, 18789, 1ère espèce, note A. TUNC; Cass.com, 18 juin 1996, JCP, Ed. E 1996, II, note H. Hovasse; ONGUETOU ADIYI (P.J), Le délit d'initié, Mémoire de master en Contentieux et arbitrage des affaires, UCAC, 2008-2010, p. 27 ; LASSERRE CAPDEVILLE (J), Le délit d'initié : une infraction modelée par les juges, Actualité Juridique Pénal, fév. 2011, Dalloz, p. 59.

665 TGI Paris, 30 mars 1979, JCP 1980, II, 19306, note A. TUNC.

666 On doit exclure du champ de l'incrimination notamment, les cas où le tiers a écouté aux portes ou a consulté un courrier qui ne lui était pas adressé.

667 Cass.crim, 26 octobre 1995, RJDA 1995, n° 857.

668 ONGUETOU ADIYI (P.J), Le délit d'initié, Mémoire op.cit., p. 28.

Une évolution récente en droit français est remarquable : le terme ''utilisation'' d'information privilégiée a été substitué à celui d'''exploitation''. L'emploi du terme ''utilisation'' permet de supprimer toute référence à la causalité entre la détention de l'information privilégiée et l'acquisition ou la cession des titres de l'émetteur par l'initié. De plus, l'utilisation doit être indue pour que le délit soit constitué. Dès lors, la personne mise en cause n'est sanctionnée que s'il a fait une utilisation indue de l'information privilégiée. Cette précision a l'avantage de faire de la présomption qui pèse sur les initiés une présomption simple[669]. De ce fait, elle peut tomber devant la preuve contraire. Depuis l'arrêt *Frydman*, il appartient aux mis en cause, si la matérialité des faits constitutifs du manquement d'initié est établie, de démontrer qu'il n'a pas fait une utilisation indue de l'avantage que lui procurait la détention de l'information privilégiée. Il doit rapporter la preuve que l'opération invoquée était justifiée par un motif impérieux.

b: La communication d'une information privilégiée

La communication d'informations privilégiées, infraction autonome en droit français, est un élément constitutif du délit d'initié dans nos droits des marchés financiers. Cette infraction réprime ainsi la violation de l'obligation de réserve ou d'abstention à laquelle l'initié est tenu, peu importe le moyen de communication. Cette communication doit être anormale, par exemple, elle doit être faite à des tiers en dehors du cadre normal de la profession ou des fonctions. La communication est anormale : lorsqu'elle est faite à titre privée ou personnelle ; lorsqu'elle est faite aux tiers, c'est-à-dire, aux destinataires ne participant pas à titre professionnel aux mêmes activités que l'initié[670]. Que faut-il entendre par ''cadre normal de sa profession'' ? Une interprétation stricte semble s'imposer comme en témoigne un arrêt de la CJUE[671].

La communication d'informations privilégiées aux tiers doit être faite à des fins autres que celles à raison desquelles elle est détenue, notamment, la réalisation d'un profit indu. Cet aspect de l'incrimination pose le problème de l'exigence ou non de l'élément moral.

B : L'élément moral

L'appréciation de l'élément moral semble différente selon que l'on est dans le cadre du marché financier camerounais ou dans celui de la CEMAC. Dans le premier système, l'utilisation de l'adverbe ''sciemment'' dans le texte de l'incrimination laisse entendre que l'intention coupable est requise. L'utilisation de l'adverbe ''sciemment'' oblige à rechercher la conscience de l'initié.

---

669 COHEN-BRANCHE (M), « La présomption et ses effets », Colloque ''manquement d'initié : prévention et répression'', sous la direction scientifique de Anne-Dominique MERVILLE, Bull ; Joly bourse, juillet-août 2011, p. 464 ; dans le même sens, il est acquis, depuis l'arrêt Spector, que la présomption qui pèse sur l'initié est une présomption simple : CJUE, 23 déc. 2009, n° aff. C 45/ 08, Spector Photo Group NV, Chris Van Raemdonck c/ CBFA, Bull. Joly, 1er mars 2010, n° 2, p. 92, note S. TORCK; Rev. Soc., 2010, p. 325, note P.-H. CONAC.

670 ONGUETOU ADIYI (P.J), op .cit ; p. 34.

671 CJUE, 22 nov. 2005, C-384 /02, Knud Grongaard.

En revanche, dans le Règlement Général COSUMAF, l'intention ne semble pas exigée[672]. S'agit-il d'un oubli ou d'une volonté consciente du législateur ?

A notre avis, il s'agit d'une volonté consciente du législateur, celle de vouloir sanctionner sévèrement les comportements répréhensibles des initiés, car, il y va de l'égalité des investisseurs et surtout de l'intégrité du marché. Les opérations d'initiés faussent les règles du jeu sur le marché financier et rompent l'égalité qui est l'un des principes fondamentaux du monde boursier. Le délit d'initié ne repose pas nécessairement sur la réalisation d'un dol spécial ou d'un dol général, mais, sur le simple fait de réaliser des opérations sur le marché boursier. Dès lors, on pourrait conclure que c'est une infraction non intentionnelle. Mais, les principes de droit pénal s'y opposent, l'élément intentionnel ne peut être apprécié qu'au terme d'une interprétation stricte de la loi. En l'occurrence, l'élément intentionnel résulte de l'exploitation des informations privilégiées, c'est-à-dire la connaissance ou la conscience de commettre un délit.

Cependant, selon certaines décisions de justice[673], il n'est pas nécessaire, pour que ce délit soit constitué, que le prévenu ait eu une intention spéculative ou ait voulu réaliser un profit. En définitive, il faut dire que l'appréciation du comportement d'initié est dépourvue de la prise en considération de toute subjectivité. L'élément matériel est le fait de réaliser directement ou par personne interposée une ou plusieurs opérations en bourse. La tentative n'est pas incriminée. Aucun résultat ni profit n'est exigé. Le profit n'est donc pas un élément constitutif de l'infraction. Cette dernière peut également être retenue en cas de perte. Le profit sera pris en considération, le cas échéant, pour déterminer le montant de la sanction pécuniaire prononcée contre le prévenu[674]. Les profits tirés d'un manquement d'initié constituent d'une part la condition du dépassement de la peine maximale normalement encourue et, d'autre part, la mesure du quantum de la sanction en application du principe de la proportionnalité[675]. Dans une affaire d'abus de marché, l'AMF a prononcé des sanctions supérieures au profit réalisé par l'auteur, notamment le double des profits réalisés[676].

Le délit d'initié s'apparente dès lors à une infraction formelle, se consommant indépendamment de tout résultat. Il suffit d'un achat et d'une vente pour qu'il soit constitué. La simple constatation de la réalisation d'une opération ou de l'exécution d'un ordre suffit à constituer l'élément matériel de l'infraction. La même objectivité est requise en ce qui concerne l'élément moral. La sanction du délit d'initié est une proclamation d'un droit à l'égalité de traitement sur les marchés financiers, d'où l'originalité de sa répression.

---

672 Art. 389 dudit Règlement.

673 Par exemple, Tribunal correctionnel de Paris, 29 octobre 1975, affaires BDR, JCPG, 1976- II-18329, A. TUNC.

674 SAMUELIAN (M) et alii, "Les enseignements de l'arrêt Maurel et Prom rendu par la cour de cassation le 24 avril 2011 », note sous Cass. Com., 27 avril 2011, n° 10-12125, Maurel et Prom, Bull. Joly bourse, septembre 2011, p. 490.

675 Dans le même sens, RONTCHEVSKY (N), note sous Cass. Com., 8 fév. 2011, Bull. Joly bourse, 1er juin 2011, n° 6, p. 360.

676 Sanct. AMF, 17 février 2011.

III : Le particularisme des sanctions du délit d'initié

Ce particularisme est marqué davantage par la dualité de la répression pénale et administrative (A) et est aussi perceptible dans les objectifs de la répression (B).

A : La dualité de la répression pénale et administrative

Le particularisme des infractions boursières tient à la double sanction : une sanction administrative prononcée par l'autorité de contrôle des bourses de valeurs et une sanction pénale prononcée par les tribunaux. En effet, la violation d'une disposition légale ou réglementaire de nature à porter atteinte aux droits des épargnants peut constituer à la fois un manquement susceptible d'être sanctionné par l'autorité de contrôle des marchés et un délit appelant une sanction pénale. Le législateur n'a pas exclu qu'un même fait puisse être doublement poursuivi et sanctionné. Les personnes punissables sont aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. La responsabilité de la personne morale n'est pas exclusive de la responsabilité de la personne physique. Ceci est valable aussi bien dans le cadre de la répression pénale. Il a été jugé que le dirigeant d'une société cotée est coresponsable avec elle des manquements à la bonne information du public, même s'ils sont principalement imputables à l'émetteur à raison d'un simple manque de précision. En revanche, il est seul responsable du manquement à l'obligation légale d'assurer la publicité de la promesse dont il était bénéficiaire[677].

Il a été jugé que l'annulation de la décision de la sanction prononcée par l'autorité de contrôle n'a pas d'effet sur les procédures pénales en cours[678]. La question peut se poser de savoir si lorsqu'elle est saisie d'un recours contre une décision de sanction de l'autorité des marchés, la justice pénale n'a pas l'obligation de surseoir à statuer jusqu'à ce que les juridictions répressives se soient prononcées sur les poursuites pénales engagées par ailleurs contre l'intéressé pour les mêmes faits ?

On peut répondre par la négative[679] car la procédure administrative et la procédure pénale ont des fondements distincts et visent des infractions dont les éléments constitutifs sont différents, de sorte que la chose jugée dans l'une de ces instances n'a aucune autorité sur l'autre. On peut même ajouter que le risque d'une double peine est écarté par l'obligation faite à l'instance qui se prononce en dernier lieu de veiller au principe de proportionnalité dans le montant global des sanctions éventuellement prononcées[680]. Il serait d'ailleurs regrettable que sur des questions

---

677 Sanct. AMF, 16 sept 2010 ; LAPRADE (F.-M) : « Affaire Orgasynth : les limites de la ''tolérence zéro'' », Bull. Joly bourse, janv. 2011, p. 7.

678 Cass., 1er mars 2000, JCP 2000, n° 4194.

679 CA Paris, 12 janvier 1994, Affaire Fraiberger, RJDA, 1994, n°1150, 2ème espèce.

680 Le Conseil Constitutionnel français a considéré dans une décision du 28 juillet 1989 que le principe de proportionnalité impliquait que, en cas de double procédure administrative et pénale, le montant global des sanctions prononcées n'excède pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues : PEYRAMAURE (Ph), « Diffusion d fausses informations et manipulation de cours », Rev. Jurisp. Com. novembre 2003, p. 159. Dans le même sens, NORD-WAGNER (M), « La double sanction des infractions boursières à l'épreuve du principe *non bis in idem* », Actualité Juridique Pénal, Dalloz, fév. 2011, p. 68.

communes telle que la notion de marché, la jurisprudence administrative puisse se trouver en opposition avec la jurisprudence judiciaire[681].

L'exercice du pouvoir de sanction peut se heurter au principe de la séparation des autorités et au respect des procédures protectrices des droits de l'homme. La nature administrative des sanctions n'empêche pas qu'elles soient soumises au respect des droits de la défense[682], d'où la nécessité d'un débat contradictoire[683], d'une séparation des fonctions. La cour de cassation française a d'ailleurs, dans l'affaire *OURY*[684], confirmé l'annulation d'une sanction en raison de la confusion entre l'instruction et le jugement. Les droits de la défense sont même davantage renforcés du fait de la montée en puissance des pouvoirs de sanction de l'AMF. Ainsi, il ressort d'un arrêt que, ces droits s'imposent, sous le contrôle du juge, aux autorités disposant d'un pouvoir de sanction sans qu'il soit besoin pour le législateur d'en rappeler l'existence[685]. Des décisions

---

681 DUCOULOUX- FAVARD (C) et RONTCHEVSKY (N), « Infractions boursières, les délits boursiers-manquements administratifs », Joly Bourse et produits financiers, 2001.p.131.

682 Le Conseil d'Etat, en formation solennelle, a rendu un important arrêt sur l'applicabilité des prescriptions de l'article 6, § 3, de la Convention européenne des droits de l'homme, à la procédure de sanction disciplinaire suivie par l'AMF (**CE 27 oct. 2006, n° 276069**, *M. P et autres*, D. 2006. AJ. 2792, obs. A. Lienhard ; AJDA 2007. 80, obs. M. Collet, RTD com. 2007. 406, obs. N. Rontchevsky ; LPA, 20 déc. 2006, concl. M. Guyomar). Ce paragraphe impose le droit pour la personne mise en cause : a) d'être informée dans le plus court délai, de la nature et de la cause de l'accusation ; b) de disposer du temps et des facilités nécessaires pour sa défense ; c) de se défendre elle-même ou avoir l'assistance d'une personne de son choix, et de pouvoir être assistée gratuitement d'un avocat si elle n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur ; d) d'interroger ou faire interroger les témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge et e) de se faire assister gratuitement d'un interprète.Le Conseil d'Etat juge sans ambiguïté que ces garanties sont indispensables pour assurer le caractère équitable des débats, leur méconnaissance pouvant utilement être invoquée devant lui. La Haute juridiction administrative nuance cependant son propos en écartant l'assistance gratuite d'un avocat des garanties indispensables de la défense, cette garantie étant propre aux procédures juridictionnelles. La conséquence de l'analyse du Conseil d'Etat est importante. En cas de méconnaissance d'une de ces exigences, la procédure est viciée dans son intégralité. La commission des sanctions devra reprendre les poursuites *ab initio*, à condition toutefois que le délai de prescription ne soit pas expiré. En l'espèce, le Conseil d'Etat a estimé que les garanties de l'article 6, § 3 avaient été respectées et a validé à ce titre la procédure suivie par la commission des sanctions de l'AMF.

La Cour de cassation ajoute à l'exigence de respect des droits de la défense que la personne mise en cause ou son représentant ait eu la parole en dernier lieu : BOUTHINON-DUMAS (H), « Le statut procédural du ministère public devant la Cour d'Appel de Paris statuant sur un recours contre une décision de sanction de l'AMF », note sous cass.com, 7 déc. 2010, n° 09-72581, affaire FRYDMAN, Bull. Joly bourse, avr. 2011, p. 230.

683 L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation du 6 février 2007 (**Com. 6 févr. 2007, n° 05-20.811**, *Générix c/AMF*, D. 2007. AJ. 587 ; Banque et droit, mars-avr. 2007, p. 41, note H. de Vauplane et *alii*) confirme l'inapplicabilité du principe du contradictoire au stade de l'enquête préalable diligentée par les services de l'AMF en cas de suspicion de manquement. L'opportunité d'une telle extension est toutefois soulignée par une partie de la doctrine au motif qu'elle permettrait l'ajustement des griefs, voire l'arrêt des poursuites dès ce stade, en amont de la phase d'instruction. Il n'en demeure pas moins que la solution actuelle est conforme aux règles de droit pénal, qui ignore le principe du contradictoire au stade de l'enquête judiciaire et de l'instruction et semble conforme au caractère inquisitoire de la procédure pénale française (en ce sens, H. de Vauplane, note préc.).

684 Cass. Ass. pl., 5 fév. 1999, COB, JCP 31 mars 1999, n°10060.

685 RONTCHEVSKY (N), « L'application du principe des droits de la défense aux enquêtes de l'Autorité des marchés financiers », note sous Cass. Com., 12juillet 2011, n° 10-28375 QPC (FPB), X c/ AMF, Bull. Joly bourse, novembre 2011, p. 583.

françaises récentes présentent néanmoins des cas de violation des droits de la défense : la violation de la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client[686] et le vice de procédure lié à la violation de l'obligation de contradiction[687].

L'institution de la répression administrative en parallèle à la répression pénale a son origine dans le souci du législateur d'aboutir à une meilleure sanction des infractions boursières dans les conditions d'efficacité[688] et de rapidité[689]. Les rapports entre les deux pouvoirs de sanction sont des relations de complémentarité dont l'importance se trouve du côté de la protection des intérêts du marché. Néanmoins, il faut relever que cette dualité de compétence est source de complexité.

Sur la question des sanctions du délit d'initié, nous allons nous référer à la loi camerounaise de 1999 qui a prévu des incriminations et des sanctions, bien qu'elles semblent faibles pour dissuader les intervenants malveillants sur les marchés. La loi du 22 décembre 1999[690] punit d'un emprisonnement de six (6) mois à deux (2) ans et d'une amende de un (1) à dix (10) millions (10.000.000) de franc CFA le délit d'initié. En France, l'emprisonnement est de deux (2) ans avec une amende de dix (10) millions. Ces sanctions peuvent même être cumulées avec les sanctions administratives susceptibles d'être prononcées par l'autorité de contrôle des bourses de valeurs[691]. Cette double compétence fait ainsi la particularité de la sanction du délit d'initié. La répression pénale peut ainsi s'ajouter à la répression administrative[692] parce qu'il y a une autonomie relative entre les deux procédures : un non lieu dans une affaire de délit d'initié n'empêche pas la condamnation par l'autorité de marché pour manquement d'initié dans la même affaire[693]. L'inverse est également vrai[694]. La règle ''non bis in idem''[695] ne

---

[686] CA Paris, p. 5, ch. 7, 9 sept. 2010, n° 2010/00128, Sté ITS SA c/AMF. Pour plus de détails, BOMPOINT (D), « Les droits de la défense sont-ils plus flexibles que les règles d'information du marché ? », note sous la décision précitée, Bull. Joly bourse, avril 2011, p. 233-235.

[687] Sanct. AMF, 16 déc. 2010, Bull. Joly bourse, mai 2011, N. MIGUET. En l'espèce, est mis en cause le caractère équitable de la procédure et en particulier les droits de la défense compte tenu du fait que la condamnation a été prononcée sans que la personne concernée ou son représentant ait été entendu : BOUTHINON-DUMAS (H), « La manipulation du marché boursier par la publication de recommandations d'investissement intéressées », note sous sanct. AMF précitée, p. 310.

[688] Il faut noter ici que l'absence d'information reste plus facile à sanctionner sur le plan administratif parce que l'obligation d'information n'est pas respectée. La sanction pénale est plus difficile en l'espèce. Néanmoins, le silence comme délit pénal peut être sanctionné lorsqu'il est sélectif : PEYRAMAURE (Ph), op.cit., p. 158.

[689] Les investigations des gendarmes de la bourse ainsi que leur procédure de sanction sont plus rapides. Elles doivent informer le parquet lorsqu'elles soupçonnent des faits délictueux mais peuvent continuer à instruire sur leurs propres initiatives et même sanctionner. Elles sont un instrument de sanction plus rapide, parfois trop rapide. Par exemple, l'ex-COB en France a dans le passé été sanctionnée pour n'avoir pas pris suffisamment en compte les droits de la défense. On lui faisait le reproche de n'avoir pas permis le déroulement d'un procès impartial parce que le rapporteur avait participé à la décision de sanction :(PEYRAMAURE (Ph), op.cit., p. 159 ; CA de Paris, 12 janvier 1994, Aff. Métrologie International, RJDA 94, n° 1150).

[690] Art. 36, loi du 22 décembre 1999.

[691] DE VAUPLANE (H) et BORNET (J.P), Droit des marchés financiers, Litec 2001, pp.910 et suivantes.

[692] Certains auteurs ont plaidé pour la suppression pure et simple de la double incrimination pénale et administrative, notamment H. de VAUPLANE et O. SIMART, « Délits boursiers : propositions de réforme », RD bancaire et bourse, 1997, n° 61.

[693] CA Paris, 13 mai 1997, Rev. Soc. 1997, p. 855, note B. BOULOC ; D. 1998, somm. n° 77, obs. Y. REINHARD.

[694] Cass.Crim., 1er mars 2000, D. aff. 2000, p. 229 et s., note A. LIENHARD ;

reçoit donc pas application au cas de cumul des sanctions pénales et administratives[696]. Les sanctions prononcées par les autorités de contrôle des bourses restent des sanctions administratives et non pénales. La précision a son importance, car, elle conditionne l'applicabilité du principe *non bis in idem.* En effet, nul ne peut être poursuivi pénalement par les juridictions du même Etat en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet Etat. Au sens strict, le principe *non bis in idem,* ne trouve à s'appliquer qu'entre deux sanctions pénales. Par conséquent, pour l'instant, le principe ne s'oppose pas au cumul éventuel des sanctions pénales et des sanctions administratives prononcées par les autorités de contrôle des marchés[697].

En droit français, des critiques ont été avancées contre ce cumul de sanctions[698] et proposent l'abandon des sanctions administratives au profit du juge répressif. Le Professeur N. RONTCHEVSKY estime à cet effet que cette dualité de compétence a été à l'origine de fâcheuses divergences de positions entre les juridictions administratives et les juridictions judiciaires sur des questions essentielles[699]. En allant dans le même sens, le Professeur J. LASSERRE CAPDEVILLE recherche les arguments contre cette règle[700], notamment, la procédure pénale et la procédure administrative ont le même objet, celui de punir les auteurs des actes poursuivis ; les sanctions prononcées par l'AMF peuvent être assimilées à des amendes au regard des conventions internationales posant la règle *non bis in idem* ; certaines sanctions administratives et plus particulièrement les sanctions pécuniaires, peuvent être perçues comme des sanctions pénales qui ne disent pas leur nom.

A notre avis, il semble nécessaire pour le démarrage de nos marchés de maintenir cette double sanction[701], car la réunion de tous les éléments constitutifs du délit n'est pas aisée. A cet instant, la sanction administrative peut être envisagée car les éléments de constitution sont plus souples. De plus, le contexte sociopolitique marqué par les détournements de fonds et le manque de spécialisation des juges nous semblent devoir justifier le maintien de la double sanction. Des solutions peuvent même être envisagées pour faire respecter le principe de non cumul, notamment un partage de compétence en fonction de la gravité des sanctions ; à cet effet, les autorités du marché prononceraient

---

[695] C'est un principe de droit pénal qui interdit de sanctionner deux fois les mêmes faits.

[696] VIANDIER (A), commentaire de la loi française de 1989 portant ''transparence et sécurité des marchés financiers'', JCP 1989-I-3420 ; sur le cumul des sanctions sans violation de la règle ''*non bis in idem*'' : CE 16 juillet 2010, n° 321056, BESLAY c/ Autorité des marchés financiers, Bull. Joly Bourse, 1er sept. 2010, n° 5, p. 418.

[697] Crim. 1er mars 2000, Bull. crim. n° 98 ; 2 avril 2008, Bull. Joly bourse 2008, 301, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

[698] RONTCHEVSKY (N), « Les sanctions administratives : régime et recours », Bull. Joly bourse, janv. 2004, n° 1, p. 1 ; FELDMAN (J. Ph), « L'AMF respecte-t-elle les droits de la défense ? », Recueil Dalloz 2009, p. 2756.

[699] RONTCHEVSKY (N), « Les sanctions administratives : régime et recours », op.cit., p. 1.

[700] LASSERRE CAPDEVILLE (J), note sous CE, 16 juillet 2010, n° 321056, Beslay c/ Autorité des marchés Financiers, Bull. Joly bourse, 1er sept. 2010, n°5, p. 418.

[701] Par sa proposition de Directive du 20 octobre 2011, la Commission européenne semble vouloir étendre un tel cumul de sanctions à l'ensemble des pays de l'Union européenne : LASSERRE CAPDEVILLE (J), MASCALA (C) et NEUVILLE (S), « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe *non bis in idem* en matière financière », Recueil Dalloz, ed. 2012, p. 693.

les sanctions les moins graves et les plus graves seraient réservées au juge pénal[702] ; bien plus, les autorités seraient associées à la décision du juge pénal : elles seraient ainsi entendues par le juge et ce dernier s'appuierait d'ailleurs sur leur travail d'enquête pour se prononcer, ce d'autant plus qu'elles disposent d'importants moyens de détection d'abus de marché, d'un pouvoir large de contrôle des émetteurs etc[703]. Il va même falloir créer une commission des sanctions au sein de nos autorités de contrôle au regard de l'intérêt qu'elle présente pour la transparence du marché, l'impartialité, le respect des droits de la défense etc. En effet, par référence au droit français, il est à remarquer que la scission fonctionnelle de l'AMF est une réponse aux difficultés rencontrées par la COB qui ne comprenait qu'un collège chargé de réglementer, d'enquêter, de décider des poursuites et de sanctionner. L'exercice de ces différents rôles par un organe unique s'est révélé peu compatible avec le principe de la séparation des pouvoirs et ne répondait pas aux conditions d'indépendance et d'impartialité.

L'accent doit cependant être mis sur le volet préventif des opérations d'initié. Il nous semble préférable d'envisager des mesures préventives contre le délit d'initié. Par exemple, la réduction du délai s'écoulant entre la naissance de l'information et sa diffusion[704]. De plus, par référence à l'article 6 du Règlement COB 90-08, qui obligeait les acteurs du marché et les émetteurs de valeurs mobilières, de prendre toutes mesures utiles en vue d'éviter l'utilisation abusive d'informations privilégiées ainsi que la circulation indue d'informations privilégiées. L'originalité d'une telle mesure est qu'elle met à la charge des personnes une obligation de moyens qui, si elle n'est pas respectée, pourrait engager la responsabilité civile des acteurs concernés. Dans la société Bouygues en France, un dispositif de prévention a été mis sur pied, notamment, la fréquence et l'intensité de la communication qui raccourcissent les périodes pendant lesquelles les dirigeants et collaborateurs détiennent des informations privilégiées, la mise en place et le suivi permanent des mesures imposées par la loi et l'AMF comme l'établissement des listes d'initiés etc.[705]. Il convient par ailleurs de s'interroger sur les objectifs de la répression du délit d'initié.

B : les objectifs de la répression

La répression du délit d'initié poursuit un double objectif : assurer le bon fonctionnement du marché et l'égalité de traitement des investisseurs par un égal accès à une information exacte et sincère. Il s'agit de sanctionner la rupture de l'égalité des parties intervenant sur le marché. Les initiés ont en effet profité de ce que le marché n'était plus efficient pour réaliser les opérations. Il est dès lors primordial de restaurer ou de maintenir la confiance des investisseurs dans le marché boursier, en les assurant qu'ils ne seront pas systématiquement désavantagés par rapport aux investisseurs professionnels. Le phénomène des opérations d'initié consiste fondamentalement dans l'exploitation du décalage dans le temps qui existe nécessairement entre le moment où

---

[702] RONTCHEVSKY (N), « L'harmonisation des sanctions pénales », Bull. Joly bourse, 1er mars 2012, n° 3, p. 139.

[703] LASSERRE CAPDEVILLE (J), MASCALA (C) et NEUVILLE (S), « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe *non bis in idem* en matière financière », Recueil Dalloz, ed. 2012, p. 693.

[704] VALUET (J.P), « Information financière des sociétés cotées », Joly Bourse, T.2, 2000, p.8.

[705] GUILLEMIN (J-F), « Le dispositif de prévention chez Bouygues », Colloque ''Manquement d'initiés : prévention et répression'', sous la direction scientifique de Anne-Dominique MERVILLE, Bull. Joly bourse, juillet-août 2011, p. 455.

une information significative intéressant une valeur mobilière n'est connue que d'une ou plusieurs personnes et le moment où cette information est connue du public en général.

La répression participe aussi de l'évolution vers une meilleure prise en compte du droit à réparation des parties faibles. C'est l'occasion de saluer cette importante décision de la Cour de Cassation française du 11 décembre 2002[706] qui a admis la recevabilité de l'action civile d'un actionnaire victime d'un délit d'initié. La grande leçon de cet arrêt est que celui qui s'estimera victime d'un délit d'initié parce qu'il est actionnaire d'une société qui en est elle-même victime pourra agir. C'est une grande révolution car jusque-là, la doctrine majoritaire estimait que les délits d'initiés relevaient d'une condamnation morale plutôt qu'économique. Parce qu'il s'agissait d'atteintes à la morale, il était difficile de sanctionner et de réparer par manque de fondements à ces opérations. Néanmoins, il faut relever que l'évaluation du préjudice restera délicate à effectuer. Le préjudice subi par un actionnaire ou un investisseur semble très difficile à établir dans la mesure où l'atteinte de l'initié à l'égalité des investisseurs n'a pas un impact sur les cours et ne fait pas perdre une chance aux investisseurs de réaliser une opération particulière. En réalité, seuls ceux qui ont traité avec l'initié ont subi un préjudice. Mais ces derniers ne peuvent pas le savoir compte tenu du secret des opérations de bourse. On pourrait cependant considérer que la rupture d'égalité réalisée par l'opération d'initié leur cause un préjudice moral que le juge devrait apprécier.

La sanction des infractions boursières dans nos marchés de référence connaît des limites. Le droit CEMAC des marchés financiers est un droit en chantier, d'où l'absence de sanctions à l'heure actuelle. La prise des sanctions aux différentes incriminations prévues sera faite par des instructions ultérieures. La situation dans l'UEMOA est plutôt inquiétante, car jusqu'ici, aucune sanction n'a été prise après plus d'une décennie de fonctionnement. Cette situation est un vrai handicap au dynamisme du marché financier sous-régional et une atteinte grave à la sécurité qui est recherchée sur l'épargne investie en valeurs mobilières et à la protection des investisseurs. Il faut tout de même noter que le 25 octobre 2011 à Dakar, le CREPMF a planché sur un projet de loi visant à mettre en place un dispositif juridique de sanctions pénales contre les infractions boursières. Ce projet se veut harmoniser au niveau sous-régional tout en évitant le modèle de droit pénal OHADA qui renvoie les sanctions aux Etats membres. Ce projet intègre la déclaration d'opérations suspectes comme dans le droit français et reconnaît au CREPMF le pouvoir de transiger. Il est finalement en étude au cabinet ORRICK, mais, il n'a pas encore vu le jour[707]. Le délit d'initié doit donc être sévèrement sanctionné si l'on veut assurer le dynamisme de nos marchés financiers.

CONCLUSION

Les marchés doivent fonctionner sur des bases égalitaires. L'intégrité des marchés financiers passe par la sanction des comportements qui ont pour objet de fausser cette égalité entre investisseurs. La répression du délit d'initié participe bien de cette logique.

---

[706] Crim. 11 déc. 2002, Bull. crim. n° 224, aff. SMABTP et Immo Bail ; voir intervention de KAMARA (F) lors de la présidence d'une séance du Colloque de Chantilly sur ''le droit boursier en mouvement'', Rev. Jurisp. Com. 2003.

[707] Sur le projet de la mise en place d'un droit répressif dans le marché UEMOA, www.afriquejet.com, 03 décembre 2011.

Regard critique et pratique sur l'agent des sûretés de l'OHADA[708]

Dr. Karel Osiris Coffi Dogué[709], (LL.D. Montréal)

Résumé

La présente étude propose une réflexion critique et pratique sur le nouvel agent des sûretés issu de la réforme de l'Acte uniforme sur les sûretés de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA). Elle vise à relever pour tenter d'y répondre, les questionnements soulevés par la doctrine et les praticiens au sujet de l'introduction de cette nouvelle technique de gestion des sûretés en droit de l'OHADA.

Afin d'y parvenir, l'étude clarifie d'abord ce qu'est un agent des sûretés à la lumière stricte des textes le régissant. Elle précise ensuite la nature et le régime juridiques de cette institution *sui generis* en les comparant aux mécanismes et institutions similaires connus en droit français (agent des sûretés, mandataire), américain (*security trustee, parallel debt*), québécois et suisse (fiducie, patrimoine d'affectation). L'article analyse enfin sa réelle praticabilité au regard des ambitions du législateur et des réalités de la pratique des sûretés et autres garanties dans l'espace OHADA.

---

708 Cette recherche sur l'agent des sûretés de l'OHADA est issue d'une communication de l'auteur en sa qualité de Chef Services des Etudes, de la Formation et de la Recherche de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) de l'OHADA durant le séminaire « Comprendre et s'approprier le nouvel Acte uniforme sur les sûretés. Quels enjeux pour l'activité bancaire ? », tenu à Azalaï Hotel Indépendance de Ouagadougou au Burkina Faso du 18 au 22 mars 2013 et organisé par SIRE-OHADA. Contact : Dogue.ersuma@ohada.org

709 Docteur en Droit, Formateur, Chef des Services Etudes, Formations et Recherche, ERSUMA-OHADA.

Plan

Introduction 1
1.La difficile appréhension de l'institution juridique d'agent des sûretés 2
1.1.La clarification de l'agent des sûretés OHADA 2
1.2.La singularité déroutante du statut juridique de l'agent des sûretés 2
1.3.L'hybridité déconcertante du régime juridique de l'agent de sûretés 3
2.La praticabilité discutable de ce gestionnaire des sûretés de l'OHADA 4
2.1. Une institution efficace en théorie 4
2.2. Des ambitions en pratique déconnectées des réalités africaines actuelles 5
Pour ne pas conclure 7

Introduction

Les plumes les plus autorisées[710] ont salué sans ambages les réformes[711] opérées dans l'environnement juridique de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)[712] notamment celle survenue à propos de l'Acte Uniforme portant

---

710 Pierre CROCQ, « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Droit et patrimoine*, n° 197, novembre 2010, p. 52 et s. ; Moctar SAKHO, « Le nouvel Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », Revue de l'ERSUMA. Droit des affaires. Pratique professionnelle, Numéro spécial, Novembre-Décembre 2011, p. 87 et s. ; Gaston KENFACK DOUAJNI, « Les nouvelles sûretés introduites dans l'Acte uniforme sur les sûretés adopté le 15 décembre 2010 », Revue de l'ERSUMA. Droit des affaires. Pratique professionnelle, Numéro spécial, Novembre-Décembre 2011, p. 87 et s. ; Guy-Auguste LIKILLIMBA, « L'agent des sûretés OHADA », Revue de l'ERSUMA. Droit des affaires. Pratique professionnelle, Numéro spécial, Novembre-Décembre 2011, p. 165 et s. ; Lionel YONDO BLACK « *L'enjeu économique de la réforme de l'acte uniforme OHADA portant organisation des suretés : Un atout pour faciliter l'accès au crédit* » : Droit & Patrimoine N° 197, Novembre 2010.

711 Comme réforme en droit OHADA nous avons eu le droit commercial général notamment l'AUDCG qui a été révisé le 15 décembre 2010, a été publié au Journal officiel de l'OHADA le 15 février 2011 et est entré en vigueur le 15 mai 2011 suivant l'art. 9 du Traité OHADA. Le droit des sociétés coopératives qui a fait l'objet d'un neuvième Acte uniforme adopté le 15 décembre 2010 est également entré en vigueur le 15 mai 2011. Le droit des sociétés commerciales et l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution sont en cours de révision et devraient tous les deux êtres adoptés bientôt durant les prochains Conseils des Ministres de 2014.

712 L'OHADA n'est en principe plus à présenter. Voir www.ohada.org ou www.ohada.com pour des détails. En acronyme, Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, c'est à la fois un regroupement de pays principalement d'Afrique noire francophone avec un pays lusophone et un autre hispanophone et un Traité signé à Port Louis (Île Maurice) le 17 octobre 1993 (J.O. OHADA, N°4, 1er novembre 1997, p. 1) relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, entré en vigueur en 1995. Il a été révisé par le Traité de Québec au Canada du 17 octobre 2008, entré en vigueur le 21 mars 2010. Ce Traité est conclu entre ces pays et une organisation qu'ils forment et qui est dotée de la personnalité juridique internationale. L'OHADA regroupe actuellement dix-sept (17) États principalement d'Afrique noire francophone (Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Congo Brazzaville, Côte-d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée équatoriale, Mali, Niger, République Centrafricaine, Sénégal, Tchad, Togo, Union des Comores). La République démocratique du Congo est la dernière à y avoir fait son entrée puisqu'elle a déposé le vendredi 13 juillet 2012, auprès des Autorités de la République du Sénégal, État dépositaire du Traité de l'OHADA, ses instruments de ratification et d'adhésion audit Traité. L'OHADA a été instituée pour unifier le droit des activités économiques des pays membres de l'organisation. Sur le plan institutionnel l'OHADA comprend un Conseil des ministres de finances et de la justice qui sert d'organe législatif; un Secrétariat permanent qui fait office d'exécutif; une École régionale supérieure de la magistrature (ERSUMA) en charge de la formation des juristes, et autres acteurs juridiques et judiciaires en charge de l'application du droit OHADA ; Une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) chargée de prolonger l'œuvre du législateur OHADA par une unification jurisprudentielle. À ces organes s'ajoute depuis la révision du Traité fondateur en 2008 une Conférence des chefs d'État et de gouvernement prévu par l'article 27.1 du Nouveau Traité OHADA. L'organisation atteint matériellement ses objectifs par la production et l'adoption de textes qualifiés d'Actes uniformes. Il existe actuellement neuf Actes uniformes ayant valeur supranationale c'est-à-dire faisant partie directement du droit positif des États membres pour toutes les matières qu'elles régissent. Pour la genèse et l'historique de l'OHADA, V. Kéba MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », Petites affiches, n° 20 Spécial, 13 oct. 2004, pp. 4 - 7 ou Jacqueline LOHOUES-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », RIDC, 1999, n° 3, p. 543 et s.

organisation des sûretés[713] (AUS). Dans ce contexte, une réflexion critique sur le nouvel AUS[714] peut paraître malavisée à l'image d'un coup d'épée doctrinal dans l'océan paisible du nouveau droit des sûretés OHADA. Heureusement, les vingt[715] (20) ans de l'Organisation célébrés il y a quelques mois autorise en premier lieu, la remise en question critique de la réforme. En second lieu, l'aspect pratique que nous avons essayé de donner à cette étude vise à renouveler l'intérêt de la discussion autour du nouvel AUS. En effet, le but de cette recherche n'est pas de revenir sur toutes les innovations[716] de l'AUS. Elle vise plus modestement à relever pour tenter d'y répondre, certains questionnements soulevés par la pratique au sujet de l'introduction de la nouvelle technique de gestion des sûretés que constitue « l'agent des sûretés » en droit de l'OHADA.

C'est l'article 5 de l'AUS reprenant en partie[717] le droit français, qui présente cette institution en ces termes :

> « *Toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée par une institution financière ou un établissement de crédit national ou étranger, agissant, en son nom et en qualité d'agent des sûretés, au profit des créanciers de la ou des obligations garanties l'ayant désigné à cette fin.* ».

---

713 Originairement régi sous l'égide de l'OHADA par l'AU du 17 avril 1997, le droit des sûretés est actuellement organisé dans l'espace OHADA par une nouvel Acte uniforme adopté le 15 décembre 2010 à Lomé au Togo.

714 A notre connaissance, aucun texte ne s'inscrit pour l'heure uniquement dans cette dynamique. Pour l'ancien Acte uniforme portant organisation des sûretés, lire, Jean-René GOMEZ, « Analyse critique de l'avant-projet d'acte uniforme portant organisation des sûretés dans les Etats membres de l'OHADA », *Penant*, 1997, n° 825, p. 245 – 286.

715 Le Traité OHADA a été signé le 17 octobre 1993. Les 20 ans furent célébrés officiellement à Ouagadougou au Burkina Faso. Voir www.ohada.org pour des détails.

716 Entre autres innovations qui ne seront pas traitées dans cet écrit, le nouvel AUS introduit en droit OHADA deux sortes de nouveaux mécanismes de garantie des financements. D'une part, il permet de reconnaître actuellement en droit OHADA de nouvelles formes de propriétés-sûretés notamment la cession de créance à titre de garantie, le nantissement de compte bancaire, le nantissement de compte de titres financiers et le transfert fiduciaire de somme d'argent. D'autre part, il procède à l'introduction de la réserve de propriété.

717 On retrouve en partie dans cet article 5 de l'AUS, le texte de l'article 2328-1 du Code civil français : « toute **sûreté réelle** peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'opération garantie par **une personne** qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation » (nos soulignements). Succinctement, la différence majeure entre ces deux textes porte sur l'étendue du champ matériel de compétence de l'agent des sûretés qui en droit OHADA couvre les sûretés réelles et personnelles alors qu'en droit français il n'est compétent que pour celles réelles. De plus, le droit français ne limite pas à une personne morale la qualité d'agent des sûretés ce qui comme nous le verrons crée de nombreuses difficultés pratiques en droit OHADA où un monopole semble se créer au profit des institutions de crédit et autres établissements financiers.

Véritable « innovation fondamentale »[718], l'agent des sûretés apparaît comme une singularité institutionnelle censée conduire la destinée des sûretés depuis leur constitution jusqu'à leur extinction. Elle est une nouveauté qui, de l'avis des rédacteurs de l'Acte uniforme concerné, est dictée par la « pratique des crédits syndiqués »[719] ! Et comme nouveauté, elle bouleverse d'abord les acquis et certitudes académiques[720] et fait de tous, des ignares de par sa complexité à nulle autre pareille surtout que ces crédits syndiqués ne sont pas l'apanage du commun des juristes africains de l'OHADA. Mais ensuite, et c'est là le réel problème, elle fait douter de sa praticabilité ou plutôt de son efficacité sous un double aspect. Le premier étant celui des objectifs généraux du législateur de l'OHADA couplés à ceux spécifiques de l'AUS qui présentent un bilan en demi-teinte. Le second étant la compatibilité des règles régissant cette institution *sui-generis* avec les réalités socio-économiques africaines et les pratiques des banques et autres institutions de micro-finance[721] de l'espace qu'elle est censée régir[722].

Ces préoccupations feront l'objet de développements tout au long de nos écrits. Mais avant de nous prononcer sur la praticabilité de cette institution de l'agent des sûretés, il convient de renseigner nos lecteurs sur qui il est vraiment et comment le nouvel AUS le définit. Ensuite, nous nous préoccuperons de clarifier comment il est censé effectuer sa mission et comment l'AUS encadre et veille au bon accomplissement de cette mission professionnelle de gestion des sûretés par l'agent des sûretés. En langage juridique, quelle est la nature juridique de l'agent des sûretés et quel est le régime juridique à lui applicable? Ces deux interrogations constituent la trame de fond de nos développements.

---

718 Joseph ISSA SAYEGH, Commentaires de l'AU du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés, dans OHADA. Traités et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2012, p. 857.

719 Le Pr Pierre CROCQ affirme à ce propos, en introduction au chapitre 2 de l'ouvrage consacré à la réforme des sûretés OHADA et particulièrement à l'agent des sûretés, Pierre CROCQ (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés*, p. 55, n° 43, que l'AUS a consacré un véritable régime de l'agent des sûretés en « prenant acte de la pratique des crédits syndiqués, […] ».

720 L'effet d'apprentissage est tout de même surmontable par les véritables initiés, rodés par la pratique que sont majoritairement les avocats, notaires, magistrats et autres juristes et gestionnaires de banques de l'espace africain.

721 Aujourd'hui encore, pour le grand public, la micro-finance se confond avec le microcrédit. Elle *désigne les dispositifs permettant d'offrir des crédits de faible montant (« microcrédits ») à des familles pauvres pour les aider à conduire des activités productives ou génératrices de revenus.* Avec le temps, la micro-finance s'est élargie pour inclure désormais une gamme de services plus large (crédit, épargne, assurance, transfert d'argent, etc.) et une clientèle plus étendue également. Dans ce sens, la micro-finance ne se limite plus aujourd'hui à l'octroi de microcrédit mais bien à *la fourniture d'un ensemble de produits financiers à tous ceux qui sont exclus du système financier classique ou formel*. Au sein du secteur, le terme institution de micro-finance renvoie aujourd'hui à une grande variété d'organisations, diverses par leur taille, leur degré de structuration et leur statut juridique (ONG, association, mutuelle/coopérative d'épargne et de crédit, société anonyme, banque, établissement financier etc.). Source : http://www.lamicrofinance.org/section/faq#1. Dernière consultation le 3 mars 2013.

722 Selon une opinion opposée, c'est plutôt la pratique des banques que le législateur OHADA a voulu codifier. Un exemple de ce courant doctrinal est saisissable en droit français des sûretés à la lecture de ce post qui prouve que l'institution n'est pas non plus claire de l'autre côté de l'Atlantique. La jurisprudence confirme ou clarifie chaque jour qui passe des aspects de la fonction de l'agent des sûretés. http://www.agefi.fr/articles/la-justice-complete-l-arsenal-juridique-francais-sur-les-suretes-1169134.html.

1. La difficile appréhension de l'institution juridique d'agent des sûretés

Appréhender, du latin *apprehendere* signifie 'comprendre', 'saisir' ; et le moins qu'on puisse dire est que la compréhension de cette nouvelle institution est difficile pour deux raisons majeures. L'agent des sûretés emprunte des éléments fondamentaux à des institutions diverses, à des droits nationaux dont les options législatives sont parfois contradictoires et qui appartiennent à des systèmes juridiques différents. Il est un « métisse juridique »[723], une institution *sui generis* c'est-à-dire de nature singulière.

a. La clarification de l'agent des sûretés OHADA

L'Agent des sûretés est un mandataire qui agit en son nom, mais au profit[724] du créancier en constituant la ou les garanties. Il est ainsi fait appel au concept de mandat[725]. Le même concept de mandat revient plus loin encore puisque la responsabilité de l'agent des sûretés s'apprécie comme celle d'un mandataire salarié[726]. Il existe cependant des différences notoires entre le mandataire et l'agent des sûretés OHADA. Il est clair que l'agent des sûretés agit « en son nom propre »[727] alors qu'on sait que le mandataire agit plutôt en principe « au nom du mandant ». Aussi, dans un contrat de mandat classique, il ne s'opère aucun transfert de propriété du bien objet de la garantie au mandataire alors que l'agent des sûretés bénéficie d'un tel transfert à travers l'affectation d'un patrimoine spécifique dont il peut disposer. L'agent des sûretés a ainsi des pouvoirs plus étendus qu'un simple mandataire. Il s'en différencie ainsi fondamentalement mais, ce faisant, il opère une gestion plus stable, plus efficace à priori !

De part cette fonction de mandataire[728] et en faisant une interprétation restrictive du texte, on peut faire le parallèle entre autres, avec la fonction de notaire à laquelle il semble se substituer dans ce rôle[729]. En effet, avant cette institution, ce rôle était

---

723 L'agent des sûretés du droit OHADA emprunte au *Security Trustee* du droit anglo-américain, au *Treuhander* du droit allemand, au représentant fiduciaire du droit belge, au fiduciaire du droit suisse et également à la fiducie du droit québécois. L'institution puise ses racines dans la *Fiducia cum amico* du droit romain et le *Salman* du moyen âge européen. V. Mactar SAKHO, « Le nouvel Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », *ibid.*, p.97.

724 Art. 7 AUS.

725 Art. 1984 du Code civil français et 2130 et s. du Code civil du Québec.

726 Art. 11 AUS.

727 Art. 5 et 7 combinés qui édictent l'obligation pour l'agent des sûretés de mentionner expressément son nom et sa qualité.

728 Il peut être pertinent de préciser que la comparaison avec le mandat a été jugée inefficace et même contestée par une certaine doctrine française. Etienne GENTIL et Justine DELBARD, « L'agent des sûretés : pour une modification de l'article 2328-1 code civil français », *Droit et Expertise*, N° du 28 octobre 2009, pp. 10 et 11. Pour ces auteurs, le fait que les sûretés sont constituées au nom de l'agent des sûretés et non au nom des créanciers qu'il représente est incompatible avec la qualification de mandataire. Une telle qualification a l'inconvénient de ne pas pouvoir empêcher de façon certaine qu'un des créanciers agisse individuellement pour réaliser à son profit une sûreté consentie à chacun des créanciers de l'obligation garantie. En effet, même en droit de l'OHADA rien n'empêche qu'un des constituants ne décide de procéder unilatéralement malgré le mandat commun qu'ils auraient tous donné à l'agent des sûretés pour sauvegarder ses intérêts individuels.

729 Monsieur Amadou LO BA a fait une étude sur la question de la substitution de l'agent des sûretés à l'avocat et au notaire : « Quelques réflexions sur le nouvel acte uniforme : un vrai « dolly » juridique »,

essentiellement dévolu à cet officier public et ministériel pour ce qui est notamment des sûretés immobilières. Plus loin, dans la procédure de constitution et de réalisation de la garantie, l'agent des sûretés peut aussi se charger de la conservation et de la réalisation de cette dernière pour le compte du créancier ; en cela devra-t-il se substituer et aux avocats et aux juges, de même qu'aux notaires une fois encore? En principe non mais une lecture libre du texte pourrait laisser entendre cela[730].

b. La singularité déroutante du statut juridique de l'agent des sûretés

L'agent des sûretés fait appel à la solidarité active et nous fait penser à la *parallel debt*[731]. Loin de s'en tenir à ces figures juridiques, il se rapproche également du *trust* ayant conduit à la fiducie[732], du contrat de commission, et d'autres encore. Nous ne tenterons pas de démêler cet imbroglio juridique que la doctrine avant nous a clarifié à la lumière du droit français essentiellement[733].

Pour traiter spécifiquement de la nature juridique de l'agent des sûretés, il faut commencer en soulignant que suivant une interprétation concordante et contextuelle de l'article 5 de l'AUS, on retient que l'agent des sûretés ne peut être[734] qu'une personne morale[735]. Certains auteurs[736] ont retenu que la lettre de l'article 10 alinéa 1er de l'AUS permettait de comprendre qu'une personne physique pouvait faire office d'agent des sûretés. Qu'il nous soit permis de nous inscrire en faux contre cette interprétation car l'article 10 alinéa 1er n'est en rien une exception à l'article 5 mais il s'inscrit dans sa continuité directe. La délégation de tâche par substitution à une personne tierce, prévue

---

disponible sur www.ohada.com et sur http://illassa-benoit.over-blog.com/article-quelques-reflexions-sur-le-nouvel-acte-uififorme-des-suretes-un-vrai-dolly-juridique-83080973.html. Dernière consultation le 27 mai 2013.

730 Une interprétation large du texte pourrait autoriser le lecteur à considérer que l'agent des sûretés est chargé non pas nécessairement de son propre fait mais qu'il peut aussi faire faire tout ce qui n'est pas de son ressort et qui relèverait en principe d'une profession réglementée. L'article 51 AUS nous fait penser à cette nuance dans l'interprétation. L'ambiguïté ici est synonyme de flou juridique et le texte aurait pu être plus clair et précis.

731 V. Guy-Auguste LIKILLIMBA, « La consécration de la *parallel debt* en droit français », RLDC, p. 28 ; Un aspect de l'apport de la jurisprudence pour clarifier le montage en droit français peut être lu en suivant ce lien : http://www.agefi.fr/articles/la-justice-complete-l-arsenal-juridique-francais-sur-les-suretes-1169134.html

732 V. Fernand-Charles JEANTET, « Projet d'introduction du trust en France sous le nom de fiducie », *Revue juridique et politique : Indépendance et coopération,* 44è année, n° 2, Mai-sept. 1990, *Op. cit.*, p. 280 et s.

733 La majorité de ces figures juridiques fait l'objet d'une attention particulière dans un article récent ce qui justifie également que nous fassions l'impasse là-dessus. V. Guy-Auguste LIKILLIMBA, « L'agent des sûretés OHADA », RTD Com. 2012-3, juill.-sept. 2012, pp. 475 – 505.

734 Depuis la Convention de la Haye du 1er juillet 1985 sur le régime international du trust et entré en vigueur le 1er janvier 1992, de même qu'avec l'avant-projet de loi française relatif à la fiducie, il était précisé que « le fiduciaire doit être une personne morale ». Sur cette Convention on peut lire utilement, Emmanuel GAILLARD et D. T. TRAUTMAN, « La Convention de la Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance », Rev. cr. D.I.P., 1986, p. 1 et s.

735 Pierre CROCQ, « L'agent des sûretés », dans Pierre CROCQ (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés*, p. 55, n° 43 confirme cette analyse en précisant que l'article 5 autorise que cette mission soit accomplie par un agent des sûretés étranger qu'il soit ou non immatriculé dans l'espace OHADA : ce qui soulève d'autres problèmes sur lesquels nous reviendrons en traitant des incongruités pratiques de cette institution.

736 V. Guy-Auguste LIKILLIMBA, « L'agent des sûretés OHADA », *Ibid.*, p. 480 et s.

par cet article[737] n'emporte pas exception à l'exigence de personnalité morale, condition *sine qua non*[738] de la qualité d'agent des suretés OHADA. Le praticien retiendra donc simplement que pour être agent des sûretés OHADA, il faut être une personne morale autorisée à effectuer des opérations bancaires notamment, un établissement de crédit ou une institution financière. L'argument de légistique formelle qui étaye cette position qui est la nôtre est encore l'exigence à titre de mention obligatoire dans l'acte constitutif de l'agent des sûretés de son « siège social »[739] et pas de son domicile ; le siège social n'étant possible que pour une personne morale et jamais physique.

Aussi, à toutes les étapes de la procédure, non content d'interférer dans les compétences et attributions de nombreuses professions juridiques légales, l'agent des sûretés semble pousser l'outrecuidance en empruntant différents chapeaux contractuels et mécanismes juridiques.

Cantonnons-nous pour l'heure, une fois encore, au parallèle avec le mandat. L'agent des sûretés bénéficie d'un pouvoir de représentation large des créanciers[740] dans leur relation avec les débiteurs, leur garant, ainsi que les personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Aux termes du même article 8 de l'AUS, le pouvoir de représentation de l'agent des sûretés va jusqu'à la possibilité pour lui d'intenter toute action y compris en justice au nom et pour les intérêts de ses mandants[741]. Fort du pouvoir d'ester en justice qui lui est conféré par ces mandants, que fait le législateur de l'exclusivité réservée, sauf exception, en cette matière de devoir ester en justice par ministère d'avocat ? Que fait-on des exigences par exemple du Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes du Bénin[742] ainsi que de nombreuses autres lois de procédure nationales des pays membres qui ont des exigences en ce sens pour certains types d'actes réservés à certaines professions libérales réglementées ? Dans le silence du texte, on peut trouver simple pour l'agent des sûretés de directement ester en justice ; cependant pour la sécurité juridique et judiciaire[743] chère à l'OHADA, il est impératif que cette institution se conforme aux édictions nationales en matière de procédure qui relèvent toujours quant à elles, de la souveraineté nationale.

---

737 Art. 10 al. 1er : « L'acte désignant l'agent des sûretés peut prévoir les conditions dans lesquelles l'agent des sûretés peut, sous sa responsabilité, se substituer un tiers pour accomplir sa mission. En ce cas, les créanciers de la ou des obligations garanties peuvent agir directement contre la personne que l'agent des sûretés s'est substituée. ».

738 Tel n'est pas le cas en France avec l'art. 2328-1 du Code civil français qui autorise « toute personne » sans précision supplémentaire qu'elle soit physique ou morale.

739 Art. 5 alinéa 3. Cet article exige aussi la précision de l'identité de l'agent des sûretés qui devra être sa dénomination sociale avec des mentions d'identification selon le lieu d'immatriculation.

740 Art. 8 AUS.

741 Il gruge encore ici le pouvoir de représentation judiciaire dévolu à ce jour aux avocats. Sachant qu'a priori il est une personne morale, on se demande comment dans les faits jouera-t-il ce rôle ? Nous y reviendrons dans la seconde partie de nos développements.

742 Loi n°2008-07 du 28 Février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, administrative, sociale et des comptes en République du Bénin.

743 Sur la question, V. Pierre MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Penant*, n°855, p. 151 ou encore Abarchi DJIBRIL, « Sécurité juridique et enjeux normatifs en Afrique de l'ouest dans le domaine du droit des affaires »**,** Communication faite au Colloque sur le thème ''La concurrence des organisations régionales africaines'' tenu en 2009 à l'Université de Bordeaux IV. Disponible sur www.ohada.com, Références OHADATA D-12-27. Dernière consultation le 27 mars 2013.

L'AUS précise que la seule indication qu'il intervient en sa qualité d'agent des sûretés est suffisante et la seule limite est l'étendue des pouvoirs qui lui ont été conférés par les créanciers. Il va de soi qu'en absence de stipulation expresse, il dispose de pouvoirs illimités tant qu'il agit dans l'intérêt de ses mandants. Il est permis de penser qu'il peut cependant être révoqué *ad nutum*[744] tel que prévu pour le mandataire[745]. On peut une fois encore, se perdre facilement quand on sait que le législateur emprunte beaucoup au mécanisme de la fiducie pour l'agent des sûretés or il est par principe impossible de procéder à une révocation *ad nutum* du fiduciaire : le législateur OHADA semble encore une fois avoir innové sur ce point avec l'agent des sûretés dont le régime de révocation s'apparente à celui du mandataire, par interprétation!

Un autre élément fondamental de la singulière nature juridique de l'agent des sûretés est la notion de patrimoine d'affectation[746] qui nous fait penser à la fois à la propriété fiduciaire de droit belge[747], à la fiducie bancaire de droit luxembourgeois[748], à la fiducie québécoise[749], française[750], au trust envisagé en droit louisianais[751], en droit suisse[752], en droit anglais[753] et qui soulève bien des interrogations en droit africain des affaires. Selon les dispositions de l'AUS, lorsque la constitution ou la réalisation d'une sûreté entraîne un transfert de propriété au profit de l'agent des sûretés[754], ou nécessite des paiements, le ou les biens transférés ou sommes payées forment un patrimoine affecté à sa mission

---

744 Sur un coup de tête ; A tout moment. Voir Raymond GUILLIEN, Jean VINCENT, Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER (Dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 14è éd. 2003.

745 Art. 2003 et 2004 du Code civil français.

746 Selon la théorie classique de la propriété et de l'indivisibilité (unicité) du patrimoine des célèbres juristes français AUBRY et RAU, cette notion du patrimoine d'affectation n'est même pas envisageable. Par contre et heureusement à notre avis, sous l'influence du droit anglais et en référence à certaines institutions de droit romain, cette théorie a subi des assouplissements ayant permis d'introduire le patrimoine d'affectation en droit de tradition civiliste par opposition au *common law*. Voir à ce propos, Alain SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine. Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », *Mélanges Germain Brières*, 1993, p. 314. Voir aussi du même auteur, R.T.D.Civ. 1994, p. 801 et s.

747 V. not. Michel LEROY, « Propriété fiduciaire et droit belge », *Revue juridique et politique : Indépendance et coopération,* 44è année, n° 2, Mai-sept. 1990. Actes du *troisième colloque de Luxembourg du 10 au 12 mai 1989 sur La fiducie ou du Trust dans les droits occidentaux francophones*, p. 294 et s.

748 Alexandre KRIEPS, « La fiducie bancaire en droit luxembourgeois », *Revue juridique et politique : Indépendance et coopération,* 44è année, n° 2, Mai-sept. 1990. *Id.*, p. 147 et s.

749 André COSSETTE, « De l'extension et de la modernisation de la notion québécoise de fiducie », *Revue juridique et politique : Indépendance et coopération,* 44è année, n° 2, Mai-sept. 1990. *Ibid.*, p. 294 et s.

750 V. Claude WITZ, *La fiducie en droit privé français,* Thèse de doctorat, Paris, Economica, 1981.

751 Kathryn VENTURATOS LORIO, « Le trust en Louisiane : l'expérience du trust par une juridiction civiliste », *Revue juridique et politique : Indépendance et coopération,* 44è année, n° 2, Mai-sept. 1990, *Op. cit.*, p. 240 et s.

752 Guy FLATTET, « Le trust en droit suisse », *Revue juridique et politique : Indépendance et coopération,* 44è année, n° 2, Mai-sept. 1990, *Op. cit.*, p. 263 et s.

753 A ce sujet Voir Eleanor CASHIN RITAINE, « Rapport introductif : Panorama comparé du droit matériel du trust ou une esquisse impressionniste des concepts de trust et de fiducie », in Eleanor CASHIN RITAINE (Dir.), *Le trust en droit international privé*, Genève ; Zurich ; Bâle : Schulthess, 2005, p. 17 - 28, spéc. p. 19.

754 Le Pr CROCQ a évoqué trois (03) hypothèses dans lesquelles l'agent des sûretés devient propriétaire : 1- la sûreté constituée est une cession de créance ou un transfert de somme d'argent à titre de garantie ; 2- la réalisation de la sûreté emporte transfert de propriété du bien grevé ; 3- l'agent des sûretés reçoit un paiement ? V. Pierre CROCQ, « Les grandes orientations du projet de réforme de l'acte uniforme portant organisation des suretés », Rev. *Droit et patrimoine*, n° 197, Nov. 2010, p. 59.

et doivent être tenus séparés de son patrimoine propre[755]. Le droit africain des affaires ne connaît pas à proprement parler cette notion de patrimoine d'affection[756]. C'est donc naturellement que les juristes africains peinent à saisir comment un mandataire peut devenir propriétaire des biens garantis auprès de lui à charge de les réaliser ou des sommes à lui confiées, qui plus est, parfois, sans qu'un mécanisme de cession de créance[757] ne survienne. Mais là se trouve à notre avis l'amalgame à ce propos. En effet, le patrimoine d'affectation n'entraîne pas la pleine propriété des biens affectés et bien malin qui pourra expliquer cette fiction juridique qui se justifie par les besoins de la pratique[758]. Le professeur Michel Grimaldi[759] confirmera sans doute cette position qui est la nôtre, lui qui affirmait récemment en parlant du patrimoine d'affectation de la propriété fiduciaire qu'il ne crée pas une propriété ordinaire, classique, du moins complète! Il faut néanmoins souligner que la doctrine n'est pas unanime à ce propos car notre position est en cela contredite par le professeur Pierre Crocq[760], maître d'œuvre de la réforme des sûretés OHADA, pour qui la propriété fiduciaire est une pleine propriété avec tous les attributs. Il va jusqu'à rejeter catégoriquement qu'il s'agirait d'une propriété temporaire[761] : ce qui peut surprendre à plusieurs égards!

Sur cette nature déroutante, retenons simplement que l'agent des sûretés OHADA c'est un peu tous ces contrats différents et fonctions diverses à la fois sans se limiter à aucun d'entre eux en particulier[762]. Mais là ne s'arrête pas la déroute, elle s'étend aux règles régissant le fonctionnement de cette institution singulière.

c. L'hybridité déconcertante du régime juridique de l'agent de sûretés

Le caractère hybride pour ne pas dire extrêmement flou de ce ''mutant juridique'' pose évidemment d'énormes difficultés du point de vue de sa praticabilité quotidienne.

---

755 Art. 9 de l'AUS.

756 Mieux, on est en droit de se demander si on peut transférer la propriété d'un bien et conserver des droits sur celui-ci ? En principe non : on dit communément qu' « on est propriétaire ou on ne l'est pas !».

757 Sur la distinction entre la cession de créances et la *parallel debt*, V. Guy-Auguste LIKILLIMBA, « La consécration de la *parallel debt* en droit français », RLDC, p. 28.

758 Depuis le droit romain, le besoin pratique de cette fiction s'est avéré utile avec le *dominium*, droit réel sur une chose, différent du droit personnel inhérent à cette même chose. Il est évident que le mécanisme permettant d'affecter un bien à un objet précis tout en en conservant la propriété est utile à plusieurs égards.

759 Michel GRIMALDI, « La propriété fiduciaire», dans *La fiducie dans tous ses états*, Actes du colloque « La fiducie dans tous ses états » organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Université Panthéon Assas, Paris II, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 5 et s. ou encore Frédéric DANOS, « La qualification des droits des différentes parties à une opération de fiducie », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, spéc. p. 137 et s.

760 Pierre CROCQ, « Propriété fiduciaire, propriété unitaire », dans *La fiducie dans tous ses états*, Actes du colloque « La fiducie dans tous ses états » organisé le 15 avril 2010 par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Université Panthéon Assas, Paris II, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 9 et s. ou encore I. KACZMAREK, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », D. 2009, 1845, n° 11-15.

761 *Id.*, p. 10

762 Paraphrase de Claude WITZ qui disait : « La fiducie n'a pas pour but d'être et ne sera pas considérée comme étant un mandat (agent), une association, une société en nom collectif, une société conjointe ou entreprise conjointe, un syndicat, une société commerciale ou compagnie ou autre. D'autre part, c'est aussi un peu tout cela sans être aucun d'eux en particulier », *Ibid.*, p. 210.

Il faut éviter pour ce qui est d'une réforme juridique de mettre la charrue avant les bœufs. Même si à ce propos, deux conceptions du droit s'affrontent[763], en général, il ne sert à rien pour un texte nouveau, de rester trop déconnecté des réalités sociologiques au risque de créer un droit savant, pour intellectuels et complètement déconnecté des justiciables ou autres acteurs du droit et de la vie des affaires.

Il faut en plus noter que l'article 5 ne se réfère pas qu'aux seules sûretés réelles mais à toutes les sûretés et même, plus généralement, aux garanties de l'exécution d'une obligation, ce qui va permettre à l'agent des sûretés de gérer de la délégation de créance jusqu'à la réalisation de l'hypothèque. A cet égard, dans l'optique unique semble-t-il de favoriser davantage les investissements importants réalisés par des pools bancaires et autres mécanismes de crédits syndiqués ou consortiaux, le projet de réforme de l'AUS a consacré expressément l'institution d'agent des sûretés. On pourrait y voir un avantage mais en réalité n'embrasse-t-il pas trop ? Ne risquerait-il pas de mal étreindre finalement parce qu'il se serait vu conférer trop de prérogatives et que son escarcelle juridique serait trop pleine et déborderait au détriment de la qualité du service offert ? Le législateur a-t-il effectivement mesuré l'ampleur des prérogatives ainsi octroyées à l'agent des sûretés au détriment des autres acteurs qui excellaient à différentes étapes dans la formalisation, l'organisation et le suivi des sûretés ?

Les fonctions de l'agent des sûretés sortent du champ de l'AUS pour s'étendre à celui de l'Acte Uniforme sur le Droit commercial Général[764], de celui sur les Procédures Simplifiées de Recouvrement et les Voies d'Exécution[765] et de l'Acte Uniforme sur les Procédures Collectives d'Apurement du Passif[766].

Ensuite, la qualité d'agent des sûretés est ici réservée aux seules banques ou institutions financières nationales ou étrangères, c'est-à-dire à des institutions créancières dont l'activité fait l'objet d'un agrément. Quels sont les mécanismes prévus par l'OHADA afin de mieux contrôler l'effectivité de ces règles alors qu'à ce jour ce sont les commissions bancaires qui effectuent le contrôle des établissements de crédit?

Mieux, les acteurs se demandent s'il doit s'agir uniquement de personne morale de droit privé ou celles de droit public peuvent être concernées[767] ? On se rendra aisément compte que, sous une forme interrogative se cache à travers ces lignes, une critique non

---

763 La première qui veut que le droit devance l'évolution sociale et la stimule ; la seconde qui prône que le droit soit le produit de la société et en ce sens suive l'évolution sociale. Nous pensons qu'un juste milieu est possible entre ces deux positions. Le droit peut refléter la société tout en stimulant l'évolution sociale.

764 Par exemple art. 79 AUDCG qui prévoit les inscriptions électroniques des sûretés par l'agent des sûretés au RCCM en complément des arts. 51 et 53 AUS. V. aussi art. 40 et 72 al. 6 AUDCG.

765 Pour la possibilité à lui offerte d'initier une procédure simplifiée de recouvrement ou toute autre voie de sauvegarde des intérêts de ses mandants.

766 Hormis les cas de fraude qui vicie tout (*fraus omnia corrumpit*), seul le droit de suite (ancien art. 47 et nouvel article 97 al. 2 et art. 178 AUS) permet à un créancier de suivre son bien même lorsqu'affecté à l'agent des sûretés. Il y a ainsi une entorse aux règles générales des procédures collectives OHADA.

767 A ce sujet, il faudra se référer aux législations nationales et communautaires régissant les institutions financières ou établissements de crédit pour une réponse. Nous savons par exemple qu'en République Démocratique du Congo dernier Etat à avoir rejoint l'OHADA, la question est pertinente puisqu'une personne morale doit public peut être une institution de crédit.

moins acerbe de prévisions législatives supranationales ne tenant point compte de la réalité institutionnelle, notamment bancaire du terrain en Afrique.

Enfin, la désignation de l'agent des sûretés telle qu'envisagée par le nouvel Acte Uniforme sur les sûretés n'est pas obligatoirement faite dans l'acte qui constate l'obligation garantie: elle peut être effectuée postérieurement[768]. Sachant qu'il peut agir au profit de ses mandants ou en son nom, il est encore plus impérieux pour les tiers de savoir à quel titre ce dernier intervient[769]. Quelles sont les sanctions possibles lorsqu'il ne se conforme pas à ces édictions[770]? Qui devra prononcer lesdites sanctions éventuelles ? De quelle nature sera cette sanction : pénale, financière, civile, administrative, incitative?

A l'épreuve des faits, on a du mal à se contenter de l'effet possible de ces actions qui risqueraient de ne pas être opposables aux tiers ainsi floués. Les risques encourus sont trop énormes pour que l'on doive se contenter de si peu. Surtout que l'on sait que lorsque les conditions sont remplies, les tiers pourront se fier à l'apparence de pouvoirs de l'agent des sûretés[771] grâce à la présomption de pouvoir permettant aux tiers de considérer que l'acte accompli par l'agent des sûretés entre bien dans les pouvoirs qui lui ont été conférés.

Dans la continuité, l'article 8 alinéa 2 permet à l'agent des sûretés de ne pas avoir à justifier d'un mandat spécial chaque fois qu'il veut exercer une action en justice[772]. N'y a-t-il vraiment aucun tempérament à ces nombreuses prérogatives ?

Autant de questions qui restent en suspens et nous font dire, dans une relation de cause à effet, que la praticabilité de l'agent des sûretés OHADA est discutable.

2. La praticabilité discutable de ce gestionnaire des sûretés de l'OHADA

Il est permis de penser sous l'angle de la légistique[773], c'est-à-dire de la théorie législative, que l'institution de l'agent des sûretés est pertinente, efficace et en théorie praticable en droit OHADA. Cependant, une analyse plus pointue révèle une déconnexion

---

768 L'art. 10 AUS prévoit les cas de désignation judiciaire, de remplacement ou de désignation provisoire d'un agent des sûretés.

769 C'est l'article 7 de l'AUS qui prévoit que *«lorsque l'agent des sûretés agit au profit des créanciers de la ou des obligations garanties, il doit en faire expressément mention et toute inscription d'une sûreté effectuée à l'occasion de sa mission doit mentionner son nom et sa qualité d'agent des sûretés ».*

770 L'omission de mentions dans l'acte de désignation l'est à peine de nullité (art. 6 AUS) mais le législateur ne dit pas de quel type de nullité il s'agit et donc qui peut l'invoquer ou la prononcer.

771 Cf. Art. 8 al. 1er AUS : *sauf stipulation contraire et pour tout ce qui a trait aux obligations garanties, les créanciers sont représentés par l'agent des sûretés dans leurs relations avec leurs débiteurs, leurs garants, ainsi que les personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie de ces obligations, et les tiers.*

772 Art. 8 al. 2 : *« … dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés par les créanciers de la ou des obligations garanties, l'agent des sûretés peut intenter toutes actions pour défendre leurs intérêts, y compris en justice, la seule indication qu'il intervient en sa qualité d'agent des sûretés étant suffisante ».*

773 La légistique est une "science" (science appliquée) de la législation, qui cherche à déterminer les meilleures modalités d'élaboration, de rédaction, d'édition et d'application des normes. Un guide de légistique est notamment disponible sur le site de la législation française http://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Guide-de-legistique. Les dernières réformes de l'OHADA ont bénéficié de l'apport d'experts légistes.

manifeste entre la théorie et les réalités africaines c'est-à-dire en l'espèce les pratiques bancaires et de micro-finance de l'espace OHADA.

2.1. Une institution efficace en théorie

Le législateur de l'OHADA avait sans doute de louables intentions à travers sa réforme du droit des sûretés. On peut sans risque de se tromper, prétendre que la réforme du droit des sûretés de l'OHADA poursuit un double objectif :

- Le premier consiste en l'accroissement de la sécurité juridique des différents Etats et acteurs économiques. Cet objectif passe notamment par le renforcement des garanties des investissements et par l'intérêt prononcé pour la diffusion légale (publicité) à peine d'inopposabilité des sûretés, surtout celles réelles[774].

- Le second recherche une simplification des sûretés qui n'occulte pas leur efficacité dans le tissu économique africain. Les innovations introduites notamment, l'institution de l'agent des sûretés procède de cette volonté affichée du législateur.

Ces ambitions étaient déjà poursuivies en général par le premier Acte uniforme sur les sûretés de 1997 qui s'est avéré incapable de satisfaire les besoins pratiques des usagers tant emprunteurs que prêteurs de la zone OHADA[775].

L'institution de l'agent des sûretés procède de la volonté du législateur de permettre la relance économique en favorisant un meilleur accès au crédit, aux prêts. Améliorer l'efficacité des garanties disponibles, encadrer les prêts en organisant des collectivités de créanciers est l'un des axes choisis à cet effet. Surtout que les difficultés d'accès au financement[776] et celles de recouvrement du crédit en Afrique[777] seraient, un des obstacles majeurs au développement des PME qui feraient défaut. Ceci est par conséquent un frein important au développement économique. C'est pourquoi le législateur envisage cette réforme comme un vecteur du développement du secteur privé et de stabilité du secteur financier. Les établissements de crédit contribuent dans une large mesure au développement économique par leurs activités de financement des entreprises et des ménages. Sécuriser le crédit bancaire dans l'espace OHADA est l'un des objectifs primordial de ce nouvel Acte uniforme sur les sûretés.

Mais s'il est possible de tresser une couronne de laurier au législateur en général, il faut relever qu'au-delà de la singularité antérieurement démontrée quant à la nature et au régime juridique de l'agent des sûretés, quelques lacunes théoriques peuvent être relevées !

---

774 Voir art. 54 AUS pour les conséquences du défaut d'inscription au RCCM.

775 La critique lui a reproché son manque de flexibilité qui s'est accentué avec son trop grand formalisme ; l'absence de fiabilité des mesures de publicité des sûretés surtout celles réelles. La plupart de ces reproches sont encore d'actualité pour ce qui est notamment de l'institution juridique d'agent des sûretés, même si des progrès sont notables.

776 V. Mactar SAKHO, *op. cit.,* p. 92. Loin devant les problèmes de corruption, de déficit d'infrastructures et de fiscalité abusive.

777 Moussa SAMB (Coord.), *Etude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : cas du Benin, du Burkina-Faso, du Mali et du Sénégal*, Etude réalisée par le Centre de Recherche et de Documentation de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) grâce au concours financier de TRUSTAFRICA.

En grande partie, elles gravitent autour des obligations administratives, comptables et fiscales de l'agent des sûretés ! Un éventuel contradicteur en nous lisant, aura tôt fait de nous rappeler que l'OHADA ne régit point le droit fiscal encore moins le volet administratif d'une telle institution de gestion des sûretés OHADA. C'est le lieu de proposer une réorientation de l'œuvre législative OHADA. Il n'est pas inopportun qu'au tournant des vingt années d'existence de l'Organisation, elle pense à confirmer, consolider ses acquis, mais aussi réorienter, réadapter sa méthode législative en recourant à des techniques telles que celle des recommandations ou des lois-types ou lois modèles.

Une loi-type peut être déclinée comme un texte législatif qui est recommandé par une instance communautaire à plusieurs États ou organisations membres. La loi-modèle, sa parente proche, selon Véronique Magnier, est :

> « *un texte établi et recommandé aux États par un organisme chargé de l'unification ou de l'harmonisation du droit et destiné à terme à remplacer la législation actuellement en vigueur dans les Etats intéressés. [… Elle] n'a qu'une simple valeur de recommandation ou de persuasion* »[778].

Les recommandations seraient encore plus indiquées d'une part pour inclure des compétences rationae materiae, actuellement en dehors du champ matériel de l'OHADA. D'autre part, elles seraient tout à fait idoines si l'OHADA venait à s'ouvrir à des Etats de tradition juridique autre que civiliste par exemple. Les lois-types ou lois-modèles pourront être utiles pour moderniser et harmoniser[779] les droits des divers Etats dans des matières qui, à cause de leur sensibilité comme le droit du travail, de leur complexité comme le droit fiscal, se prêtent mal à une uniformisation[780]. Les Etats parties

---

778 Véronique MAGNIER, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, tome 317, p. 27 citant G. L. DROZ, « La Conférence de la Haye de droit international privé et les méthodes d'unification du droit : traités internationaux ou lois modèles? », Rev. Int. Dr. Comp., 1961, vol. 13, pp. 507-521 et les exemples cités à la note 18.

779 L'harmonisation dont il s'agirait ici serait une réelle harmonisation, au sens normal du mot et pas une unification qui ne dit pas son nom tel que c'est actuellement le cas avec les Actes uniformes de l'OHADA!

780 Sur la différence entre ces notions, on pourra utilement lire, Antoine JAMMEAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation, de quoi s'agit-il? », in *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 35-55. On peut retenir tout de même que l'harmonisation des lois est un phénomène d'intégration juridique qui implique le transfert des compétences étatiques de deux ou plusieurs États à une organisation internationale dotée de pouvoirs de décision et de compétences supranationales ou supra étatiques, en vue de réaliser un ensemble juridique unique et cohérent dans lequel les législations s'insèrent pour atteindre les objectifs économiques et sociaux que les États membres se sont assignés, *Vocabulaire des Termes Juridiques*, Henri CAPITANT, V. Harmonisation, cité par Félix ONANA ETOUNDI, « Les expériences d'harmonisation des lois en Afrique », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires* -

pourraient alors s'en inspirer avec une obligation législative de résultat et pas de moyens pour réformer leur législation en la matière.

Toutes les sphères nécessitant une intervention étatique telles que la précision des obligations comptables, administratives et fiscales relatives à la mise en place de l'agent des sûretés pourraient être réglées par le biais de ces procédés moins ambitieux que l'uniformisation mais plus réalistes et efficaces à l'épreuve du temps et des difficultés de légistique.

Au chapitre des lacunes justement de cette réforme il y a ce silence quant au volet fiscal de l'agent fiscal qui le rend efficace uniquement en théorie quand on connait l'importance d'un tel volet pour la gestion des sûretés. De façon plus précise, l'affectation de patrimoine que permet l'agent des sûretés devrait être mieux encadrée fiscalement! L'encadrement strict de cette opération de duplication de patrimoine permet d'éviter des dérives fiscales (évasion fiscale) similaires à celles que l'on a pu constater dans d'autres systèmes grâce à la fiducie[781]. C'est ainsi qu'une trop grande disparité pourrait être à l'origine de la création de ''paradis fiscaux'' pour les agents des sûretés que les constituants, agissant en pools bancaires choisiraient d'instituer dans certains Etats plutôt que dans d'autres en fonction des avantages fiscaux ainsi offerts. En France par exemple, le législateur s'est abstenu de prolonger fiscalement les objectifs de la fiducie c'est-à-dire que les privilèges et autres avantages relatifs au montage fiduciaire ne s'appliquent pas fiscalement.

Qu'en est-il dans l'espace OHADA ? Non seulement rien n'est prévu à cet effet, mais au demeurant, en droit OHADA, il s'agit d'une question relevant de la souveraineté étatique des pays membres ! Les interrogations suivantes font ainsi jour et demeurent source d'insécurité juridique au sujet de cette réforme :

Est-ce que les parties constituantes du contrat d'agent des sûretés demeurent individuellement propriétaires fiscaux des biens transférés dans le patrimoine de l'agent des sûretés comme en droit français[782] ou l'agent des sûretés est-il le nouveau propriétaire fiscal, ou encore par extraordinaire le future bénéficiaire par reconnaissance d'un droit réel sur la chose d'autrui à son profit[783]?

Sur quelle(s) assiette(s) fiscale(s) l'agent est-il taxé dans son pays d'immatriculation s'il dispose d'un patrimoine d'affectation ?

Pratique Professionnelle, N° 1 - Juin 2012, *Doctrine*, p. 8. à l'adresse : http://revue.ersuma.org/no-1-juin-2012/doctrine-12/article/les-experiences-d-harmonisation, Consulté le 10-09-2013.

781 Béatrice BOURDELOIS, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, Dalloz, 2ième édition, 2012, p. 114 et s.

782 V. Marie-Elisabeth MATHIEU, *Les nouvelles garanties de financement. Aspects pratiques des sûretés réelles conventionnelles mobilières et immobilières*, EFE, p. 119 et 120, dernier paragraphe. Sur ces aspects fiscaux une controverse agitait la jurisprudence française, le législateur français et la doctrine française suite à l'arrêt Belvédère et la loi de finances rectificatives pour 2011. V. à ce propos, Jean-Pierre LE GALL, « De l'arrêt Bèlvédère à la Loi de finances rectificative pour 2011 : des visions concurrentes des trusts étrangers », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, spéc. p. 459-476.

783 L'analyse est faite strictement sous l'angle de la qualification juridique (nature juridique) des droits du bénéficiaire par Frédéric DANOS, « La qualification des droits des différentes parties à une opération de fiducie », dans *Mélanges en l'honneur de Philippe MERLE*, Dalloz, spéc. p. 150 et s.

Qui sera imposé sur les bénéfices ou revenus issus du patrimoine fiduciaire affecté à l'agent des sûretés OHADA?

Comment doit se faire le suivi des éventuels droits de mutation ou plus values issues du transfert des biens et droits de l'agent des sûretés OHADA?

Autant d'interrogations fiscales qui demeurent en suspens car non précisées dans les articles traitant de l'agent des sûretés et non régies clairement dans les droits nationaux, l'institution étant relativement nouvelle dans son principal mécanisme d'affectation patrimonial qui est inconnu des systèmes juridiques africains civilistes de l'OHADA ! Et quand on sait le temps que mettent les législateurs nationaux pour prendre les textes complémentaires de l'OHADA ou autres textes d'application des prévisions de certains Actes uniformes, on peut affirmer sans risque de se tromper que la réforme est un succès en théorie et qu'à l'épreuve de la pratique, elle est plutôt source d'insécurité juridique pour les acteurs. L'exercice est également possible avec le même résultat quant aux obligations comptables, sociales et administratives de l'agent des sûretés.

Dans le volet moyen d'actions de la réforme, le législateur a ainsi pensé mettre sur pied un « super agent » capable contractuellement de « tout » en matière de sûretés (incluant un mandat *ad litem*). Il l'a ainsi voulu mieux loti que les institutions similaires en la matière et ce faisant, il a occulté un élément fondamental : la praticabilité de l'institution.

2.2. Des ambitions en pratique déconnectées des réalités africaines actuelles

Le finalité pratique de la réforme n'est pas bien comprise par les acteurs sociaux, juridiques et économiques qui estiment - à tort - que le législateur souhaitait réduire le rôle des notaires, huissiers, avocats et autres acteurs de constitution et de réalisation des garanties avec qui ils mettent en place leurs sûretés. Si l'agent des sûretés peut réaliser des garanties et qu'il est une institution financière ou de crédit, on perçoit une contrariété ou plutôt un conflit d'intérêt dans l'application et la mise en œuvre des garanties.

L'institution pose problème aux acteurs ou du moins, elle suscite quelques interrogations. Comment un agent payé par le créancier et qui plus est, peut être une de ses subdivisions[784], peut-il être autorisé à réaliser une sûreté sur le débiteur sans la moindre formalité ou tout au moins en faisant intervenir une tierce personne? L'agent des sûretés étant toujours une personne morale, plus précisément un établissement de crédit, donc un professionnel de la finance ou du crédit, les acteurs se demandent s'ils doivent créer une nouvelle personnalité juridique avec ce titre ? Ou plutôt sont-ce les établissements de crédit existants qui doivent créer une branche « *agence des sûretés bancaires* » ou autres dénominations similaires ? Si tel est le cas, une banque peut-elle être à la fois créancière en octroyant le crédit, agent des sûretés pour constituer la garantie elle-même et ensuite la réaliser ? Le cas échéant, elle serait à certaines étapes

[784] Certains juristes de banque ont évoqué la possibilité que la division de recouvrement des créances des banques soit simplement métamorphosée en agent des sûretés. L'hypothèse n'est pas d'école mais respecte-t-elle toutes les conditions de l'art. 5 notamment quant à la personnalité morale exigée de l'agent des sûretés?

de la procédure, juge et partie[785]. Les institutions bancaires en Afrique seraient- elles à même de confier à une institution concurrente, des sûretés à gérer ?

Des acteurs sont même allés jusqu'à soulever des réticences en lien avec le maintien des services internes de recouvrement des banques et autres institutions de crédit. L'agent des sûretés viendrait-il dans la phase de réalisation, remplacer le travail des services internes de recouvrement des créances? Ces services sont-ils appelés à disparaître à long terme?

Certains trouvent une solution partielle dans le mécanisme du patrimoine d'affectation[786]. En effet, le principe du patrimoine d'affectation expliqué à propos de la nature et du régime juridique de l'agent des sûretés permet à une même banque d'avoir son patrimoine propre, d'être créancière d'une garantie et de s'auto-nommer agent de réalisation de cette même garantie. Ceci cependant n'exclut pas les risques de fraude et d'abus possibles. Techniquement, le patrimoine propre de la banque créancière sera distinct et jamais confondu avec celui de l'agent des sûretés qu'elle sera aussi. Ce patrimoine de l'agent des sûretés ne sera pas saisissable[787], (ce qui est un avantage pour cette banque) car si elle isole certains biens de ce garant dans le patrimoine d'affectation, ils deviennent intouchables et les autres créanciers[788] qui pourraient même détenir des garanties prioritaires sur cette banque ne pourraient pas saisir ce patrimoine d'affectation. En termes techniques, en cas de procédure collective d'apurement du passif à l'encontre de l'agent des sûretés (la banque en l'occurrence), la garantie continuerait à bénéficier aux personnes constituantes destinataires de la sûreté et ne peut en aucun cas être saisie par les créanciers de la banque.

Il y a donc effectivement une meilleure sécurisation et un allègement indirect des formalités[789] des garanties bancaires et par incidence du financement bancaire à travers

---

785 V. à cet égard le commentaire du Pr Joseph ISSA SAYEGH en marge du chapitre 2 de l'AUS traitant de l'agent des sûretés et qui fait référence à cet état de juge et partie. Il y affirme justement : « On s'interroge sur le point de savoir si ces institutions [institution financière ou établissement de microcrédit] ne chercheront pas à gérer les sûretés de leurs débiteurs eux-mêmes créanciers en prévoyant une telle clause [d'agent des sûretés] dans leur fourniture de crédit. », Joseph ISSA SAYEGH, « Commentaire de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés », dans *OHADA. Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 4ième éd. Juriscope, 2012, p. 847 et s., spéc. p. 857.

786 M. YONDO BLACK, loin de faire le procès de cet autre élément caractéristique de la singularité de l'agent des sûretés, célèbre son introduction dans le nouveau droit OHADA des sûretés. Pour l'auteur l'introduction de la notion de patrimoine d'affectation est un moyen de protection des intérêts des créanciers en cas d'ouverture d'une procédure collective du débiteur garanti ou de l'agent des sûretés. V. Lionel YONDO BLACK**,** « L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit », Rev *Droit et patrimoine*, n° 197, Nov. 2010, p 50.

787 Art. 9 al. 1er de l'AUS. Il existe cependant des exceptions à cette règle prévues par l'alinéa 2 du même article. Le cas d'un droit de suite sur les biens affectés qui suit les biens où qu'ils se trouvent. Les cas de fraude, étant entendu que, conformément à l'adage populaire *Fraus omnia corrumpit*, la fraude vicie tout, corrompt tout. Sauf aussi pour des dettes issues de la gestion du patrimoine d'affectation c'est-à-dire des dettes de gestions des garanties.

788 Relativement aux autres créanciers, il faut préciser que sont exclues les créances nées à l'occasion de la conservation et de la gestion des biens affectés. Ces derniers peuvent donc opérer saisie sur ces biens affectés. Art. 9 al. 2.

789 Voir pour un exemple d'allégement de formalités ou de difficultés, le site de Norton Rose,

le statut et le régime juridiques de l'agent des sûretés. Le seul hic étant la complexité des mécanismes y afférents et les risques fiscaux et de fraude créés par les failles du système.

Il semble que le législateur n'ait pas combiné les dispositions lacunaires de la réglementation bancaire UEMOA[790] avec ces prédictions du droit des sûretés? A-t-il recoupé toutes les failles de ce système pour en maîtriser les opportunismes et autres effets de contournement possible? Pour un exemple concret, on sait par exemple que les catégories visées font l'objet d'un agrément et d'un contrôle au niveau de la zone monétaire[791]. Exige-t-on cet agrément pour toute personne voulant effectuer cette activité de gestion des sûretés ? Si la réponse est oui puisqu'il faut nécessairement être un établissement de crédit pour être agent de sûreté, qui se chargerait de la vérification de cette exigence si des banques choisissent un tiers ne respectant pas ce critère ? Certes ceci ne relève pas directement de l'OHADA mais la question mérite d'être posée puisqu'elle est en lien avec le sujet et fait partie des incertitudes soulevées par sa mise en œuvre pratique.

Mieux, si une structure financière détient cet agrément dans une zone mais ne la détient que pour un espace limitatif et qu'elle se fait désigner et accepte de gérer les sûretés dans un autre espace alors qu'elle n'y a pas d'agréments[792], que se passerait-il ? Autant d'incertitudes qui ne sont pas claires quant à leur régime que l'on a tôt fait de qualifier de précis[793] par comparaison avec celui de l'agent des sûretés français[794]. On oublie l'espace d'un instant qu'il s'agit dans notre cas d'une législation communautaire et que de nombreux aspects relèvent des droits nationaux qui demeurent eux aussi silencieux à cet égard et qu'il faut combiner aux droits communautaires.

Les hypothèses de révocation[795] de l'agent des sûretés prévues par l'Acte uniforme sur les sûretés demeurent vagues et nous craignons que leur libellé imprécis n'ouvre la

---

http://www.nortonrose.com/knowledge/publications/35483/modernisation-of-ohada-uniform-law où il est affirmé que « cette modification importante de la loi signifie qu'il n'est plus nécessaire, dans le cas des crédits syndiqués, de faire bénéficier de la sûreté chacun des prêteurs pris individuellement, ou de procéder à des avenants aux contrats de sûreté en cas de variation de la composition du pool bancaire (ce qui pourrait déclencher des frais d'enregistrement et/ou d'inscriptions nouvelles) ».

790 Réglementation récemment mis à jour pour certains aspects à travers la Décision n°397/12/2010 portant règles, instruments et procédures de mise en œuvre de la politique de la monnaie et du crédit de la BCEAO. Règlement n° 2/2010/CM/UEMOA du 30 mars 2010 relatif aux fonds communs de titrisation de créances et aux opérations de titrisation dans l'UEMOA, etc.

791 C'est le cas du Règlement n°1/00/CEMAC/UMAC/COBAC du 27 novembre 2000 relatif à l'agrément unique des établissements de crédit dans la zone CEMAC.

792 Cas par exemple de l'espace UEMOA (Union Economique et Monétaire Ouest Africaine) et de celui de la CEMAC (Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale) qui se chevauchent au sein de l'OHADA sans être identique.

793 On sait tous que « comparaison n'est pas raison » et là ou on compare, on oublie souvent des parts.

794 J.-F. ADELLE, « L'agent des sûretés en droit français: pour une clarification des régimes de l'article 2328-1 du Code civil et de la fiducie de sûretés », RD banc. fin., nov. - déc. 2010, p. 6 et s. cité par G.-A. LIKILLIMBA, *op. cit.*, note 16.

795 Poseront sûrement problème, le manquement à ses devoirs qui est d'interprétation subjective et la mise en péril des intérêts qui lui sont confiés qui peut faire l'objet de divergences profondes. Art. 10 al. 2 AUS.

porte à de nombreux contentieux portant sur la contestation du remplacement de l'agent des sûretés.

Mieux, le régime juridique de la responsabilité de l'agent des sûretés demeure flou au regard du libellé de l'article 11 de l'AUS. Déjà, cette responsabilité est plurielle en ce sens qu'elle peut être à la fois civile, contractuelle[796], délictuelle[797] et même spécifique à un texte donné[798]. Pour la comprendre, il faut partir de deux postulats complétés le cas échéant par l'évolution jurisprudentielle propre au droit de la responsabilité civile de chaque Etat.

Le premier postulat est conforme à ce qui se fait avec l'article 2026 du Code civil français, l'agent des sûretés devrait répondre de ses actes sur son patrimoine fiduciaire affecté[799]. Le second postulat découle de la responsabilité d'un mandataire salarié[800], l'hypothèse du mandat à titre gratuit étant exclue[801] en droit OHADA, il faille distinguer entre les actes normaux de gestion conformes à la mission et les fautes de gestion[802]. Et c'est à ce dernier niveau que l'évolution jurisprudentielle peut être appelée à la rescousse. L'un des principaux challenges à revisiter concerne les clauses exonératoires de responsabilité. Sont-elles valables en droit des sûretés OHADA et précisément dans le contrat d'agent des sûretés? L'absence de cause ou mieux le manquement à une obligation essentielle[803] vide-t-elle le contrat de son essence pour permettre de retenir la responsabilité de l'agent des sûretés ?

En principe, après la détermination des obligations essentielles du contrat d'agent des sûretés, un manquement à l'une de ses obligations essentielles viderait le contrat de son essence et autoriserait la rétention à bon droit de la responsabilité de l'agent des sûretés. Mais ceci dit, il est impératif de distinguer selon la victime du manquement essentiel c'est-à-dire à l'égard de qui le manquement est préjudiciable ou par qui cette responsabilité est invoquée.

A l'égard du ou des constituants : c'est le cas typique de l'article 11 de l'AUS qu'on peut rapprocher de la responsabilité du mandataire salarié ayant commis une faute de gestion[804]. La responsabilité de l'agent des sûretés est engagée dans ce cas d'inexécution ou mauvaise exécution de ses obligations.

A l'égard du ou des bénéficiaire(s) : il faut d'abord dire que cette responsabilité est principalement fonction des clauses du contrat d'agent des sûretés. Une des questions qui aurait dû être mieux tranchée par l'AUS à notre avis est celle du droit de suite qui est accordé au tiers sur le patrimoine fiduciaire advenant une dette née de la conservation des biens affectés. Ce droit de suite peut-il être exercé par le bénéficiaire en sa qualité de

---

796 L'agent des sûretés étant d'abord un contrat formel avec des mentions obligatoires prescrites à peine de nullité suivant l'article 6 de l'AUS.

797 Un manquement contractuel pouvant constituer une faute délictuelle pour un tiers !

798 Textes régissant les banques et autres établissements financiers, les assurances, etc.

799 Art. 9 AUS.

800 Art. 11 AUS.

801 Les deux options du mandataire sont précisées par l'article 1992 alinéa 2 du code civil français.

802 Art. 1992 C. Civ. Français.

803 Nélia CARDOSOT-ROULOT, *Les obligations essentielles en droit privé des contrats*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 2008, 650 pp.

804 Civ. 1ère 18 janv. 1989 ; D. 1989, 302, note Christian Larroumet.

tiers au contrat d'agent des sûretés ? Le(s) bénéficiaire(s) a-t-il un droit de suite ou un droit de préférence[805] d'office sur les biens du patrimoine fiduciaire ? On peut s'avancer en prétendant que tout ceci, en général, dépend de l'information reçu des tiers incluant le bénéficiaire :

i. Si le contrat prévoit des pouvoirs étendus[806] alors les tiers devraient être protégés et les biens acquis conservés par eux.

ii. Si les pouvoirs étaient limités et les tiers en avaient connaissance ou étaient censés en avoir connaissance alors la substitution est possible car cette aliénation aurait été faite en fraude des droits du bénéficiaire.

Une autre source de vide juridique peut être identifiée à travers les rapports des bénéficiaires entre eux et les rapports entre l'agent des sûretés et les bénéficiaires. Certes le contrat devrait le prévoir mais si ce n'est pas le cas, comment s'apprécierait l'hypothèse dans laquelle l'agent des sûretés OHADA privilégie un bénéficiaire par rapport à un autre ? Quels sont les recours du bénéficiaire lésé ? Doit-il agir seul contre les autres bénéficiaires ensemble dans une sorte de masse fictive ou devrait-il agir individuellement contre chacun? Comment s'apprécierait la responsabilité de l'agent des sûretés à son égard ? Comme un mandataire salarié aussi[807], ou plutôt selon la logique comme un mandataire non salarié puisque dans ce type de rapport, les bénéficiaires ne rétribuent pas l'agent des sûretés pour ses services mais plutôt les créanciers constituant ? Voilà que l'AUS exclue à priori la responsabilité de l'agent comme mandataire à titre gratuit. Cette exclusion est-elle valable pour tous les types de rapports ou concerne-t-elle exclusivement les rapports entre les créanciers constituants et l'agent des sûretés ? Il serait étrange de devoir analyser les rapports entre les bénéficiaires et l'agent des sûretés comme des rapports de mandataire salarié alors qu'on sait qu'il n'en est rien dans leur rapport. Le texte de l'AUS mérite à ce propos des précisions.

Aussi, avec le quasi-monopole accordé aux institutions financières, on a l'impression que le législateur n'avait dans son viseur que les crédits consortiaux[808] ou crédits syndiqués[809] ; les crédits « tour de tables »[810] ou pools bancaires, au détriment des petites et moyennes opérations de financement qui soutiennent effectivement le tissu économique africain sans utiliser ces montages juridico-financiers sophistiqués et onéreux[811]. La complexité de certains modes de financement notamment, les lourds

---

805 Ces deux types de privilège lui permettraient le cas échéant d'exiger une exécution en nature ou de se substituer aux tiers-acquéreurs des biens aliénés par l'agent des sûretés.

806 Art. 6 alinéa 4 AUS. La mention de l'étendue des pouvoirs de l'agent des sûretés est une mention obligatoire à peine de nullité du contrat.

807 Article 11 AUS.

808 J. Bertran de BALANDA, « Crédits consortiaux : quelles règles du jeu ?», JCP éd. E 1994, I, n° 409 ;

809 J. Bertran De BALANDA, « Crédit syndiqué et sûretés », Banque et Droit, mars-avril, 1997, p. 3 et s.

810 Bénédicte BRAQUEHAYE, *Les transferts de risques au sein de la syndication bancaire*, Mémoire de Master 2, Magistère de Juriste d'Affaires DJCE, Université Paris Panthéon-Assas, 2008-2009. Disponible en ligne à ligne à l'adresse http://www.freewebs.com/mja-paris2/MEMOIRES%202009/braquehaye.pdf. Dernière consultation le 03-03-2013.

811 La question des coûts et rémunérations (commissions) des agents de sûretés semble occultée comme si elle n'était pas importante.

montages relatifs aux prêts syndiqués pourraient justifier qu'une attention particulière soit accordée aux montages résultant de la constitution de l'agent des sûretés. Les précédentes crises financières doivent tout au moins, servir d'indicateurs à ce propos au système bancaire africain.

Sous un autre angle, au-delà de la réglementation bancaire qui éventuellement pourrait s'appliquer, un trop grand laxisme des législations nationales pourrait avoir des répercussions dramatiques sur cette institution et même le tissu économique de l'espace OHADA. Le législateur aurait été plus en phase avec la réalité et les difficultés des banques africaines en évitant cette situation monopolistique des institutions financières comme agent des sûretés[812]. Ceci d'autant plus qu'il permet à l'agent des sûretés OHADA de réaliser aussi bien des sûretés personnelles que réelles. Le mérite de cette solution que nous proposons est qu'elle ouvre la possibilité aux personnes physiques comme morales de devenir gestionnaire des sûretés pour le compte des banques. L'agent des sûretés serait alors chargé du suivi des sûretés auprès des professionnels habituels. Il sera par exemple clairement titulaire du droit d'ester au nom des créanciers qu'il représente mais lui-même obligé de se faire représenter par ministère d'avocat pour agir devant les tribunaux avec des prérogatives contractuelles étendues en ce sens dans le suivi du processus. Ce faisant, le législateur aurait réellement permis aux banques créancières de trouver un moyen efficace de constitution et gestion de leurs sûretés et de ce fait de les disposer davantage certainement, à financer en toute sécurité l'économie africaine. Enfin, nous ne pouvons conclure ces écrits sans nous prononcer sur la simplicité et l'efficacité[813] générale de cette institution contractuelle[814]. L'institution n'est pas aussi simple qu'elle devrait l'être pour ''*booster*'' les garanties. Elle est conditionnée par un formalisme lourd institué à peine de nullité. Le régime juridique du patrimoine fiduciaire affecté est complexe et les obligations comptables, administratives, fiscales et autres sont peu précises. Toutefois, l'agent des sûretés a des pouvoirs très étendus possibles, ce qui favorise une bonne gestion autonome et centralisée. Les créanciers constituants quant à eux peuvent se targuer de bénéficier d'une absence de concours avec les autres créanciers, ce qui met leur patrimoine fiduciaire à l'abri sauf fraude ou dettes issues de la conservation des biens affectés.

Au final, l'agent des sûretés est sûrement efficace mais uniquement pour les opérations de grosse envergure financière qui ne sont pas monnaie courante en Afrique. Gageons justement que le législateur a donc anticipé sur une multiplication de ces types

---

812 Il faut préciser qu'expressément, une personne physique par interprétation large demeure toujours capable de constituer, gérer et réaliser une garantie. Nous en sommes convaincus mais attendons les premières décisions de la CCJA en la matière pour être fixé définitivement.

813 Le professeur CROCQ dans sa présentation de l'agent des sûretés assurait que l'ambition de la réforme à ce propos était « d'offrir un cadre souple et efficace, permettant à l'agent des sûretés désigné de constituer, d'inscrire, de gérer et de réaliser les sûretés au nom des autres créanciers », V. Pierre CROCQ, « L'agent des sûretés », dans Pierre CROCQ, (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés*, p. 55, n° 43.

814 L'agent des sûretés est une institution légale qui prend corps et vit grâce à un contrat, d'où l'expression institution contractuelle.

d'opérations qu'il prévoit réglementer sûrement[815] et que l'agent des sûretés aura le mérite d'être déjà là quand on aura effectivement besoin de lui dans un futur proche.

Pour ne pas conclure

De manière prémonitoire, M. Likillimba concluait son article consacré à l'agent des sûretés OHADA, en craignant que les suites suivantes lui soient réservées :

> « *… il est alors à craindre que l'agent des sûretés ne soit traqué faute d'avoir été bien compris; et si l'agent des sûretés est traqué injustement, c'est le crédit dans l'espace OHADA qui continuera d'être détraqué* ».

Oui, l'agent des sûretés n'est pas bien compris et ce n'est point injustement mais, en partie, à juste titre car l'institution concourt à sa propre perdition par sa nature et son régime juridiquement flou et mutant. N'oublions pas que les lois sont faites pour des peuples et non des peuples pour les lois. En ce sens, il ne suffit pas qu'une loi nouvelle soit la plus innovante, moderne et sophistiquée pour être fonctionnelle; il lui faut prendre en compte le milieu socio-économique qu'elle est censée régir. Pour l'heure, nous confirmons que l'institution crée de nouvelles avenues aux praticiens et espérons qu'ils pourront se l'approprier dans un futur proche et en constituer entre eux afin de faire ressortir d'autres failles pratiques à corriger. Espérons que ces lignes quelque peu critiques aiguilleront les acteurs, étatiques comme les particuliers, dans la recherche des bonnes solutions et actions idoines pour un droit des sûretés OHADA plus attractif et efficace dans la pratique.

---

[815] Les contrats complexes tels que les *Build Operate Transfer* (BOT), les *Joint Ventures* ou coentreprises, les concessions, l'affacturage, la franchise sont autant d'ensemble contractuels nouveau dont l'OHADA étudie actuellement l'opportunité de réglementation uniforme. Leur financement étant tout autant complexe, ils appellent des institutions tels que l'agent des sûretés pour la bonne gestion des garanties qu'ils induisent.

LA PLACE DU RECOURS EN CASSATION EN DROIT COMMUNAUTAIRE OHADA

Par Félix FANOU,

Docteur en droit Privé

Enseignant- Formateur en E-Learning

Résumé de l'article

Le développement des tendances régionalistes dans la société internationale, fait majeur des temps présents, constitue l'un des facteurs explicatifs de la multiplication des juridictions communautaires. En droit OHADA, on ne déroge pas à ce schéma. Une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est érigée comme une juridiction supranationale en matière d'application et d'interprétation du droit OHADA à côté des juridictions nationales préexistantes. En effet, pour assurer l'unification du droit communautaire OHADA, le législateur a préféré doter la CCJA du mécanisme du recours en cassation contrairement au recours préjudiciel choisi en droit communautaire UEMOA et CEMAC. Ce choix du recours en cassation comme moyen d'unification, participe non seulement à l'efficacité, l'effectivité et l'efficience de l'objectif d'harmonisation du droit des affaires en Afrique, mais aussi il fait la lumière sur la place importante qu'occupe le recours en cassation qualifié de « méthode forte » d'harmonisation par M. Patrice LEVOA. Le choix du recours en cassation comme méthode d'harmonisation du droit OHADA, laisse entrevoit un bel avenir de ce mécanisme après deux décennies d'application du traité OHADA.

Malgré les atouts qu'il présente, le recours en cassation suscite quelques difficultés. La critique adressée à la technique de recours en cassation porte non pas sur le recours lui-même strictement, mais sur son aménagement notamment sur le pouvoir d'évocation de la CCJA.

I- LE RECOURS EN CASSATION MOYEN D'UNIFICATION EN DROIT COMMUNAUTAIRE OHADA

A- LA PRIMAUTE DU RECOURS EN CASSATION, COMME MOYEN D'UNIFICATION EN DROIT OHADA

B- LA SUBSIDIARITE DE L'EVOCATION COMME MOYEN D'UNIFICATION EN DROIT OHADA

II- L'EFFICACITE DU RECOURS EN CASSATION EN DROIT COMMUNAUTAIRE OHADA

A- LES BIENFAITS DU MECANISME DU RECOURS EN CASSATION

B- LE BEL AVENIR DU MECANISME DU RECOURS EN CASSATION

La politique globale d'une organisation est concrètement mise en place par un dispositif. Ce dispositif, est un ensemble cohérent d'actions et d'outils permettant à l'organisation d'atteindre les objectifs à lui assignés. Avant tout, si la politique d'une organisation est représentée par des concepts et des idées organisés et planifiés, le dispositif quant à lui se résume en action afin de parvenir aux objectifs. Sa mise en œuvre est rendue possible grâce à un certain nombre d'outils et de supports. Le législateur OHADA a compris cela dans son objectif d'unification du droit des affaires en Afrique[816]. En effet, l'unification du droit ne peut être effective[817], efficace[818] et efficiente[819], si l'on ne confie pas cette tâche à un juge « unique ». On dit souvent qu'un « droit uniforme appelle une jurisprudence uniforme »[820]. La mise en œuvre du droit exige le respect de certaines exigences consistant à adapter la démarche d'ensemble d'une organisation à la taille des objectifs poursuivis. L'entreprise confiée à une organisation doit être mieux cernée pour être à même d'accompagner et de faciliter sa mise en œuvre[821]. Quels que soient leurs objectifs et leur but, les exigences d'une organisation doivent être encadrées et moulées dans la loi[822].

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires a opté pour une technique d'unification du droit des affaires par la création d'une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage à l'instar des organisations communautaires comme l'UEMOA ou la CEMAC. Il convient de noter que même si ces organisations ont toutes choisi la

816 Ndiaw DIOUF, « le pourvoi en cassation dans les litiges de droit privé », Bulletin d'Information 1-2 de la cour suprême, septembre 1999, p.15. Pour l'auteur l'intégration juridique ou par les règles se réalise dans le cadre du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique adopté en 1993 en vue de créer un espace juridique commun constitué par le territoire des Etats membres. Les rédacteurs du traité selon le Professeur Ndiaw DIOUF ont eu pour ambition d'améliorer l'environnement juridique, en mettant un terme à l'insécurité judiciaire, mais aussi et surtout à l'insécurité juridique résultant, dans les pays signataires, de la vétusté et de la disparité des textes applicables.

817 L'effectivité mesure le degré d'utilisation du modèle législatif par ses destinataires. V. OST (F.) et Van de KERCHOVE (M.), « le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? », in pluralisme juridique et effectivité du droit, Ed. LARCIER, p. 26

818 La notion d'efficacité conduit à s'interroger sur la pertinence du moyen choisi par le législateur en vue d'atteindre l'objectif visé. V. OST (F.) et Van de KERCHOVE (M.), « le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? », in pluralisme juridique et effectivité du droit, Ed. LARCIER, p. 26

819 L'efficience, elle mesure le coût engagé pour atteindre par la règle choisie, le but visé. Une règle efficiente est une règle efficace au moindre. V. OST (F.) et Van de KERCHOVE (M.), « le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? », in pluralisme juridique et effectivité du droit, Ed. LARCIER, p. 26

820 DE. Lafond (T. G.), « le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Gaz. Pal., Sep. 1995

821 Pour assurer l'unité d'interprétation du droit communautaire des affaires dans les Etats parties, les rédacteurs du traité ont mis en place une juridiction commune dénommée cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) qui se prononce sur les décisions rendues en dernier ressort dans les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes. Pour exercer cette fonction, la CCJA est saisie au moyen d'un recours en cassation. Une part non négligeable des litiges de droit privé est dévolue à la cour commune de justice et d'arbitrage. Ndiaw DIOUF, « le recours en cassation dans les litiges de droit privé », op.cit. , p.16

822 LEVOA AWONA (S.P.), « les compétences juridictionnelles dans l'espace OHADA et l'espace CEMAC », thèse de doctorat, Yaoundé II SOA. 2009, p.57

création d'une juridiction pour atteindre les objectifs de l'unification, il reste cependant à noter que les techniques sont différentes[823] dans leur mise en œuvre.

En droit OHADA, pour assurer l'unification du droit, le législateur a préféré le recours en cassation contrairement au recours préjudiciel[824] choisi en droit communautaire UEMOA et CEMAC[825]. Ce choix du recours en cassation comme moyen d'unification, suscite la réflexion sur la place du recours en cassation en droit communautaire OHADA. La question l'on peut se poser est relative à la nécessité du choix recours en cassation comme moyen d'unification dans un ordre juridique qui se veut communautaire comme celui de l'OHADA et qui produit ses propres normes[826]. Dans cette réflexion nous évoquerons successivement deux questions. La première est celle du recours en cassation comme moyen d'unification en droit communautaire OHADA (I) et dont nous tenterons d'expliciter son caractère utilitaire dans le dispositif d'organisation de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA. La seconde question est celle de l'efficacité du recours en cassation (II), dont nous tenterons de mettre en lumière la diversité des significations, les bienfaits qu'il procure ainsi que son avenir dans le cadre de l'unification du droit communautaire OHADA.

---

823 BOUMAKANI (B.), « les juridictions communautaires en Afrique noire francophone : la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, les cours de justice de l'UEMOA et de la CEMAC », annales de la FSJP de l'université de Dschang, t.3, 1999, p. 142.

824 KAMWE MOUAFFO (M. – C.), Commentaire, de l' « arrêt n° 001/CJ/CEMAC/CJ/10-11 du 25 novembre 2010. Affaire Ecole Inter- Etats des Douanes c/ Djeukam Michel, la CJ-CEMAC a rendu son premier arrêt préjudiciel », revue de l'ERSUMA, n°1, janvier 2012, p.413.

825 En droit communautaire européen comme celui de l'UEMOA, la technique du recours préjudiciel a déjà fait ses preuves. Pourtant, le législateur OHADA a ramé à contre-courant dans le choix d'unification du droit communautaire des affaires. Cette réussite du recours préjudiciel en droit communautaire européen et en droit UEMOA met la lumière sur la nouveauté du choix de recours en cassation comme moyen d'unification du droit communautaire qualifié par la doctrine d'une grande première. Cf. BOUMAKANI (B.), « le juge interne et le droit OHADA », Penant, n°839, 2002, pp. , 133- 152 ; les actes du colloque international tenu à Lomé (Togo) du 6 au 9 juin 2006 sur le thème : ''Les rapports entre juridictions de cassation nationales et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA : ''bilan et perspectives'', Penant, n°860, 2007, pp. 284 et s.

826 Voir les développements du Professeur Ndiaw DIOUF sur le contexte de la création du droit communautaire. Pour l'auteur, face à la mondialisation et à la globalisation des échanges qui font peser de sérieuses menaces sur les agents économiques exerçant leur activité dans le cadre des marchés étroitement correspondant aux territoires balkanisés hérités de la colonisation, les Etats africains se sont engagés dans la création et le développement d'organisations ayant pour objet la réalisation des objectifs d'intégration, qu'elle soit économique ou juridique. Cf. Ndiaw DIOUF, « le pourvoi en cassation dans les litiges de droit privé », op.cit. , p.15.

I-LE RECOURS EN CASSATION MOYEN D'UNIFICATION EN DROIT OHADA

La doctrine a fustigé[827] le choix du recours en cassation qu'elle a qualifié d'une grande première[828] en droit communautaire[829]. Il y a au sein de l'OHADA un vif débat sur l'efficacité du recours en cassation comme technique[830] d'unification de la jurisprudence OHADA.

Pour certains, il faut remplacer le recours en cassation par le recours préjudiciel. Dans les développements suivants, nous analyserons la pertinence d'une telle idée en étudiant la place du recours en cassation en droit communautaire OHADA. Nous adopterons une analyse qui va consister à comparer le recours en cassation au recours préjudiciel. Dans cette étude, l'approche plurale[831] permet déjà de réfléchir à des solutions en vue d'améliorer l'efficacité du mécanisme du recours en cassation en droit OHADA. Il s'agit d'un instrument d'évaluation et de la politique législative au service de l'intégration normative. Plusieurs illustrations permettront d'en mesurer la portée selon qu'il est question d'apprécier la pertinence du choix du mécanisme du recours en cassation ou son effectivité.

Pour parvenir à l'unification du droit recherchée, le législateur OHADA a placé la CCJA au-dessus des juridictions nationales[832].[833] Dans la réalité, il s'agit de doter d'une part la juridiction OHADA de la technique de recours en cassation qui est une méthode forte[834] et d'autre part de l'évocation.

---

827 Cf. BOUMAKANI (B.) «Le juge interne et le droit OHADA », Penant, n° 839, 2002, p. 142

828 Le législateur a fait le choix du recours en cassation pour l'unification du droit communautaire OHADA. Pour la doctrine, il aurait préféré le recours préjudiciel communément usité en droit communautaire.

829 Dans le cadre de l'OHADA, le recours préjudiciel est écarté au profit de la technique du recours en cassation qui est porté devant la cour commune de justice et d'arbitrage et l'on peut former contre les décisions rendues en dernier ressort. Cf. Ndiaw DIOUF, « le pourvoi en cassation dans les litiges de droit privé », Bulletin d'Information 1-2 de la cour suprême, septembre 1999, p.22.

830 LEVOA AWONA (S.P.), thèse de doctorat, op.cit., Yaoundé II, SOA, p. 57.

831 La recherche juridique pluraliste repose sur la remise en cause de la prétention de l'Etat au monopole de la production du droit et donc de la disjonction de la normativité juridique et de l'organisation étatique. Cette théorie peut servir à mettre au jour et à décrire le phénomène empirique qu'est la pluralité des foyers et des systèmes normatifs, ce qui permet alors d'appréhender un sujet d'étude à travers une approche explicative dite pluraliste en ce qu'elle mobilise en considération du fait de la pluralité juridique dans la compréhension et l'explication d'une situation. Cf. OTIS (G.), « les figures de la théorie pluraliste dans la recherche juridique », in méthodologie du pluralisme juridique, Ed. CARTHALA, 2010, pp. 9-24.

832 Cf. Art. 14 al 1er du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique : « la cour commune de justice assure dans les Etats Parties l'interprétation et l'application commune du présent traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes… ».

833 DIEYE (A.), « la cour de justice de la communauté- CEDEAO et les juridictions nationales des Etats membres : quelles relations ? », Nouvelles Annales Africaines- Revue de la Faculté des Sciences juridiques et Politiques UCAD, n°1, 2007, p.190 et s.

834 LEVOA AWONA (S.P.), thèse de doctorat, op.cit. , p. 58.

A- LA PRIMAUTE DU RECOURS EN CASSATION, COMME MOYEN D'UNIFICATION EN DROIT OHADA

Notre objectif, ici, est de montrer que par le choix du recours en cassation, le législateur a atteint l'efficacité de l'objectif de l'unification. Ce choix du recours en cassation a engendré la substitution[835] de la CCJA aux cours suprêmes nationales qui permet une sorte d'abandon de souveraineté[836].

Avec l'avènement de l'OHADA, les Etats membres ont limité leur souveraineté en matière judiciaire. Cette limitation de la souveraineté n'est pas du goût d'une partie de la doctrine[837] et d'une certaine franche des juridictions nationales de cassation.

La souveraineté telle que définie par Monsieur DUTHEIL DE LA ROCHERE est « le pouvoir qu'a l'Etat de décider en dernier ressort et d'imposer sa décision. »[838]. Lorsqu'on dit qu'un Etat est souverain, « il faut entendre par là que dans la sphère où son autorité est appelée à s'exercer, il détient une puissance qui ne relève d'aucun autre pouvoir et qui ne peut être égalée par aucun autre pouvoir »[839]. De même que les pouvoirs législatif et exécutif, le pouvoir judiciaire aussi est un attribut de la souveraineté d'un Etat. Dans l'espace OHADA comme dans l'espace UEMOA ou CEMAC, la fonction juridictionnelle est confiée à une instance dotée du pouvoir de juger[840]. Au Sénégal, l'article 92 de la constitution prévoit que le pouvoir judicaire est exercé par le conseil constitutionnel, le conseil d'Etat, la cour de cassation, la cour des comptes et les tribunaux.

Le Gabon a adopté une même ligne directive dans sa constitution qui dispose que « la justice est rendue au nom du peuple gabonais par la cour constitutionnelle, la cour judiciaire, la cour administrative, la cour des comptes, les cours d'appel, les tribunaux, la haute cour de justice et les autres juridictions d'exception »[841]. On peut aussi citer la constitution du Mali et celle du Bénin qui prévoient respectivement dans leurs esprits

---

835 Cette situation est critiquée en raison des relations potentiellement conflictuelles qu'elle instaure entre la juridiction communautaire et les juridictions nationales statuant en cassation. Certaines juridictions nationales se sont ouvertement rebellées contre leur marginalisation au profit de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA. Il suffit, pour s'en convaincre, de s'en référer à l'arrêt rendu par la cour suprême du Niger le 16 août 2001 dans l'affaire SNAR Leyna c/ HIMA Souley (arrêt cour suprême du NIGER, 16 août 2001)

836 Ndiaw DIOUF, « le pourvoi en cassation dans les litiges de droit privé », Bulletin d'Information 1-2 de la cour suprême, septembre 1999, p.22

837 Une partie de la doctrine qualifie la souveraineté comme la puissance inconditionnelle dans laquelle l'ordre international reconnaît un attribut essentiel de l'Etat et qu'en droit OHADA l'espace est révélateur d'une insidieuse fixation sur la souveraineté.

838 DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), « la souveraineté de l'Etat et l'union européenne », in souveraineté de l'Etat et interventions internationales, Paris, Dalloz, 1996, p. 47.

839 CARRE DE MALBERG. (R.), « contribution à la théorie générale de l'Etat », Sirey, t.1, 1920. p.70.

840 BOUMAKANI. (B.), « les juridictions communautaires en Afrique noire francophone ; la cour commune de justice et d'arbitrage, les cours de justice de l'UEMOA et de la CEMAC », op.cit. t. 3, 1999, p.140 et s.« La fonction de juger qu'elle soit exercée par les juridictions de première instance ou d'appel ou par la cour suprême, est une fonction constitutionnelle en même temps qu'elle est l'expression de la souveraineté et de l'indépendance nationales…. » cf. Gueye (B.) et Talla (S.N.), in OHADA traité et actes uniformes commentés et annotés, p.37 et s.

841 Cf. la constitution du Gabon dans son article 67 en date du 29 mars 1991.

que la justice est rendue par les cours et tribunaux nationaux au nom de la souveraineté[842].

Pour éviter les interprétations divergentes, diversifiées et nombreuses d'une même règle de droit dans un même Etat, les juridictions nationales sont structurées et organisées hiérarchiquement. On a d'un côté les juridictions inférieures qui sont juges de fait et de droit et de l'autre côté la cour de cassation représentant la juridiction suprême. Celle-ci a pour mission d'unifier l'application de la règle de droit appliquée par les juridictions hiérarchiquement inférieures.

Le vent de l'OHADA avec sa cohorte d'exigences est venu porter un coup à ce schéma préexistant dans l'ensemble des Etats Parties du traité OHADA avec l'avènement du droit harmonisé[843]. Désormais, les juridictions nationales de fond, lorsqu'elles appliquent le droit issu de l'OHADA ne sont plus placées sous la subordination hiérarchique des cours de cassation nationales. Celles-ci ont comme « témoin d'autorité »[844] la CCJA qui fait office de juridiction suprême en matière de contrôle de l'application du droit OHADA.

On peut lire dans les lignes de la constitution de plusieurs Etats Parties du traité l'idée d'unité de l'ordre judiciaire. Ainsi dans la constitution gabonaise « la cour judiciaire est la plus haute juridiction en matière civile, commerciale, sociale et pénale. ». Au Tchad, la constitution prévoit que : « il est institué un seul ordre de juridiction dont la cour suprême est l'instance suprême ». Au Cameroun, la constitution prévoit en son article 38 que « la cour suprême est la plus haute juridiction de l'Etat en matière judiciaire… ».

Il n'est pas nécessaire d'être juge de l'application des actes uniformes pour constater que les juridictions nationales de cassation ont été évincées de leurs attributions en matière du droit des affaires[845]; ce au mépris des dispositions constitutionnelles des Etats de l'OHADA qui instituaient une juridiction suprême nationale en matière judiciaire.

Les Etats de l'OHADA doivent pour être conformes aux dispositions du traité, opérer des réformes qui mentionnent l'exception à « l'unité judiciaire » en matière des actes uniformes[846]. Dans les pays de l'OHADA, la fonction juridictionnelle de l'Etat est

---

842 La justice au BENIN est organisée par une loi, conformément à l'article 98 de la constitution du 11 décembre 1990 qui prévoit dans le sixième alinéa que l'organisation des juridictions de tous ordres est du domaine de la loi. Il s'agit de la loi n° 2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en république du Bénin. Au Mali, une disposition similaire existe. Cf. constitution du Mali du 25 février 1992.

843 Les juridictions suprêmes nationales sont devenues selon M. BOUMAKANI « des juges de droit commun » dans les litiges relatifs à l'application des actes uniformes pour des raisons liées aux objectifs d'unification de ce droit OHADA. Cf. BOUMAKANI (B.), « le juge interne et le droit OHADA », op.cit. pp. 135 et s. voir commentaire de l'article 13 et 14 combinés du traité OHADA, éd. 2008, P36 et 42, GUEYE (B.) et TALL (S.N.).

844 L'idée de « témoin d'autorité » exprime l'incontournable pouvoir dévolu à la CCJA représentant le baromètre de l'interprétation du droit OHADA.

845 La CCJA est compétente en cassation relativement aux matières de droit des affaires prévues au traité en son article 2 et des matières que le conseil des ministres jugera opportunes d'y inclure. Conformément à l'objet du présent traité, GUEYE (B.) et TALL (S.N.), in OHADA article 2 du traité annoté et commenté, éd. 2008, p. 24.

846 Dans la pratique très peu d'Etats Parties au traité ont adapté leur droit interne au traité de l'OHADA. Certains Etats comme le Sénégal, le Cameroun et la Côte d'Ivoire ont fait des efforts en la matière.

désormais attribuée à une juridiction qualifiée par certains auteurs de « juridiction nationale off-shore »[847] basée à Abidjan en Côte d'Ivoire. La limitation de souveraineté est matérialisée entre autres par l'éviction des juridictions suprêmes de cassation par la CCJA[848].

Pour une partie de la doctrine, la CCJA ne limite pas la compétence des juridictions nationales de cassation dans les litiges relatifs à l'application et à l'interprétation des actes uniformes. La CCJA est supérieure aux juridictions nationales de cassation. Du coup, des voix autorisées exagèrent un peu la dimension de la limitation de souveraineté en droit OHADA. Pour celles-ci, la limitation de souveraineté est d'autant plus grande qu'elles préfèrent l'expression d'abandon de la souveraineté qui selon elles, témoigne de la supériorité de la CCJA sur les juridictions nationales de cassation. Ces auteurs diffusent l'idée d'abandon total de la souveraineté des Etats en matière judiciaire.

Pourtant, nous pensons que si cet abandon est admis, il devait entraîner une conséquence telle que les décisions des cours suprêmes nationales soient déférées à la censure de la CCJA. Or cela n'est pas le cas dans la réalité. Au surplus, le législateur OHADA n'a prévu nulle part la possibilité de déférer la décision des cours suprêmes nationales devant la CCJA. Cela témoigne que le législateur OHADA n'a pas prévu de faire de la CCJA, une juridiction supérieure aux juridictions nationales de cassation[849].

Le recours en cassation peut s'assimiler au recours préjudiciel qui est une technique similaire communément usitée en droit communautaire pour servir les objectifs de l'unification.

Le recours préjudiciel est un procédé technique choisi le plus souvent par le législateur en droit communautaire pour assurer l'application uniforme du droit, plus exactement pour assurer en toute circonstance, à ce droit le même effet dans tous les Etats membres. Comme tel, il constitue un mécanisme de coopération judiciaire au service des Etats membres. Le recours préjudiciel permet aux juridictions des Etats membres qui sont appelées à appliquer le droit communautaire à un litige porté devant elles, de prononcer le sursis à statuer et d'interroger la juridiction compétente sur l'interprétation ou la validité de la norme de droit communautaire.

---

847 Les juridictions nationales sont dans l'application du droit OHADA, contrôlées par une juridiction extérieure qui échappe à tout contrôle étatique. Cf. OLINGA (A. D.), « réflexions sur le droit international, la hiérarchie des normes et l'office du juge au Cameroun », Juris Périodique, n°63, 2005, pp.10 et s.

848 Cf. articles 13 et 14 combinés du traité OHADA du 17 octobre. Cf. article 18 du traité. Cf. GUEYE (B.) et TALL (S.N.), in OHADA, commenté et annoté, éd 2008, p.44. BOUMAKANI (B), le juge interne et le droit OHADA, p.143, V. LOHOUES- OBLES (J.), in OHADA traité et actes uniformes annotés et commentés, 2ème édition op.cit. pp.45 et s.

ISSA SAYEGH (J) et LOHOUES-OBLES (J.), OHADA harmonisation du droit des affaires, op.cit, éd, Bruylant, 2002, p. 91.

849 Aucune disposition du traité OHADA ne le prévoit explicitement.

B-LA SUBSIDIARITE DE L'EVOCATION COMME MOYEN D'UNIFICATION EN DROIT OHADA

Le législateur OHADA n'a pas seulement doté la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du pourvoi en cassation. En plus du pouvoir à lui accorder, la juridiction OHADA dispose du pouvoir d'évocation. Dans les lignes qui vont suivre nous analyserons le contenu de cette notion de pouvoir d'évocation sans oublier d'aborder les conséquences de celui-ci.

Le contenu du pouvoir d'évocation

Au cas où la cour de cassation estime fonder les ou l'un des moyens sur lesquels s'appuie le demandeur, ou encore dans l'hypothèse où elle relève d'office un moyen de pur droit, elle casse la décision attaquée. Cette cassation pouvant être, selon les cas, totale ou partielle[850]. Selon une règle classique, reprise par l'article 625 du nouveau code de procédure civile français, sur les points qu'elle atteint, la cassation replace les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la décision cassée, les plaideurs ayant au demeurant à débattre à nouveau de leur affaire devant une juridiction de fond[851].

C'est qu'en principe, la cassation est suivie d'un renvoi de l'affaire devant une telle juridiction. Jusqu'à une époque récente, il y avait alors nécessairement renvoi devant une juridiction autre que celle ayant rendu la décision censurée, étant entendu que la juridiction de renvoi devait être de même ordre, de même degré et de même nature que celle auteur de la décision cassée. Dans un but de commodité et d'économie pour les plaideurs, on est parvenu à côté de la solution traditionnelle, à trouver la possibilité d'un renvoi devant la même juridiction composée d'autres magistrats[852].

Ensuite, par exception au principe selon lequel la censure d'une décision conduit à renvoyer l'affaire devant une juridiction de fond, il existe des hypothèses dans lesquelles les textes récents ont élargi le domaine de cassation sans renvoi consacré par certains droits notamment africains, comme par exemple le droit OHADA.

Le législateur OHADA au terme de l'article 14 al. 5 du traité constitutif de l'organisation révisé, laisse entrevoir que la CCJA dispose d'un pouvoir d'évocation après cassation d'un arrêt d'une juridiction nationale de fond. Ainsi, on constate que la CCJA se substitue en cas de cassation aux juridictions nationales de fond, tout comme c'est le cas pour le pourvoi en cassation. Le pouvoir d'évocation ainsi institué en droit OHADA est un instrument de réduction de la compétence[853] des juridictions nationales de fond et par ricochet un trait de la supranationalité de la CCJA[854].
L'évocation ainsi reconnue à la CCJA en droit OHADA tire son fondement selon l'expression du professeur Gérard COUCHEZ de la recherche de la « commodité et de

---

850 Cf.art. 623 du nouveau code de procédure civile français

851 Cette expression classique est malheureuse dans la mesure où la cour de cassation ne connaît pas que des questions de forme, cf. GOUCHEZ (G.), « Procédure civile », 3e édition, p. 309.

852 Cf. loi française du 3 janvier 1979.

853 Cf. art 13 et 14 combinés du traité OHADA op.cit.Djibril ABARCHI, « la supranationalité de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) » RDJA, pp. 46 et s.

L'auteur assimile la réduction de la compétence des juridictions nationales par le fait qu'on a laissé aux juridictions nationales une compétence résiduelle au profit de la CCJA.

854 Cf. Djibril ABARCHI, op.cit. p. 57.

l'économie » par les plaideurs dans le souci de parvenir à la sécurité[855] judiciaire dans l'espace OHADA. Il convient de noter que, le pouvoir d'évocation tel que défini n'est pas ignoré des droits nationaux des Etats membres de l'OHADA.

En droit camerounais, l'article 510 du code de procédure pénale reconnaît à la chambre judiciaire de la cour suprême, statuant en matière pénale, le pouvoir d'évocation après cassation. Le même pouvoir est reconnu à la chambre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale ou de droit traditionnel, à condition que l'affaire soit en instance d'être jugée au fond[856].

La Côte d'Ivoire, elle aussi, a prévu le pouvoir d'évocation dans sa loi n° 97-243 du 25 Avril 1997 en son article 28 nouveau portant modification et complément de la loi n° 94-440 en date du 16 août 1994 sur la détermination de la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement de la cour suprême. Prenant l'exemple du Cameroun, l'article 212 du code de la procédure civile et commerciale prévoit qu' « en cas d'appel d'un jugement partie définitif et partie avant dire droit, si cette décision est infirmée, la juridiction d'appel pourra évoquer l'affaire à condition que la matière soit susceptible de recevoir une décision définitive». L'alinéa 2 poursuit en prévoyant qu'il en sera de même dans les cas où elle infirmerait ou annulerait des jugements sur le fond, soit pour vice de forme, soit pour toute autre cause ». L'alinéa 3 renchérit que « toutefois, dans le cas où l'infirmation sera prononcée par violation des règles de compétence, le renvoi sera toujours ordonné ».

La réglementation de l'évocation telle qu'elle est faite au Cameroun est semblable à la réglementation du pouvoir d'évocation tel que prévu en droit français avant la réforme en 1972. En droit français, le pouvoir d'évocation des juridictions de deuxième degré était régi par l'article 473 de l'ancien code de procédure civile[857]. Il ressortait de la substance de l'alinéa 1er dudit article qu'en cas d'appel du jugement avant dire droit, si cette décision est infirmée la juridiction d'appel pourra évoquer l'affaire à condition que la matière soit susceptible de recevoir une solution définitive. Quant à l'alinéa 2 du même article, il prévoit qu'il en sera de même dans l'hypothèse où elle infirmerait ou annulerait des jugements de fond pour vice de forme ou pour toute autre cause. On peut à la lumière des deux alinéas, observer les similitudes qui existent entre les textes réglementant le pouvoir d'évocation en droit français et camerounais. Dans la synthèse de ces textes, on peut déduire l'existence de certaines conditions[858] pour la mise en œuvre de l'évocation.

---

855 FALL (P. T.), « normes communautaires et sécurité juridique », Nouvelles Annales Africaines, Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques », n° 1, 2007, p.199 et s.

856 Cf. l'article 67 de la loi camerounaise n° 2006/ 016 du 29 décembre 2006 portant organisation et fonctionnement de la cour suprême du Cameroun.

857 Ce texte de loi est celui existant avant les réformes de 1972.

858 Ces conditions sont les suivantes : Les juridictions de second degré devaient d'abord être saisies de l'appel d'un jugement avant dire droit ou d'un jugement sur le fond ;

Il fallait ensuite que le jugement du tribunal ait été infirmé par la juridiction d'appel.

Il faut que l'affaire soit prête à recevoir une solution définitive ; c'est-à-dire que l'affaire soit suffisamment instruite pour être jugée ; la juridiction d'appel ne pouvait évoquer l'affaire que, si celle-ci est pendante.

Il faut que la juridiction d'appel statue par un seul jugement sur l'appel interjeté et sur le fond.

Antérieurement à la réforme de 1972, le pouvoir d'évocation reconnu à la juridiction du deuxième degré avait pour fondement la suspension de la juridiction de premier degré. C'est ce qui justifie que l'évocation était conditionnée à l'information de la décision des juges de premier degré. En effet, dans la pratique, les juges de premier degré peuvent être mécontents de la décision rendue par les juges d'appel. Dans ce cas, on voit bien qu'il existe un risque de voir ces derniers ne pas accepter la solution des juges d'appel. La crainte de voir les juridictions de premier degré impartial, a servi de fondement pour la reconnaissance du pouvoir d'évocation aux juridictions d'appel en droit français avant la réforme de 1972.

Avec l'avènement de la réforme, par le décret du 20 juillet et du 28 août 1972, le fondement textuel a changé. C'est désormais l'article 568 et l'article 84 du nouveau code de procédure civile qui en sont les fondements.

Les deux articles sont complémentaires. Le premier[859] est de portée générale et laisse entrevoir l'évocation de droit commun. Il dispose que : « lorsque la cour d'appel est saisie d'un jugement qui a ordonné une mesure d'instruction ou d'un jugement qui, statuant sur une exception de procédure, a mis fin à l'instance, elle peut évoquer les points non jugés, si elle estime de bonne justice de donner à l'affaire une solution définitive, après avoir ordonné elle-même le cas échéant, une procédure d'instruction». L'évocation de droit commun telle que prévue par l'article 568 précité exige deux conditions. La première est relative à la nature des jugements susceptibles d'évocation. En effet, l'article 568 prévoit qu'il s'agit soit d'un jugement ayant ordonné une mesure d'instruction, soit un jugement ayant mis fin à l'instance qui statue sur une exception de procédure.

La seconde[860], prévue par une disposition du code de procédure civile français, prévoit une procédure sur incident de compétence. Elle a lieu lorsque « le premier juge a statué seulement sur la compétence et sur la question qui commandait le fond ». En effet, la cour d'appel saisie par voie de contredit doit normalement se limiter à désigner la juridiction compétente. Néanmoins, si la cour d'appel est une juridiction d'appel par rapport à la juridiction qu'elle a désigné comme une juridiction compétente, la loi lui reconnaît la possibilité d'évoquer le fond.

En somme, ce sont ces raisons évoquées de droit comparé qui ont motivé le législateur OHADA à adopter une attitude de suspicion vis-à-vis des juridictions des Etats Parties au traité dans l'interprétation et l'application correcte des actes uniformes, et des règlements pris pour l'application des actes uniformes.

---

859 Cf. art. 568 du nouveau code de procédure civile français.

860 Cf. art. 84 du nouveau code de procédure civile français

Le pouvoir d'évocation est un prolongement de la prudence du législateur en droit OHADA. Il permet d'éviter le dilatoire et une perte de temps aux plaideurs. Il permet surtout d'éviter les procédures superflues en longueur et le gain d'économie[861]. Le pouvoir d'évocation selon le professeur Gérard COUCHEZ permet de « casser sans renvoi et donc de mettre fin au litige» de manière efficace. Ce dernier présente néanmoins quelques inquiétudes.
La CCJA est-elle un degré de juridiction ? Le pourvoi de cassation devant la CCJA est-elle un moyen de recours extraordinaire?

Le législateur OHADA a laissé un pan de discussion sur la nature de la haute juridiction OHADA et sur la nature du pourvoi en cassation devant ladite juridiction.

Le législateur OHADA a reconnu à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage un pouvoir d'évocation. La doctrine dans sa grande majorité en a déduit que la CCJA est un troisième degré de juridiction. Nous pensons que l'affirmation selon laquelle la CCJA est un troisième degré de juridiction regorge une part de vérité mais elle a besoin d'être relativisée.

Dans le vocabulaire juridique, l'option de degré de juridiction désigne une succession de places du procès au cours de laquelle, le juge a besoin de connaître le litige dans ses éléments de faits et de droit[862].

A la lumière de cette définition, la relativité s'impose concernant la qualification de la CCJA comme juridiction de 3ème degré.

Quand la CCJA est saisie d'un recours en cassation, elle se comporte comme une juridiction de droit, c'est ce qui justifie que la CCJA déclare quand, elle est saisie en cassation, les pourvois fondés sur les moyens de fait irrecevables. Il en est ainsi des moyens «vagues et imprécis » et qui ne visent aucun texte de droit uniforme violé ou faussement appliqué[863]. En un mot quand la CCJA est saisie d'un pourvoi en cassation, elle ne saurait être qualifiée de juridiction de troisième degré dans la mesure où elle ne statue que sur le droit. Dans ce cas, le rôle de la CCJA, consiste à veiller à la bonne application de la règle de droit par le juge national de fond[864].

La qualité de troisième degré de juridiction dont parle la majorité de la doctrine est vraie seulement au moment où la CCJA après cassation, a le pouvoir d'évoquer. Une question importante se dégage de cette relativité. L'évocation devant la CCJA, lui permet-elle de statuer sur des points de droit litigieux qui n'ont pas fait l'objet d'examen au fond devant les juges de fond?

M. Eugène ASSI ASSEPO souligne en guise de réponse à cette question découlant du pouvoir d'évocation de la CCJA qu' « après avoir cassé la décision attaquée, la CCJA rejuge l'affaire normalement comme elle l'aurait été par le juge national de fond.

---

861 Le cas échéant, au lieu d'avoir à dépenser pour les procès devant les juridictions de renvoi et devant la CCJA, ce qui peut tirer en longueur de surcroît, le justiciable n'a à le faire, que devant la CCJA.

862 CORNU (G.), « vocabulaire juridique », paris, P.U.F., 7éd. 2005, p. 274.

863 Cf. arrêt OGUNBEKUN OLUWA c/ SCI COLIBRIS. cf. CCJA arrêt n° 005/2004 du 8 Jan. 2004.

864 Cf. ASSI (E. A.), « la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : un troisième degré de juridiction? », RIDC, 4, 2005, OHADA. Com, OHADATA D-06-23, pp. 5 et s.

L'évocation l'ayant fait substituer au juge national qui aurait été compétent si le renvoi était admis, elle est en situation d'en exercer les pouvoirs, de statuer au vu des moyens qui auraient été invocables devant elle et il ne saurait y avoir d'obstacle en principe au prononcé de mesure d'instruction.

D'ailleurs, comment concevoir qu'une juridiction qui est tenue de retenir le litige puisse le régler moins pleinement ou en moins bonne connaissance de cause que ne l'aurait fait, le juge national de renvoi »[865]. Pour l'auteur, la réponse à cette question est l'affirmative. En effet, en tant que degré de juridiction, se substituant aux juridictions nationales de fond après cassation, la CCJA bénéficie de toutes les prérogatives attachées à cette qualité.

Nous pensons que ce raisonnement de Monsieur Eugène ASSI ESSOPO est acceptable et logique car si on reconnaît à la CCJA la qualité d'évocation après cassation, il est difficile pour des raisons de cohérence de ne pas reconnaître à cette juridiction communautaire tous les pouvoirs reconnus à ce degré de juridiction.

Au niveau national, les juridictions d'appel jouissent de la qualité de second degré de juridiction et des pouvoirs leur sont reconnus comme tel. Ces juridictions d'appel disposent de plein pouvoir en fait et en droit. Ces juridictions disposent de pouvoir pour ordonner des mesures d'instruction afin d'obtenir des renseignements idoines sur des faits à l'origine d'un litige.

Quant au niveau du droit, les plaideurs sont admis à présenter devant le juge d'appel les moyens nouveaux. La saisine du juge d'appel étant limitée que par l'adage «tantum devolutum, quantum appelatum »[866] et par l'adage « tantum devolutum, quantum judicatum». A la lumière de ces développements, on peut déduire que le pouvoir de la CCJA de disposer de tous les pouvoirs inhérents à tout degré de juridiction bien que logique et rationnel, n'est pas sans laisser quelques inquiétudes. Il est sans conteste que la haute juridiction communautaire perdrait son efficacité en matière de ses décisions, si elle traitait de la même manière les faits et le droit.

M. Bakary DIALLO ajoute qu'il serait surprenant de constater que la CCJA déclare en un premier temps irrecevables des moyens au niveau du pourvoi en cassation et dans un second temps, qu'elle les reçoive au moment de l'évocation. Ce qui laisse penser que la production de moyens nouveaux, la production de nouvelles preuves ou de nouvelles pièces ne devrait pas être concevable devant la CCJA au moment de l'évocation. On voit mal la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage dire une chose au moment du pourvoi en cassation et soutenir le contraire au moment de l'évocation[867].

---

865 ASSI ASSO (E. A.), « la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA : troisième degré de juridiction? », RIDC, n°4, 2005, p.5 ; ohadata D-06-23 (consulté en 2007).

866 L'effet dévolutif est total lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible. Mais en dehors de ces hypothèses, l'étendue de la dévolution peut être limitée par la volonté des parties. C'est l'application de la règle traditionnelle « tantum dévolutum, quantum appellatum ce qui veut dire qu'il n'est dévolu qu'autant qu'il est appelé.

867 DIALLO (B.), « Réflexion sur le pouvoir d'évocation de la CCJA dans le cadre du traité de l'OHADA, Penant n°858, OHADA. Com, OHADATA D- 07- 23, p. 16.LOHOUES- OBLES (J.), in OHADA, traité et actes uniformes commentés et annotés, 2ème éd., p. 44.

L'évocation par la CCJA telle qu'analysée nous permet de déduire que la haute juridiction communautaire ne dispose pas d'une entière liberté en droit. Cette dernière permet de qualifier la CCJA de degré de juridiction mais cette affirmation doit rester dans sa proportion acceptable. Le pouvoir d'évocation de la CCJA ne saurait être assimilé au pouvoir d'évocation des juridictions d'appel[868].

La CCJA est la juridiction suprême en droit OHADA. Le pouvoir d'évocation qui lui est reconnu ne devrait pas lui permettre de statuer sur des points du litige qui n'ont pas été tranchés par les juges nationaux de fond. On peut soutenir à la suite d'un auteur que la CCJA en tant que degré de juridiction, est un «degré de juridiction sui generis »[869].

Pour parvenir à lever le voile sur la nature du pourvoi en cassation devant la CCJA, il est nécessaire de faire quelques précisions sur le qualificatif voie de recours extraordinaire.

En droit interne, le qualificatif voie de recours extraordinaire appliqué au pourvoi en cassation se justifie par le fait qu'il s'agit d'une voie de recours qui, ordonnée, a une finalité particulière. Ce pourvoi débouche sur le contrôle spécifique, et n'est pas ouvert dans tous les cas[870].[871].

On dit d'une voie de recours qu'elle est extraordinaire lorsque l'exercice de cette voie de recours est exceptionnel. La réglementation actuelle du pourvoi en cassation devant la CCJA et l'admission du caractère extraordinaire de cette voie de recours suscitent le doute. Sur le plan de la compétence, l'article 14, les alinéas 4 et 5 du traité révisé de l'OHADA combinés, se limitent à indiquer que, la CCJA connaît des recours en cassation formés contre les décisions des juridictions nationales de fond relatives à l'application des actes uniformes, à l'exception de celles appliquant des sanctions pénales. Le droit communautaire n'a pas prévu des cas d'ouverture en cassation devant la CCJA[872]. Il serait par conséquent difficile de parler du caractère extraordinaire et donc exceptionnel du pourvoi en cassation[873].

Le pourvoi en cassation devant la CCJA, s'identifie plus comme une voie de recours ordinaire de droit commun dont l'exercice constitue le principe.

La voie voulue par le législateur OHADA au sujet de la nature du pourvoi en cassation ne rencontre pas l'assentiment de la CCJA. Dans sa jurisprudence, la CCJA s'attache à affirmer le caractère extraordinaire du pourvoi en cassation devant sa juridiction. La

---

868 Devant les juridictions d'appel, le pouvoir d'évocation se définit comme une faculté qui appartient au juge de second degré, saisi de l'appel de certains jugements de première instance de s'emparer de toute l'affaire, et de statuer sur le tout, c'est-à-dire sur l'appel et sur le fond du procès, par une seule et même décision. Cf. VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), procédure civile, paris, 27e édition, n°1439.

869 LEVOA AWONA (S.P.), « les compétences juridictionnelles dans l'espace OHADA et CEMAC », op.cit. p.80.Bien que connaissant les faits, la CCJA ne les connaît pas au même titre que l'autre degré de juridiction. C'est une juridiction suprême dont l'objet est de parvenir à l'unification du droit OHADA dans l'espace communautaire.

870 CORNU (G.), « vocabulaire juridique », p. 389.

871 Cf. VINCENT (J.) et GUINCHARD (S.), « procédure civile », 27e éd., op.cit. , n° 1314.

872 Sur la nécessité de déterminer les cas d'ouverture devant la CCJA, la doctrine consacre des réflexions importantes.

873 Cf. DIALLO (B.), op.cit. p.6.

haute juridiction communautaire a déclaré irrecevables les pourvois sur des moyens de purs faits, des pourvois fondés sur des moyens imprécis ou des pourvois qui sont fondés sur le mélange des moyens de faits et de droit[874].

Le pourvoi en cassation ne dépend pas seulement de la détermination des cas d'ouverture en cassation. Le caractère extraordinaire du pourvoi en cassation découle aussi des pourvois dont dispose la juridiction saisie à ce titre. Ce caractère découle par ailleurs de ce que, contrairement aux juges de fond qui examinent à la fois les faits et le droit, le juge de cassation se limite à l'examen du droit[875].

La CCJA pourra asseoir le caractère extraordinaire du pourvoi en cassation devant elle si, elle se donne une compréhension restrictive des pouvoirs que lui confère l'évocation. En effet, le pouvoir d'évocation doit poursuivre l'objectif qui consiste à donner à la CCJA une bonne application du droit OHADA en aval après une bonne interprétation du droit OHADA en amont.

En somme, le recours en cassation est un mécanisme, qui malgré ses limites présente d'énormes atouts pour l'unification du droit OHADA. C'est certainement ce qui conduit un auteur à le qualifier de « méthode forte »[876].

II-L'EFFICACITE DU RECOURS EN CASSATION EN DROIT OHADA

Le recours en cassation est un mécanisme en marche dans l'unification du droit OHADA. Si le droit OHADA fait des progrès, c'est en partie parce que l'application uniforme de ce

---

874 Le transfert de la compétence des juridictions nationales à la CCJA n'est pas sans soulever des difficultés. Il a engendré des discussions sur la nature de la juridiction dans l'espace harmonisé. En doctrine, la question se pose sur la véritable nature de la CCJA. Ladite juridiction peut-elle apparaître comme jouissant d'un dédoublement fonctionnel ou est-elle une juridiction de troisième degré du fait qu'elle apprécie les questions de fond? Le traité reconnaît à la CCJA, le pouvoir d'évocation. La doctrine a alors déduit que la CCJA est un troisième degré de juridiction. Pourtant, l'affirmation selon laquelle le CCJA est un troisième degré de juridiction doit être prudemment manipulée. Il convient pour mieux apprécier la discussion sur la véritable nature de la CCJA de présenter les différentes thèses en présence. La thèse qualifiant la CCJA de troisième degré de juridiction et la thèse relativisant la qualification de la CCJA comme troisième degré de juridiction. Cf. FANOU (F.), « thèse de doctorat », Dakar 2013, pp.293 et s.

875 Le caractère des voies de recours qu'on qualifie d'extraordinaire ne repose pas entièrement sur les mêmes fondements. Toutes ces voies de recours tirent cependant leur caractère extraordinaire d'une procédure commune : elles ne sont ouvertes que dans les cas spécifiés par la loi. Mais, en dehors de cette raison commune, chaque voie de recours extraordinaire tient son caractère d'un certain nombre d'éléments spécifiques. Au sujet de la tierce opposition par exemple, la raison spécifique ne peut pas, comme dans le cas de recours en cassation, tenir aux pouvoirs dont disposent la juridiction saisie de cette voie de recours puisque selon la loi, cette juridiction statue à nouveau en fait et en droit. Cf. KERE (G.), « droit civil processuel », Yaoundé, SOPECAM, 2006, p. 140. Selon cet auteur la réalité spécifique qui donne le caractère extraordinaire de la tierce opposition vient de ce que, dans un litige en principe, en vertu de la réalité de la chose jugée, il est exceptionnel qu'un tiers ait à se plaindre d'un jugement auquel il n'a été ni partie ni représenté. En ce qui concerne la requête civile prévue par l'article 223 du code de procédure civile et commerciale du Cameroun, celle-ci constitue une voie de recours extraordinaire pour deux raisons. La première comme en matière de recours en cassation, tient de l'existence des cas d'ouverture à requête civile. La seconde tient quant à elle au caractère exceptionnel qu'une décision rendue soit entachée d'erreur.

876 Cf. LEVOA AWONA, op.cit. p.83.

droit par les juridictions nationales[877] est de plus en plus une réalité dans les Etats Parties. Aujourd'hui, on observe un progrès qui s'explique par les bienfaits du recours en cassation comme technique d'aménagement de la compétence de la CCJA.

Le recours en cassation en tant que mécanisme d'uniformisation présente quelques bienfaits (A). Ces bienfaits au plan sociologique et au plan technique laissent entrevoir un bel avenir (B) au recours en cassation.

A-LES BIENFAITS DU MECANISME DU RECOURS EN CASSATION

1- Les atouts sur le plan sociologique

Le recours en cassation et le renvoi préjudiciel[878] ne s'opposent pas seulement au plan technique. Au plan idéologique ils représentent deux techniques dont les conséquences sont différentes au plan de l'uniformisation du droit. En droit OHADA, le but poursuivi est l'unité d'interprétation et d'application du droit. C'est pourquoi, la logique de la supranationalité[879] était nécessaire et indispensable.

Le choix du recours en cassation est la résultante de cette supranationalité. Cette logique consacre un abandon de la souveraineté des Etats en matière judiciaire[880]. Ce choix paraît paradoxal, compte tenu du contexte. Les Etats Parties au traité sont relativement jeunes. Ces derniers ont par conséquent une conception très rigide de la souveraineté.

---

877 Pour exercer sa fonction juridictionnelle, la CCJA est saisie au moyen d'un recours en cassation. On le voit, un part non négligeable des litiges de droit privé sera désormais dévolue à la Cour Commune de Justice et d'arbitrage. Sous le bénéfice de cette observation et pour répondre à cette interrogation de départ, nous pouvons dire qu'aujourd'hui, même s'il y a une seule cour suprême, il y a deux juridictions de cassation qui se partagent la mission d'unification des règles applicables de droit privé. Ce concours de compétence conduit souvent à des situations parfois très délicates en raison de l'imprécision des règles opérant le partage entre la cour commune de justice et d'arbitrage et les juridictions nationales statuant en cassation. Cf. Ndiaw DIOUF, « le pourvoi en cassation dans les litiges de droit privé », op.cit. , p.16 et s.

878 La procédure de renvoi préjudiciel est un mécanisme de coopération judiciaire entre la cour de justice supranationale et les juridictions nationales, destiné à « assurer en toutes circonstances au droit communautaire, le même effet dans tous les Etats membres de la communauté ». Le renvoi en interprétation présente un intérêt particulier notamment car il permet d'obtenir un résultat semblable à celui d'un recours en manquement dans certaines hypothèses, à savoir la constatation de l'incompatibilité d'une norme nationale avec le droit communautaire. Par ailleurs, la procédure de renvoi en appréciation de la validité offre aux particuliers un moyen très efficace pour défendre leurs droits issus des traités avec le procédé de l'interprétation qui revêt une importance considérable en droit international comme en droit interne. Cf. SARR (B.), « l'implication du juge national dans la mise en œuvre de la règle communautaire », Nouvelles Anales Africains, Revue de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, n°1, 2007, p.213.

879 ABARCHI (D), « la supranationalité de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires », op.cit. pp.1 et s.GUEYE (B.) et TALL (S.N.), commentaire de l'article 14 du traité.

880 Les juridictions nationales sont évincées de leur compétence traditionnelle au profit de la CCJA en matière de cassation d'une part et les juridictions nationales de fond, elles aussi voient leurs compétences réduites par le rôle de la CCJA en cas d'évocation. Cf. article 14 du traité de l'OHADA qui traite de la supranationalité de la CCJA.

Dans ces Etats, il est question de l'unité nationale et de sentiments d'appartenance à une nation[881].

Ce sentiment nationaliste engendre souvent en face d'initiative communautaire, ce que le professeur Delmas MARTYR a qualifié de « clôture de la raison ».[882]

La souveraineté à laquelle les Etats africains nouvellement indépendants tiennent, ne fait plus saison. En droit européen par exemple, le processus d'intégration[883] est d'une « exemplarité et d'une réussite »[884]. C'est dans un tel contexte que, les Etats de l'OHADA ont opté pour l'aménagement de leur souveraineté par l'octroi à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de pourvoi en cassation.

En réalité, le déphasage entre le choix du recours en cassation et son contexte sociopolitique n'est qu'apparent. En effet, le recours en cassation est une technique d'unification qui correspond le mieux au contexte sociopolitique de l'Afrique. Il bouscule les habitudes souverainistes qui souvent influencent le déroulement des procès de tout genre. Ce mécanisme permet de renforcer l'indépendance des juges et réduit considérablement le climat de suspicion qui pèse sur les juridictions africaines en général. Ce dernier mécanisme nous semble adapter à l'unification du droit dans le contexte africain contrairement à ce que l'on pense.

2- Les atouts sur le plan technique

Les atouts techniques du recours en cassation relèvent essentiellement de son mécanisme de mise en œuvre. Le recours en cassation contrairement au recours préjudiciel découle de ce que sa mise en œuvre dépend exclusivement des parties en litige. Au lieu de s'adresser au juge national, il permet aux parties de saisir directement le juge communautaire. Cela a le mérite de la clarté contrairement à la procédure qui consiste à saisir d'abord le juge national qui, à son tour saisit le juge communautaire. Il est ainsi confié judicieusement aux parties en droit OHADA, la sauvegarde de leurs droits. Personne plus que les parties au litige n'est mieux indiqué pour défendre les droits de celles-ci. Les parties au litige participent aux processus d'unification de la jurisprudence en droit OHADA[885].

---

881 La nation est souvent appréhendée comme la commune intention d'un peuple de vivre ensemble et de partager les valeurs communes, de vivre les réalités communes, de s'accepter mutuellement et le bon désir de vivre ensemble.

882 Pour le Professeur Mireille Delmas MATYR, le refus de la pluralité et de toute idée d'ouverture est une sorte de « clôture de la raison » juridique. Cet état de chose oblige aujourd'hui nos Etats à mieux accepter l'ouverture par l'intégration juridique ou judiciaire.

883 Est loin d'être identique d'un ensemble à un autre. Il dépend d'abord de l'histoire et de l'existence de chacune des composantes autant que des moyens et des perspectives du nouvel ensemble à faire émerger. C'est peut-être cette combinaison de facteurs qui les différenciera le plus souvent. Cf. Rapport du 2è Colloque de l'Association du Notariat Francophone sur « OHADA et Union Européenne, les mécanismes d'harmonisation du droit des Affaires », Libreville- Gabon, 2 décembre 2007.

884 MOUELLE KOMBI (N.), « les dispositifs relatifs aux conventions internationales dans la nouvelle constitution d'Etats d'Afrique francophone », Annuaire Africain de Droit International, vol. 8, p. 207.

885 Après seulement quelques années, on assiste à une saisie de la CCJA. En termes de chiffres, on a un recours en 1998 c'est-à-dire 5 ans seulement après l'entrée en vigueur du traité. Le chiffre est en hausse, on a trois recours en 1999 et 5 recours en 2005. Aujourd'hui, le chiffre est en croissance au point que certains auteurs appellent à la réforme de l'organisation judiciaire OHADA afin de mieux s'adapter à

Le recours en cassation présente également des atouts de la fermeté du point de vue des objectifs visés par l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. En effet, avec le recours en cassation, la juridiction OHADA est gardienne à part entière de l'application du droit OHADA, ce qui n'est pas exactement le cas pour le recours préjudiciel[886].

A la lumière des atouts sociopolitiques et des atouts techniques du recours en cassation, on peut en déduire que le recours en cassation remplit pleinement[887] et efficacement son objectif d'unification du droit OHADA.

Le recours en cassation malgré ces atouts ne résiste pas à la critique. Certains auteurs ont formulé des critiques contre le recours en cassation en tant que mécanisme d'unification du droit OHADA.

Ces auteurs, sans contester le choix du recours en cassation comme technique d'uniformisation du droit OHADA pensent que cette technique engendre quelques difficultés. En effet, la critique adressée à la technique de recours en cassation porte non sur le recours lui-même strictement, mais sur son aménagement notamment sur le pouvoir d'évocation de la CCJA.

D'abord, on a dans un premier temps montré que le pouvoir d'évocation était de nature à faire négliger le procès devant le juge national de fond pour privilégier l'instance devant la CCJA[888]. Ainsi la CCJA deviendra pour des plaideurs de mauvaise foi, le lieu de faire durer et d'allonger le procès. Le pouvoir d'évocation conféré à la CCJA n'est pas loin de devenir un facteur d'encombrement de la haute juridiction OHADA[889].

M. Roger MASSAMBA, vu le nombre de litiges de plus en plus croissant devant la haute juridiction OHADA, prône un ajustement[890] de l'organisation de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

---

ce phénomène. Le souci d'adapter le cadre organique aux ambitions de l'organisation et de lui donner un nouveau souffle, a conduit à un projet de remodelage des organes. Certains auteurs proposent même un réajustement de l'organisation et du fonctionnement de la CCJA. Cf. Roger MASSAMBA, « l'optimisation du processus d'harmonisation du droit des affaires en Afrique », revue de droit international et de droit comparé, Ed, BRUYLANT, juillet 2008, pp. 253 et s.

886 Le recours en cassation est « une méthode forte » alors que le recours préjudiciel est une « méthode souple » d'unification du droit.

887 La plénitude dans le cas échéant renvoie à l'efficacité, l'effectivité et l'efficience du choix du recours en cassation. La notion d'efficacité conduit à s'interroger sur la pertinence du moyen choisi par le législateur en vue d'atteindre l'objectif visé. L'effectivité mesure le degré d'utilisation du modèle législatif par ses destinataires. Quant à l'efficience, elle mesure le coût engagé pour atteindre par la règle choisie, le but visé. Une règle efficiente est une règle efficace au moindre. V. OST (F.) et van de KERCHOVE (M.), « le pluralisme, facteur d'effectivité ou d'ineffectivité du droit ? », in pluralisme juridique et effectivité du droit, Ed. LARCIER, p. 26

888 DIALLO (B.), « réflexion sur le pouvoir d'évocation de la CCJA dans le cadre du traité de l'OHADA », op.cit., p.6.

889 MASSAMBA (R ;), « l'optimisation du processus d'harmonisation du droit des affaires en Afrique », Revue de Droit International et de Droit Comparé, éd. BRUYLANT, juillet 2008, p. 260. L'auteur prône au regard des préoccupations croissantes de l'heure, l'ajustement du rôle de la CCJA.

890 Ibid.

Ensuite, le pouvoir d'évocation de la CCJA a fait l'objet de critique car, il semble dénaturer l'instance en cassation. Le but de l'instance en cassation est de vérifier que les juridictions inférieures ont correctement interprété et appliqué le droit harmonisé. La CCJA a pour objet de veiller à l'application uniforme du droit dans l'espace OHADA. Le pouvoir d'évocation semble ne pas être strictement compatible avec cette fonction, du moins avec la nature de l'instance en cassation. L'évocation risque de conduire la CCJA à sombrer dans la banalité des faits.

Une autre critique formulée contre le pouvoir d'évocation est le sacrifice des droits des plaideurs. En effet, lorsque la CCJA évoque et statue au fond, elle a moins de pouvoir qu'une juridiction de renvoi. Il faut en effet rappeler que, devant les juridictions nationales de cassation des Etats de l'espace OHADA, la cassation implique en principe, l'obligation pour le juge suprême de renvoyer le litige aux juridictions de fond. Devant une juridiction de renvoi, l'instance est reprise au stade de la procédure qui n'est pas atteinte par la cassation. En fait comme en droit, la juridiction de renvoi jouit d'une grande liberté. C'est ainsi qu'au niveau des faits, la juridiction de renvoi peut tenir compte des faits postérieurs à l'arrêt de cassation. Cela se justifie dans la mesure où ces faits sont de nature à influencer la solution du juge au litige en cause. Aussi en droit, la juridiction de renvoi n'est-elle pas tenue de suivre l'interprétation de droit retenue par la cour suprême. La juridiction de renvoi peut adopter une interprétation de la loi différente de celle retenue par le juge suprême. Relativement aux parties au litige, les moyens et prétentions anciens qu'elles avaient formulés devant les juges de fond restent valables. Les parties en litiges peuvent en outre présenter devant une juridiction de renvoi des moyens nouveaux et des prétentions nouvelles, dans la mesure où elles pouvaient le faire dans la phase antérieure.

Cela n'est pas le cas en droit OHADA avec la CCJA. Lorsque la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage évoque, elle ne jouit pas de tous les pouvoirs reconnus à une juridiction de renvoi. C'est ainsi que, l'évocation prive les plaideurs de la faculté d'émettre de nouvelles prétentions ou de développer de nouveaux moyens de pur droit et/ou de fait. Il serait incohérent que la CCJA, qui déclare irrecevables les moyens au stade de la cassation les accepte ou les admette au moment où elle évoque et statue au fond[891].

On reproche au pouvoir d'évocation devant la CCJA, d'avoir un caractère impératif[892]. Pour M. Bakary DIALLO, le pouvoir d'évocation ne devait pas avoir un caractère impératif. C'est « un pouvoir discrétionnaire dont peut user ou ne pas user un juge. »[893]. Le caractère facultatif du pouvoir d'évocation peut selon le même auteur se justifier par le fait que, l'évocation constitue une atteinte grave aux principes fondamentaux du droit judiciaire tels que le principe du double degré de juridiction et la distinction du fait et du droit, dans la connaissance du litige soumis à la juridiction de cassation »[894]. L'auteur ajoute que cette circonstance aurait dû motiver le législateur OHADA à laisser après cassation, l'évocation à la gouverne des juges de la CCJA. Dans ce cas l'appréciation

---

891 Cf. DIALLO (B.), op.cit., p.11.
892 Cf. CCJA, ordonnance n°002/2000 du 26 avril 2000, Affaire Samba SOW c/ PETROCA.
893 Cf. DIALLO (B.), op.cit. p.11.
894 Ibid.

d'évoquer ou non aurait été laissée à la souveraineté des juges gardiens[895] du droit OHADA. Le pouvoir d'évocation est un pouvoir total, sans limite. Pour M. Bakary DIALLO, en présence d'un litige soulevant des questions relevant du droit national et du droit OHADA, il est indiqué que l'évocation porte sur les seules questions relevant du droit OHADA[896].

Au-delà de ces critiques, nous pensons que la difficulté majeure que présente le pouvoir d'évocation est qu'il risque d'engendrer une rigidité et une forte instabilité de la jurisprudence OHADA. Le pouvoir d'évocation de la CCJA a pour principale conséquence de soustraire la doctrine de cette juridiction à l'épreuve des juges de fond. Cela risque de devenir une source de « rigidité dans le mécanisme d'élaboration de la Jurisprudence »[897]. M. JEANTIN ajoute que « l'unification de la jurisprudence ne peut être le résultat d'un débat rapide et tronqué, au risque de n'être qu'une unification provisoire et illusoire. Accélérer l'unification de la jurisprudence par la CCJA, c'est prendre le risque d'une multiplication de revirements de jurisprudence »[898]. Malgré toutes ces critiques qui lui sont adressées, le recours en cassation a un bel avenir.

B-LE BEL AVENIR DU RECOURS EN CASSATION EN DROIT OHADA

Le recours en cassation a rempli pleinement sa mission régulatrice en droit OHADA. Ce ne sont pas les conflits[899] de compétence qu'il génère qui constituent une menace

---

[895] Les juges de la CCJA dans leur rôle d'application et d'interprétation des actes uniformes et des règlements pris pour l'application du traité sont des gardiens du droit OHADA.

[896] Ibid.

[897] Cf. LUXEMBOURG (F.), « la cour de cassation, juge de fond », Dalloz 2006, n°34, Chr., p. 2360.

[898] JEANTIN (M.), « Réformer la cour de cassation » Mélanges HEBRAUD (P.), Toulouse 1981, n°7, p. 469.

[899] Le Professeur Ndiaw DIOUF préconise un dialogue institutionnel pour prévenir la concurrence des compétences normatives qui ne permettent pas régler totalement les conflits de normes. Le problématique qui apparaissait au départ comme une simple éventualité est devenue une réalité et beaucoup d'études menées sur la question ont montré que ce conflit a trouvé un certain terrain d'expression en droit bancaire et en matière de compensation. En matière bancaire, la situation du débiteur participant à un système de paiement et déclaré en redressement judiciaire ou en liquidation des biens est diversement appréciée par l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif et le règlement n°15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002 relatif aux systèmes de paiement dans les Etats membres de l'UEMOA. Le premier de ces textes pose le principe selon lequel le jugement qui prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens prend effet dès la première heure du jour où il est rendu. Le second adopte une solution opposée en retenant la règle de l'irrévocabilité des ordres de transfert introduit dans un système bancaire même en cas d'ouverture d'une procédure collective. « En matière de compensation la situation de celui qui est en même temps débiteur et créancier de l'Etat relève de deux ordres juridiques qui adoptent des règles inconciliables. En effet, l'article, 30, alinéa 2 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution prévoit la possibilité d'opposer la compensation à l'Etat, solution différente de celle qui retenue de la Directive n°06/97/CM/UEMOA du 16 décembre 1997 portant Règlement général sur la comptabilité publique qui l'exclut expressément. Le Professeur Ndiaw DIOUF, cette situation pose moins de problème au juge lorsque dans un litige opposant un particulier à l'Etat, le premier demande l'application de la norme OHADA et le second l'application de la norme UEMOA. La Directive n'ayant pas d'efet direct, le juge ne peut l'appliquer dans un litige. Il peut certes arriver que la Directive fasse l'objet d'une mesure de transposition en droit interne. Mais dans une telle hypothèse le juge va trancher le conflit en faisant prévaloir la primauté de l'acte uniforme dans la mesure où la loi adoptée en application d'une Directive reste un texte de droit interne, malgré son origine

sérieuse pour l'avenir du recours en cassation[900]. Concernant le pouvoir d'évocation, nous avions fait remarquer que son succès dépend de l'interprétation restrictive qui en sera faite.

Nous pensons que la menace pesant sur le recours en cassation comme technique d'harmonisation du droit des affaires tient moins dans l'évocation que dans les termes de l'article 2 du traité OHADA. Selon l'article 2 : « entre dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le conseil des ministres déciderait, à l'unanimité d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8 …». Il ressort des dispositions de l'article 2, que le législateur consacre une conception extensive du droit OHADA. Ce constat fait dire à certains auteurs, que le droit OHADA est un droit original[901] qui s'apparente au droit économique[902]. Cette affirmation est renforcée par les conclusions du conseil des ministres de l'OHADA, qui lors de la réunion tenue à BANGUI les 22 et 23 mars 2001, a décidé d'inclure dans les matières harmonisées, le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit des sociétés civiles, le droit des sociétés coopératives et mutualistes, le droit des contrats, le droit de la preuve[903]. Le professeur Jacqueline LOHOUES- OBLE a pour cette raison, soutenu à juste titre que : « à cette allure, d'ici quelques années, l'ensemble du droit privé fera l'objet d'actes uniformes»[904]. Selon cet auteur, « il est difficile de concevoir une matière juridique qui n'ait pas un quelconque lien, avec le droit des affaires »[905]. De ce qui précède, l'OHADA se présente comme un droit « conquérant »[906] qui laisse planer un doute sur la maîtrise des matières entrant dans son[907] champ d'application. Certains actes uniformes n'ont pas hésité à étendre leur champ d'application aux aspects civils de certaines matières qu'ils traitent[908]. Il en est ainsi de l'acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, de l'acte

---

communautaire ». Cf. DIOUF (N.), « Quel avenir pour les droits communautaire africains », Revue Sénégalaise de droit, n°36, janvier- juin 2011, p.103.

900 Cf. les développements précédents sur le recours en cassation.

901 M. Jean PAILLUSSEAU a qualifié pour ces raisons, le droit OHADA d'un « droit très important et très original ». Cf. JCP, cahier de droit de l'entreprise le n°05 de l'année 2004.

902 Cf. PAILLUSSEAU (J.), « le droit de l'OHADA, un droit très important et original», J.C.P, cahier de droit de l'entreprise, n°05, 2004, p. 3

903 Voir décision n°002/2001/ CM du 23 mars 2001 relative au programme d'harmonisation du droit des affaires en Afrique.

904 Cf. LOHOUES- OBLE (J.), « le traité, OHADA, 5 ans après », les grands débats du CAFIDA, 14 mars 2003, Ohada.com, OHADATA D- 03- 06, p. 7.

905 Ibid

906 Un droit qui va à la conquête des disciplines qui ont un lien avec le droit des affaires.

907 Cf. SANTOS (A.P.), et YADO TOE (J.), « OHADA, droit commercial général », Ed. BRUYLANT, collection uniforme, n°80.

908 L'article 1er de l'acte uniforme portant organisation des sûretés s'applique aussi bien aux sûretés civiles qu'aux sûretés commerciales quelle que soit la nature de celles-ci. Pour les sûretés traitées par l'acte uniforme il est inutile de faire la distinction entre sûretés civiles et sûretés commerciales.

uniforme sur les sûretés et des actes uniformes sur les procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution[909].

L'extension du domaine de compétence de l'OHADA ne peut susciter que l'inquiétude parce que chaque extension au plan législatif entraîne une augmentation des compétences de la CCJA. Il faut redouter qu'on parvienne à une situation d'encombrement de la CCJA. L'extension du domaine de l'OHADA, peut faire craindre les conflits qui en résulteraient avec d'autres droits communautaires. Certaines matières incluses dans le domaine à harmoniser sont déjà prises en compte par d'autres organisations d'intégration auxquelles appartiennent les Etats de l'OHADA. C'est le cas du droit bancaire déjà régi en Afrique centrale par la CEMAC et en Afrique de l'ouest par l'UEMOA. C'est aussi l'exemple du droit des assurances avec la CIMA et la propriété intellectuelle avec l'OAPI.

Toute nouvelle matière qui tombe dans le champ de compétence de l'OHADA, sort de même, de la compétence des juridictions nationales de cassation. Autrement dit « l'augmentation des matières harmonisables a pour conséquence l'extension des attributions de la CCJA »[910] et par conséquent la réduction de la compétence des juridictions nationales de cassation[911].

Invoquant une tentative de solution, elle n'est pas facile dans un domaine comme celui-là. Les résultats du recours en cassation peuvent consister en une maîtrise de l'extension du domaine du droit des affaires, tel que défini par l'OHADA. Nous pensons que les succès de l'OHADA nécessitent une utilisation maîtrisée des matières entrant dans le domaine du droit des affaires tel que défini par l'article 2 du traité. Une extension excessive du domaine du droit des affaires peut faire de la souveraineté des Etats une coquille vide. On ne peut pas, sous prétexte d'une souplesse du droit des affaires, laisser illimité le domaine du droit des affaires tel que défini par l'article 2 du traité. Le contrôle des limites du domaine du droit des affaires participerait à la rationalité du droit OHADA et par ricochet à la rationalité[912] de la compétence de la CCJA, chargée d'appliquer et d'interpréter le droit harmonisé OHADA.

La cohérence de l'OHADA exige que l'organisation ne laisse plus entrer parmi les matières à harmoniser, d'autres disciplines. Sur le fondement de cette première limite, le droit de l'OHADA devrait logiquement retirer des matières à harmoniser, le droit

---

909 Dans les sûretés, on relève que celles- ci réglementent dans les articles 44 à 62, le gage commercial et le gage civil sans distinction aucune. Cf. CISSE NIANG (A.), « in OHADA, les sûretés », BRUXELLES, BRUYLANT, collection uniforme africain, 2002, n° 203. « Les sûretés sont les moyens accordés au créancier par la loi de chaque Etat Partie ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations, quelle que soit la nature juridique de celle-ci » article 1er al.1er. Cet alinéa contient une définition classique des sûretés légales ou conventionnelles. Il présente l'avantage d'indiquer que le présent acte uniforme s'applique aussi bien aux sûretés civiles que commerciales : « quelle que soit la nature juridique de celle-ci».

910 MASSAMBA (R.), op.cit. p.253.

911 Cf. article 13 du traité OHADA.

912 FANOU (F.), « la rationalité de la compétence de la cour commune de justice et d'arbitrage », thèse de doctorat en droit privé, mai 2013, Dakar, UCAD.

bancaire et le droit de la concurrence[913] qui sont déjà régis en Afrique centrale par la CEMAC et en Afrique de l'ouest par l'UEMOA.

En procédant à l'énumération des matières qui font partie du droit des affaires, l'article 2 du traité montre bien le souci du législateur OHADA à « dompter » la notion de droit des affaires. Seulement, ce vœu ne peut être effectif que si et seulement si l'on parvienne à contenir le domaine du droit des affaires tel que prévu par le traité. Une inquiétude plane quant à la maîtrise du domaine du droit des affaires. En effet, l'interprétation de l'article 2 in fine laisse la possibilité au conseil des ministres d'enrichir[914] le domaine du droit des affaires. Malgré ce caractère « flexible et conquérant »[915] des matières entrant dans le domaine du droit des affaires OHADA, force est de remarquer qu'il y a des matières qui ne peuvent faire l'objet de cette discipline[916].

913 Le professeur Paul-Gérard POUGOUE et M. KALIEU ELONGO évoquent un argument pour l'exclusion du domaine des matières de l'OHADA, le droit de la concurrence. Cet argument repose sur la nature et l'objectif de l'OHADA. En effet, en l'état actuel, l'OHADA n'étant pas une union économique et son objectif n'étant pas la création d'un marché commun, une législation de l'OHADA dans le droit de la concurrence supposerait au préalable une modification de la nature et des objectifs de cette organisation. Ces auteurs abordent les problèmes que pourrait susciter une éventuelle législation de l'OHADA sur le droit de la concurrence et sur le droit bancaire, ainsi que les éventuelles solutions. Cf. POUGOUE (P. G.), et KALIEU ELONGO (Y.-R.), « Introduction critique à l'OHADA », Yaoundé, PUA, 2008, n° 61 et s.

914 L'article 2 du traité laisse au conseil des ministres de décider, à l'unanimité d'y inclure toute autre matière dans le domaine du droit des affaires OHADA.

915 Cf. article 2 du traité OHADA.

916 On peut citer certaines matières comme le droit des personnes et de la famille, les successions, les régimes matrimoniaux.

Le statut de l'entreprenant dans l'AU.DCG. révisé : entre le passé et l'avenir.

*Par **Michel GONOMY**,*

Enseignant-chercheur en Droit des affaires à la Faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Sonfonia-Conakry,

Juriste à AJA Conseils, Cabinet d'Avocats et de Conseils en propriété industrielle.

Plan

Résumé ……

Introduction ……

I- Le passé de la règlementation du statut de l'entreprenant : les fondements d'une conquête du secteur informel ……..

A- Les fondements socio-historiques ……..

B- Les fondements juridiques ……..

II- L'avenir de la règlementation du statut de l'entreprenant : réalité ou mythe ? .....

A- La réalité ……

B- Le mythe ……

Conclusion ……..

Bibliographie ……..

Résumé

Après la publication de l'acte uniforme sur le transport de marchandises par route de l'O.H.A.DA., les grands esprits étaient inquiets du mutisme du législateur communautaire jusqu'en 2008. Mais avec (entre autres reformes) les amendements apportés à l'acte uniforme relatif au Droit commercial général, on a été rassuré de la volonté de l'O.H.A.D.A. de sécuriser son espace juridique en matière d'activités économiques.

Au nombre des innovations de ce texte, figure la règlementation d'un statut dédié à un nouvel acteur économique : l'entreprenant. Cette règlementation traduit pour lever le voile, une nouvelle démarche de l'organisation panafricaine, celle de lutter contre l'un des fléaux des économies africaines : le secteur informel.

Cependant, si le statut de l'entreprenant présente des perspectives pour les économies de l'espace O.H.A.D.A., il suscite aussi des incertitudes.

Introduction

Le statut de l'« entreprenant » est indéniablement l'innovation la plus retentissante de la révision de l'acte uniforme relatif au Droit commercial général de l'O.H.A.D.A. de 2011. Mais qu'est-ce que l'entreprenant ?

Dans l'encyclopédie de la langue française, l'entreprenant n'a pas moins de quinze synonymes. Il signifie : *agissant, amorçant, attaquant, audacieux, aventureux, commençant, démarrant, entamant, galant, hardi, intentant, s'engageant, tentant*[917]. Tous ces termes désignent en un mot celui qui vient de commencer une initiative ou une activité économique de quelque nature que ce soit : ouverture d'un fonds de commerce, d'un fond civil ou d'un fond artisanal[918].

D'un point de vue juridique, l'Acte uniforme relatif au Droit commercial général de l'O.H.A.D.A.[919], dans sa rédaction du 15 février 2010 en nous proposant une règlementation de l'entreprenant ne s'écarte pas de cette explication littéraire de la notion (il semble d'ailleurs que ce terme est spécifique à l'O.H.A.D.A.[920]). L'article 30 de ce texte dispose à cet effet : *« l'entreprenant est un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent acte uniforme, exerce une activité, commerciale, artisanale ou agricole ».*

Au demeurant, il s'agit d'un nouveau statut professionnel qui est organisé, ou si on peut dire, d'un nouvel acteur institué dans les activités économiques des Etats membres de l'O.H.A.D.A. De cette manière, l'O.H.A.D.A. entendait donner la priorité à l'esprit d'entreprise sur les obstacles formels, limiter les investissements du débutant et faciliter le retour dans le circuit économique officiel[921]. En clair, l'entreprenant est celui-là qui était communément appelé « le commerçant informel[922] ».

Les profondes motivations qui ont présidé à ce qui semble être la principale innovation de la reforme entreprise par le Droit communautaire (si on peut encore s'accorder sur cette considération) depuis 2010 est ici clairement affichée : la lutte contre le secteur informel.

Appelé économie populaire ou économie informelle, le secteur informel est l'une des principales caractéristiques des économies africaines en même qu'il est l'expression de

---

917 - PATOZE (P.) : le statut de l'entreprenant dans l'acte uniforme relatif au Droit commercial général révisé : vers l'institutionnalisation du secteur informel ; conférence organisée par le Club OHADA pour les Universités de Guinée à l'Université Mercure International de Conakry, 02 juillet 2012, p. 1.

918 - Le législateur guinéen de manière intelligente, parle de "fonds d'activité économique" (Voy. articles 1607 à 1684 de la loi n° 92 043 CTRN portant code des activités économique de la République de Guinée du 08 décembre 1992 (CASTEL éditions, 1998)).

919 - Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des affaires. L'OHADA est par définition « un groupement » qui compte à ce jour, dix sept Etats principalement d'Afrique noire, un traité conclu (le 17 octobre 1993 et modifié en 2008) entre ces Etats et une organisation dotée de la personnalité juridique internationale. Sur cette définition, voy. Paul-Gérard POUGOUE : "doctrine OHADA et théorie juridique" in la Revue de l'ERSUMA ; numéro spécial – Novembre/Décembre 2011 ; Version électronique sur http// : revue.ersuma.org, p. 11.

920 - Compte rendu du séminaire technique sur les amendements aux actes uniformes et les normes informatiques, Kinshasa, les 9 11 et 12 février 2010 ; p. 7.

921 - ibid.

922 - PATOZE (P.), op. cit.

la désorganisation dont celles-ci souffrent. Il en résulte que la démarche du législateur OHADA est une manière commode de faire entrer dans le circuit formel un certain nombre d'opérateurs économiques qui évoluent essentiellement en marge du circuit formel traditionnel. Plusieurs critères retenus dans la définition de l'entreprenant par l'acte uniforme explique largement cette considération :

L'entreprenant est avant tout défini comme un entrepreneur individuel, personne physique. Ce qui exclut les personnes morales, celles-ci supposant sans doute un minimum d'organisation et donc une certaine publicité. La notion d'entreprenant suppose donc une personne qui est à ses débuts dans l'exercice d'une activité économique, ou alors quelqu'un qui a commencé l'activité économique, depuis un certain temps, mais qui n'a pas encore eu la chance de progresser. En somme, c'est un acteur économique dont l'activité n'est pas encore scientifiquement organisée et épanouie. Cette caractéristique correspond à l'activité des petits détaillants ou des petits prestataires, par exemple.

Ensuite, le statut de l'entreprenant est un statut optionnel. Il fait appel au petit entreprenariat. En conséquence, c'est un statut qui n'est pas contraignant et qui ne s'applique pas de plein droit (il s'obtient à la suite d'une simple déclaration)[923].

En outre, l'entreprenant désigne concrètement soit un petit commerçant, soit un professionnel voisin du commerçant tel un artisan, un agriculteur ou encore un professionnel civil (article 30 précité) dont le chiffre d'affaires n'a pas atteint le seuil lui permettant de faire face aux obligations légales requises d'un professionnel[924]. Ici, le domaine de la notion d'entreprenant – très large faut-il le souligner- rend compte de la gamme variée d'activités que représente le secteur informel dont il est difficile par ailleurs de définir les contours[925].

En décidant ainsi de règlementer un statut nouveau dédié à un acteur nouveau de la sphère commerciale, le Droit OHADA ouvre son champ d'application *ratione personnae* à des professionnels qui ne sont pas traditionnellement régis par les règles commerciales (mais là n'est pas l'objet de nos propos ici), et se met au service des économies africaines dont le désordre est illustré par l'informel.

Mais parviendra-t-il à mettre de l'ordre dans ce qui paraît comme un « maquis économique » ? La règlementation de l'entreprenant survivra –t-il à ses propres incertitudes ?

L'examen du passé (I) et de l'avenir (II) de cette règlementation prévue par l'acte uniforme relatif au Droit commercial révisé nous permettra d'apporter une tentative de réponse à ce questionnement.

---

923 - article 30 AU. DCG. in fine (journal officiel de l'O.H.A.D.A., 15ème année, n° 23 du 15 février 2011 ; Version électronique sur http// :ohada.com).

924 - article 30 al. 2 nouveau AU.DCG *à contrario.*

925 - On distingue ainsi l'informel de production (agriculture périurbaine,..), l'informel d'art, l'informel de service, l'informel d'échanges.

I- Le passé de la règlementation du statut de l'entreprenant : les fondements d'une conquête du secteur informel

Il apparaît donc que l'objectif essentiel de la règlementation du statut de l'entreprenant est la conquête du secteur informel. L'analyse des fondements socio-historiques (A) et juridiques (B) de ce phénomène nous fondent d'ailleurs dans cette analyse.

5- Les fondements socio-historiques

L'entreprenant a –t-il une histoire ? Cette question -un peu inopportune il semble- on peut se la poser, vu que le concept est à la fois spécifique et nouveau dans l'espace (juridique, et spécifiquement du Droit des affaires) de l'O.H.A.D.A. Car le Droit (des contrats !) reconnaissait et reconnaît par exemple l'« entrepreneur » ou l'« entreprise » ou encore « chef d'entreprise ». Mais l'entreprenant, c'est beaucoup plus littéraire, et économique s'il en était besoin[926], que juridique.

Si on s'accorde en effet que le terme est nouveau, la notion ou, plutôt la réalité et les motivations qu'elle recouvre ne le sont guère et c'est ce que nous allons nous évertuer à démontrer ici. Et sans plus attendre, ni aller très vite en besogne, le statut de l'entreprenant, c'est en réalité le statut qui est offert à un ensemble d'opérateurs économiques (petits ou grands) qui évoluent ou qui évoluaient (à partir du moment où ce statut serra appliqué dans les Etats membres) dans ce qui est convenu d'appeler le secteur informel. Quelles en sont donc les motivations ?

Il est claire que le statut de l'entreprenant telle qu'il apparaît dans l'acte uniforme relatif au Droit commercial général dans sa rédaction de 2010 permet de constater que la démarche du législateur communautaire est de conquérir (avec des armes et des astuces juridiques) le secteur informel, du moins d'y mettre un peu d'ordre. Rien que la diversité des acteurs regroupés sous ce nouveau statut justifie cette logique[927].

Même s'il n'est pas typiquement africain, les caractéristiques et l'importance économique et sociale du secteur informel lui confèrent sur le continent un caractère singulier[928]. L'informel est effet le « principal moteur de la construction des villes et de l'animation de la vie urbaine»[929] en Afrique. La plupart des principales villes et spécifiquement celles des Etats membres de l'O.H.A.D.A.[930] (répartis entre l'Afrique de l'Ouest et l'Afrique centrale) sont « le fruit du travail de l'économie populaire ».

Le secteur informel innerve pratiquement les économies africaines : il « bâtit les maisons, fabrique les meubles, crée et transforme les produits agricoles, répare les automobiles, anime les marchés, organise l'épargne, distrait (restaurants, troupes

---

926 - Voy. Encyclopédie de la langue française précitée (cf. introduction)

927 - l'entreprenant est effet un « entrepreneur individuel, (…) qui exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole.

928 - Selon un rapport de l'OCDE de 2007-2008, par exemple, le secteur informel représente en Asie près d'un quart du PI (23,9%) et en Amérique latine, un tiers du PIB (30,6%).

929 - rapport précité, p. 169

930 - Ce sont les principales agglomérations ou les capitales des Etats membres : Cotonou, Ouagadougou, Yaoundé, Bangui, Moroni, Brazaville, Abidjan, Libreville, Malabo, Bamako, Niamey, Dakar, Djamena, Lomé

théâtrales et musicales) et même soigne (tradipraticiens)[931]. » Ces activités permettent la satisfaction des besoins fondamentaux des populations concernées, tels que se nourrir, se loger, se vêtir, se former, se soigner, se déplacer et peuvent être regroupées, selon rapport de l'OCDE en :

- informel de production : qui regroupe les activités agricoles périurbaines, la menuiserie bois et métal, la construction de bâtiments et autres travaux publics (BTP)… ;

- informel d'art : on retrouve la bijouterie, la sculpture, le tissage, la couture, la broderie, la maroquinerie, la cordonnerie, la peinture ;

- informel de services, qui renferme la restauration populaire, transports urbains, coiffure, couture, réparation mécanique ou électrique,…

- informel d'échanges, spécialisé dans la distribution, les échanges, etc.

On remarque dès lors par son objet, que la notion d'entreprenant est un conglomérat d'opérateurs économiques informels : l'agriculteur et l'artisan se retrouve dans l'informel de production, puis dans l'informel d'art ; le (petit) commerçant (au sens strictement économique et non juridique) sera compris dans l'informel de services, et *in extenso*, dans l'informel d'échanges. Bien sûr, la distribution et les échanges représentent la majeure partie de l'économie informelle. Néanmoins à côté de l'artisanat traditionnel, se développe l'informel de production qui vend des produits comparables aux biens et services modernes mais pour des pouvoirs d'achats plus faibles et avec des moyens plus limités.

Sur le plan historique, L'expression secteur informel est née en 1993 dans un rapport du Bureau International du Travail (BIT) qui le décrit ainsi : *« un ensemble d'unités produisant des biens et des services en vue principalement de créer des emplois et des revenus pour les personnes concernées. Ces unités, ayant un faible niveau d'organisation, opèrent à petite échelle et de manière aspécifique, avec peu ou pas de division entre le travail et le capital en tant que facteur de production. Les relations de travail, lorsqu'elles existent, sont surtout fondées sur l'emploi occasionnel, les relations de parenté ou les relations personnelles et sociales plutôt que sur les des accords contractuels comportant des garanties en bonne et due forme »*. On voit à partir de cette description que le secteur informel a une double caractéristique. D'un côté, des petits producteurs appartenant à des réseaux caractérisés par des relations interprofessionnelles de confiance et de coopération et liés aux unités de domestiques ne dissociant pas le budget domestique du budget productif, qui utilise la main-d'œuvre familiale et qui diluent le surplus au sein de la famille. De l'autre côté, ces mêmes petits producteurs sont insérés au marché et subissent la concurrence. Ce qui en fait même une économie parallèle.

D'une manière générale, l'informel est l'expression de la capacité des économies à faible productivité (pour notre propos, les économies africaines) à résister aux chocs extérieurs et qui cherchent leur insertion à une économie internationale perçue comme mafieuse, celle d'un "monde sans loi" et qui est favorisée par la décomposition des Etats.

---

931 - ibid.

Le secteur informel est comme on le voit, pour la plupart des populations africaines, un mode de vie, voire de survie. Vu sous cet angle, on pourrait légitiment s'interroger sur ce que le Droit, et ici le Droit OHADA gagnerait à intervenir dans cette lutte -naturelle- pour la vie. L'analyse des fondements juridiques pourra certainement nous édifier.

6- Les fondements juridiques

De tout temps le secteur informel a été un casse-tête pour le juriste. L'informel en effet, c'est le non Droit en concurrence avec le Droit. Comme on l'a vu dans la description que le BIT en fait, le secteur informel se compose essentiellement d'activités pratiquées plus ou moins en marge des lois et des institutions officielles. C'est un désordre créé par des circonstances de fait qui finissent par avoir raison du Droit. L'importance du secteur informel est caractéristique d'une économie mal organisé.

Dans les pays africains membres de l'O.H.A.D.A. où le phénomène est très récurrent, les causes de cette situation de fait sont multiformes :

- La pauvreté, car la quasi-totalité des acteurs de l'informel commence leurs activités sans réel capital ;

- L'exode rural qui concerne la grande partie de la population active qui par le phénomène du mirage des villes, viennent grossir la population urbaine, à la recherche du bien-être[932].

- Le chômage qui est le corollaire de l'exode rural.

En gros, il s'agit généralement des *having not* qui sont en courses pour leur survie !

Evidemment, La situation du professionnel informel n'est pas forcément celle d'un naufragé qui cherche démesurément un secours que les pénalistes décrivent. Le secteur informel est une véritable économie parallèle. Ce qui n'est pas sans conséquences négatives, à tous égards :

D'abord pour le professionnel informel, il y a un problème de confiance et du crédit. D'un côté il est traqué par l'autorité et de l'autre, il n'a pas la confiance de la banque. Il se résout donc au quotidien en vivant au jour le jour comme une poule.

Pour l'Etat, le secteur informel représente une perte. Car en termes d'impôts et de contributions sociales, il est impossible d'imposer et de recouvrer les activités informelles.

Enfin, pour les professionnels des secteurs organisés la situation est encore plus délicate. Moins nombreux qu'ils sont à contribuer, ils subissent la pression fiscale, et sociale. Le plus difficile pour eux qu'ils sont déloyalement concurrencés sur le marché.

… Et donc, de tout temps, la question fondamentale a été toujours celle-ci : Quelle solution idéale contre le secteur informel ?

---

932 - Le phénomène de l'exode rural n'est pas récent en Afrique. Il remonte aux indépendances dont il est d'ailleurs l'un des principaux maux.

C'est sûrement pour répondre à cette question de première importance pour le développement des Etats africains que le législateur de l'O.H.A.D.A. a instituer le statut de l'entreprenant en y regroupant les acteurs qui sont des secteurs de prédilection : agriculture, artisanat, commerce de distributions et d'échanges de biens et de services.

La méthode choisie par le législateur africain de l'O.H.D.A. révisé a été celle de la séduction : puisque l'on ne peut pas combattre le secteur informel par la technique de la corde raide, il vaut mieux lui tendre la main ; il faut lui faire des offres, et en contrepartie de quoi on lui demandera tout simplement de s'identifier[933] et de tenir un système minimal de trésorerie[934]. Et dès qu'il finit de s'identifier, il n'est plus dans l'informel, il devient formel. C'est ce qui ressort des dispositions de l'article 30 al. 4 et 5 : *« … Lorsque durant deux exercices consécutifs, le chiffre d'affaires de l'entreprenant excède les limites fixées pour son activité par l'Etat partie sur le territoire duquel il les exerce, il est tenu dès le premier jour de l'année suivante et avant le premier trimestre de cette année de respecter les charges et obligations applicables à l'entrepreneur individuel. Dès lors, il perd sa qualité d'entreprenant et ne bénéficie plus de la législation spéciale applicable à l'entreprenant.*

Il doit en conséquence se conformer à la règlementation applicable à son activité. »

Aussi, les réalités économiques étant différentes d'un pays à un autre, le législateur communautaire de l'O.H.A.D.A. s'est réservé de décrire l'appât qu'il faut jeter à l'eau pour avoir le poisson. Chaque Etat membre est mieux indiqué pour définir ce qu'il doit accorder comme concession pour attirer l'acteur informel. Pour autant, le législateur ne manque pas de tracer la voie. Quelque chose peut être faite en matière, notamment en matière d'imposition fiscale et d'assujettissement aux charges sociales (article 30 alinéa 7 in fine).

Voici donc ici, le substrat technique de l'O.H.A.D.A. dont a rêvé le Doyen Keba MBAYE (paix à son âme !) remis dans toute sa dynamique[935]. L'O.H.A.D.A. est vraiment un outil technique voué à jouer « le premier rôle dans l'intégration économique et la croissance[936] » en Afrique, et se faisant, il se met au service des économies de ses Etats membres à travers un statut spécifique dédié à l'entreprenant. Mais la profondeur et la complexité que recouvre ce concept incite à la réflexion sur l'avenir même de la règlementation.

II- L'avenir de la règlementation du statut de l'entreprenant : réalité ou mythe ?

La règlementation du statut de l'entreprenant est un amas de règles et de mécanismes dont la gestion revient en définitive aux Etats membres de l'O.H.A.D.A. Et cet aspect porte en lui-même les germes d'un mythe (B) quant à son applicabilité. Mais la réalité

---

933 - article 30 al. 2 AU. DCG. rév. : *« L'entreprenant est un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration… »*

934 - article 30 al. 3 AU. DCG. rév. : *« L'entreprenant conserve son statut si son chiffre d'affaires annuel généré par son activité pendant deux exercices successifs n'excède pas les seuils fixés dans l'acte uniforme… »*

935 - Selon lui : « l'O.H.A.D.A. est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance ».

936 - POUGOUE (P.-G.) : "doctrine OHADA et théorie juridique" in la Revue de l'ERSUMA ; numéro spécial – Novembre/Décembre 2011 ; Version électronique sur http// : revue.ersuma.org, p. 9.

(A) est là. Un statut est adopté. Il existe (du moins dans la sphère supranationale pour l'instant). Et il présente des perspectives. C'est ce qu'il faut d'abord démontrer avant tout.

- ***La réalité***

A l'analyse des dispositions de l'acte uniforme de l'OHADA sur le commerce général dans sa version révisée du 15 février 2011, on peut constater et même affirmer (sans risques de se tromper) que beaucoup d'espoirs sont à nourrir quant à l'avenir économique dans les Etats membres -du moins en théorie- pour peu que ces Etats en fassent une saine application avec des mesures incitatives idoines.

Concrètement, on peut espérer plusieurs perspectives dans la réforme de l'acte uniforme, au plan économique surtout :

Premièrement, on peut espérer que dans un avenir (proche ou lointain, ça sera selon la volonté politique et économique), que les marchands ambulants, les petits prestataires, les détaillants et autres acteurs du secteur informel (qui côtoient nos Ministères et autres institutions officielles dans nos capitales) auront un statut qui sera plus souple que celui du commerçant, sauf à considérer que l'entreprenant est, selon l'expression utilisée par le professeur Daniel Tricot, un petit commerçant (mais cela est un autre débat sur lequel nous n'allons pas nous attarder ici). Toujours est-il que ce statut est conçu pour permettre aux acteurs informels de s'intégrer dans la vie professionnelle normale. D'ailleurs, la simplification qui est la caractéristique principale du statut de l'entreprenant est l'illustration de la possibilité donner à toute personne désireuse de pouvoir se lancer dans une activité commerciale, agricole, artisanale ou civile de manière formelle, à sortir de l'opacité et d'évoluer dans un environnement juridiquement et socialement sécurisé. La facilité d'entrer dans l'un de ces statuts donne en effet la priorité à l'esprit d'entreprise.

Ensuite, grâce au statut de l'entreprenant, le secteur informel jadis méprisé, inspirera désormais la confiance nécessaire pour l'accès au crédit. Au lieu d'être la source des maux dont les économies des Etats membres souffrent, ce secteur va s'éteindre en laissant place à une économie plus organisée.

Un autre avantage est qu'avec le concours du crédit, des mesures incitatives et la professionnalisation de la gestion comptable, l'entreprenant (ou plutôt le future entreprenant) va finir par se hisser au rang des petites, moyennes et grandes entreprises. Vu sous ce prisme, le statut de l'entreprenant se présente comme une phase expérimentale qui sera utilisée par les créateurs d'entreprises pour tester leur idée de création… avant l'adoption de l'une des formes prévues par la loi.

Enfin, la sécurité juridique régnera. Les pouvoirs publics auront ainsi une visibilité pour bâtir des politiques économiques sur des données fiables. Que ce règne vienne !

Voilà la réalité ou plutôt, les perspectives de la reforme (ambitieuse !) entreprise par le législateur communautaire de l'O.H.A.D.A. Mais ces perspectives ne sont-ils pas trop belles pour être réalisées ? N'y a-t- il pas une part de mythe du fait même cette réalité ?

- ***Le mythe***

Peut-on vraiment lutter contre le secteur informel ? Cette question peut paraître inopportune au regard de la volonté affichée par le législateur communautaire et les avancées que représente la règlementation du statut de l'entreprenant. Pourtant et compte tenu de l'ampleur du phénomène de l'économie informelle, une telle question n'est pas totalement dénuée de tout sens. On peut même se demander si le combat du législateur O.H.A.D.A., si noble soit-il ne relève pas… d'un certain mythe.

Dans cette dernière séquence de notre réflexion, nous essayerons d'y jeter un regard cursif pour en ressortir quelques aspects. Ceux-ci concernent la notion elle-même telle que présentée par l'acte uniforme et le régime qui lui est applicable :

Sur le contenu notionnel, l'acte uniforme s'efforce de rassembler toute la gamme que composent les activités informelles. L'article 30 de ce texte indique dans ce sens que l'activité de l'entreprenant peut être une activité de nature civile, commerciale, agricole ou artisanale (art. 30 al. 1 AU. DCG. rév.). Le critère retenu est la profession et les seuils comptables prévus pour l'activité exercée. Mais la définition de l'acte uniforme est très vague et un peu illogique en ce sens qu'elle assujettit aux mêmes règles commerciales des professions qui sont par nature différentes. Par exemple, par tradition, le commerçant et l'agriculteur ont toujours été distingués l'un de l'autre. Le premier à raison de son activité basée sur la distribution des biens qu'il ne produits pas ; le second à raison de son rapport direct avec la terre et de l'absence de toute idée de spéculation sur les produits issus de ce travail. Il en est également avec l'artisan, dont le critère de distinction est l'exerce d'un métier manuel[937]. Par cette extension, le Droit O.H.A.D.A. se présente non pas comme un Droit des affaires, mais un Droit des activités économiques. Ce qui n'est pas sans soulever des difficultés, sur l'application du régime juridique élaboré.

En ce qui concerne le régime juridique applicable, on l'a déjà dit (cf. I-*B*), l'objectif visé par le législateur de l'O.H.A.D.A. est de mettre sur pied un régime truffé de faveurs économiques et fiscales qui inciterait les acteurs de l'économie informelle à en solliciter le bénéfice. Il faudra pour cela une simple déclaration au registre du commerce et du crédit mobilier et que le chiffre d'affaires générés par son activité n'excède pas les seuils comptables fixés par la loi[938].

Cependant, l'application de ce régime appelle à un certain nombre de commentaires.

S'il fixe les conditions générales de son application (formalité de déclaration au RCMM et seuils comptables), la mise en œuvre du régime de l'entreprenant n'a pas été clairement défini pour autant par le législateur communautaire. Celui-ci a choisi plutôt de laisser celle-là à la discrétion de chaque Etat membre. Par contre, il ne met l'accent que sur les obligations comptables de l'entreprenant et le régime de prescription.

---

937 - article 3 de la loi L/98/016/AN du 17 Juin, adoptant et promulguant le code de l'artisanat de la République de Guinée.

938 - Il s'agit des seuils du système minimal fixé par l'acte uniforme de l'OHADA portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises. Ces seuils sont en vertu de l'article 13 de ce texte : 30 000 000 FCFA pour les entreprises de négoce ; 20 000 000 FCFA pour les entreprises artisanales ; 10 000 000 pour les entreprises de service.

Les obligations comptables sont définies aux articles 31 et 32 de l'acte uniforme révisé[939]. Elles consistent en l'obligation pour l'entreprenant d'établir, dans le cadre de son activité, au jour le jour, un livre mentionnant chronologiquement l'origine et le montant de ses ressources en distinguant les règlements en espèces et autres modes de règlement d'une part, la destination et le montant de ses emplois d'autre part. Ledit livre doit être conservé pendant cinq ans au moins (art. 31). Si l'entreprenant exerce des activités de vente de marchandises, d'objets, de fournitures et de denrées ou de fourniture de logement, il doit tenir un registre, récapitulé par année, présentant le détail des achats et précisant leur mode de règlement et les références des pièces justificatives, lesquelles doivent être conservées (art. 32). La comptabilité décrite ainsi est comme on le voit une comptabilité du type recettes-dépenses, dégageant le résultat de l'exercice. Dès lors, de très petites entreprises dont les moyens matériels ne permettent guère la tenue d'une comptabilité fiable et qui naguère, étaient contraint de demeurer dans l'informel trouve ici une chance d'améliorer leur gestion comptables.

En ce qui concerne le régime de prescription, on rappellera volontiers que la tendance du législateur O.H.A.D.A. est de faire l'entreprenant un « petit commerçant ». Cette tendance se confirme par le régime de la prescription prévu par l'article 33 de l'acte uniforme : « les obligations nées à l'occasion de leurs activités entre entreprenants ou entre entreprenants et non entreprenants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions plus courtes ». Ce qui rappelle la prescription de l'article 16 de l'acte uniforme applicable au commerçant. En d'autres termes, comme le commerçant, l'entreprenant et ses contractants doivent déjà commencer par respecter la diligence et la célérité qui caractérise les affaires. Mais peut-on soumettre à la célérité des affaires commerçant, agriculteur et artisan qui par tradition, sont opposés ?

Voilà ce qui est de l'applicabilité du statut de l'entreprenant. Quid de son application ? Théoriquement, celle-ci est censée être effective dès lors que chaque Etat partie aura fixé « les mesures incitatives notamment en matière d'imposition fiscale et d'assujettissement aux charges fiscales ». Espérons que ces mesures soit prises dans l'ensemble des Etats membres, vu que le phénomène de l'informel est à la fois profond et complexe, et au regard de la disparité entres les économies concernées.

Observations conclusives

L'institution d'un statut de l'entreprenant est sans doute l'innovation la plus importante de la révision de l'acte uniforme relatif au Droit commercial de l'O.H.A.D.A. en 2011. En regroupant sous une règlementation unique et simplifiée les petits commerçants, les artisans, les agriculteurs, les détaillants et les prestataires de services divers qui évoluent essentiellement en marge du circuit officiel, l'O.H.D.A. s'attaque à un mal fondamental dont souffrent les économies africaines : le secteur informel, ou comme le disent bien les économistes, l'hypertrophie du secteur tertiaire. Ce qui en soit constitue une avancée majeure, disons un pas de maître de la part du législateur africain, dans le processus d'amélioration du Droit des affaires et pour l'émergence de ces affaires, on

939 - Chapitre 2 du titre 2.

peut être désormais rassuré de la volonté (politique ?) des dirigeants africains de faire de leur espace géographique, un espace juridique et économique sécurisé et propice.

Mais ce n'est pour l'instant qu'une règlementation, un statut ! Et le moins qu'on puisse affirmer, c'est que ce statut est incitatif, voire très incitatif. Or, là où il y a les mesures incitatives (surtout en Afrique), il y a corruption… Le professionnel informel ne peut être seulement considéré comme le petit marchand, l'artisan, l'agriculteur ou le petit prestataire de service qui lutte pour sa vie, et sa survie. Mais le secteur informel, c'est aussi les propriétaires de gros immeubles qui florissent dans nos villes, les créateurs des sociétés et d'entreprises diverses qui existent en dehors de toute formalité légale dans nos Etats. Il faudra faire preuve de volonté politique et de vigilance pour la mise en œuvre de ce statut. Car le secteur informel est un phénomène très complexe et profond.

Mais alors, le statut de l'entreprenant subsistera –t-il ? Espérons que oui.

LES METHODES DE COTATION DANS LES MARCHES BOURSIERS REGIONAUX DE L'AFRIQUE SUBSAHARIENNE :

ESSAI D'ANALYSE JURIDIQUE

Par

Marlize Elodie NGNIDJIO TSAPI

Enseignante-Assistante à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Yaoundé II-Cameroun

INTRODUCTION

Le marché boursier est traditionnellement analysé comme un moyen efficace d'allouer des financements à l'économie[940]. Or si l'on peut être certain sur l'existence de l'offre de capitaux, l'incertitude marque le sort du marché quant au maintien de l'équilibre entre le prix et la valeur fondamentale des titres échangés. Cet équilibre est sous l'influence de « *la liquidité qui ne peut être garantie à tous en même temps, comme viennent rappeler un peu brutalement les krachs* »[941]. Son destin est ainsi confié à l'aptitude qu'auront les autorités du marché à recourir avec délicatesse aux méthodes de cotations.

D'emblée, la méthode est une démarche organisée rationnellement pour aboutir à un résultat[942]. Elle renvoie aussi à un procédé, un art, un moyen, une procédure, une technique. La cotation quant à elle désigne, dans les bourses de valeurs, la détermination de la cote d'une valeur résultant en principe de la confrontation des ordres d'achat et des ordres de vente[943]. La cote est la constatation officielle des cours d'une valeur, d'une monnaie ou d'une marchandise se négociant par l'intermédiaire d'agents qualifiés[944]. Cet ensemble de précisions terminologiques permet de comprendre que les méthodes de cotation sont un ensemble de procédés, de techniques ou de procédures permettant de déterminer le cours[945] d'une valeur mobilière sur un marché boursier. De cette définition s'induit deux observations.

---

940 M. De JUGLART, B. IPPOLITO, Traité de droit commercial, Banques et bourses, 3eme éd., T. 7, Monchrestien, 1991, n° 564 – 565, p. 659.

941 P. COMBEMALE, Introduction à Keynes, nouvelle éd., La découverte, 2003, p. 83.

942 Dictionnaire de la langue française

943 G.CORNU, Vocabulaire juridique, Puf, 2011, p. 275. Conf. Egalement l'article 1du chapitre préliminaire du Règlement Général de la Bourse des Valeurs Mobilières de l'Afrique Centrale (BVMAC) de 2005.

944 Ibidem

945 Le cours ici renvoie au cours de bourse qui désigne le prix atteint par une valeur mobilière au cours d'une séance de cotation. Il est fonction de l'offre et de la demande dont la valeur fait l'objet. Conf. Art. 1 du Règlement Général de la BRVM de 2005.

Premièrement, les méthodes de cotation, dans le cadre de cette étude ne concernent que la cotation des valeurs mobilières. Contrairement, aux bourses de marchandises[946] ou de monnaie, les bourses de valeurs mobilières sont des marchés de titres sociaux encore appelés valeurs mobilières[947]. Il s'agit notamment des actions et des obligations[948]. L'étude rend compte de ce que la cotation envisagée est relative aux marchés boursiers. Les marchés boursiers sont des lieux de rencontre entre vendeurs et acheteurs de titres sociaux. Il s'agit du lieu des échanges de titres[949]. La bourse est un pan du grand ensemble que forment les marchés financiers[950]. La distinction n'a pas toujours existée entre le marché boursier et le marché d'autres produits. En France par exemple, la distinction est récente et désormais admise à travers l'innovation du code monétaire et financier qui envisage la bourse des valeurs comme le marché d'instruments financiers par opposition aux bourses de commerce[951].

En Afrique subsaharienne, le phénomène boursier est naissant. Il existe deux bourses de valeurs d'envergure régionale dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine[952] et la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale[953]. Il s'agit respectivement de la Bourse Régionale des Valeurs Mobilières[954] et de la Bourse des Valeurs Mobilières de l'Afrique Centrale[955]. Le caractère régional de ces bourses des espaces économiques qui se veulent intégrés au sein d'un vaste marché commun justifie l'attention qui leur est spécialement accordée dans le cadre de cette étude. La bourse constitue un marché réglementé[956] et comme telle est soumise au contrôle des autorités publiques. Les autorités communautaires existant dans le cadre de ces espaces économiques sont de ce fait habiletés à encadrer les transactions financières qui s'y déroulent. La cotation a lieu dans un cadre officiel et réglementaire fixé par les autorités d'animation, de contrôle et de tutelle du marché.

---

946 Ou bourse de commerce à l'instar de la Bourse Ivoirienne du Commerce et du Financement. La bourse de commerce est la réunion qui a lieu, sous l'autorité du Roi des commerçants, capitaines de navire, agents de change et courtiers. V. Th. BONNEAU, Fr. DRUMMOND, Droit des marchés financiers,Economica, 2010, n° 3, p. 3 - 4. Cette définition indique que la bourse de commerce est un marché d'achats, de vente et d'échange des marchandises par l'intermédiaire des agents qualifiés et sous le contrôle des autorités publiques chargées de réguler ce marché.

947 F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P.-G. POUGOUE et M. SAMB, OHADA, Sociétés commerciales et G.I.E., Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 456, n° 982 et ss.

948 Art. 744 al. 1 de l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AU SC GIE). V. aussi D. LOUKAKOU, Les valeurs mobilières dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales dans l'espace OHADA, Penant, n° 844, juillet-septembre 2003, p. 262.

949 Th. BONNEAU, Fr. DRUMMOND, Droit des marchés financiers, ibidem.

950 P.-C. HAUTCOEUR, Marché financier et développement économique : une approche historique, hal-00532862, version 1 halsh, 04 nov. 2010, disponible sur : www.halshs.archives-ouvertes.fr .

951 Th. BONNEAU, Fr. DRUMMOND, Droit des marchés financiers, ibidem.

952 UEMOA.

953 CEMAC.

954 BRVM. Cette bourse de valeurs est une institution financière spécialisée créée le 18 décembre 1996. Elle est commune aux huit Etats suivants : Bénin, Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Guinée-Bissau, Mali, Niger, Sénégal et Togo.

955 BVMAC. Elle appartient aux six Etats (Cameroun, Gabon, Tchad, République Centrafricaine, Congo, Guinée Equatoriale) et a été créée le 27 juin 2003.

956 Th. BONNEAU, Fr. DRUMMOND, Droit des marchés financiers, op. cit., p. 9.

Deuxièmement, l'usage du pluriel indique qu'il existe plusieurs méthodes de cotation consacrées par les autorités boursières compétentes. En effet, l'article 29 alinéa 1 nouveau de l'Avenant au Règlement Général de la Bourse Régional des Valeurs mobilières de l'Afrique de l'Ouest de 10 septembre 2013 portant modification de l'article 29 du Règlement Général de la Bourse Régionale des valeurs mobilières de l'Afrique de l'Ouest dispose que : « *les valeurs admises à la cote de la Bourse Régionale sont cotées soit par fixing, soit en continu* ». Cette disposition introduit une innovation dans le paysage boursier des marchés régionaux de l'Afrique subsaharienne. Depuis leur création, les marchés boursiers de l'UEMOA et de la CEMAC avaient opté pour une cotation unique : la cotation au fixing. Ce dernier désigne le cours d'équilibre s'appliquant à l'ensemble des ordres d'achat et de vente exécutés qui permet de maximiser les transactions[957]. Dorénavant, les méthodes de cotation sont rénovées avec l'arrimage de la BRVM à la cotation en continu. La cotation en continu résulte de la confrontation simultanée des ordres de bourse[958]. Mais, l'existence désormais consacrée, de deux méthodes de cotation entraîne des hésitations sur la sensibilisation des investisseurs à ce sujet. Pour une application efficiente de ces dernières, il s'avère important de faire un rapprochement entre elles et l'état du marché boursiers visés.

La bourse de Casablanca a opté pour trois méthodes cotation à savoir le fixing, le multifixing et la cotation en continu[959].En France par contre, il existe les modes de cotation au fixing et en continu. Selon que le titre totalise un volume de transactions supérieur ou égal à 2500, il lui est appliqué la cotation au fixing ou la cotation en continu. Plusieurs études portant sur les marchés boursiers ont usuellement affirmé que la méthode de cotation dépend du degré de liquidité de la valeur. Il s'agit d'une hypothèse que cette étude permettra de confirmer. Les éléments d'appréciation de la liquidité d'un marché et par voie de conséquences des valeurs cotées ont été élaborées par les économistes tels que Schumpeter. Dans la même veine, la contribution des marchés financiers au développement économiques a été démontrée par les travaux scientifiques à tel enseigne qu'il est tentant d'envisager une corrélation entre la liquidité du titre, du marché, son développement et le développement économique des pays ressortissants des espaces économiques abritant les marchés boursiers étudiés[960]. En revanche, ces méthodes de cotation n'ont guère suscité l'engouement des juristes alors que les économistes leurs consacrent une attention particulière[961]. La consultation de nombreux travaux de recherche effectués par les juristes peuvent attester de la rareté des publications sur ce sujet. Pourtant, l'importance de la maîtrise des méthodes de cotation s'impose avec acuité dans un contexte de mondialisation économique et financière et plus spécifiquement, dans un contexte d'émergence des marchés boursiers

---

957 Art. 29 al. 2 du Règlement Général de la BRVM.

958 Conf. Note technique de la BRVM à l'attention des investisseurs et du grand publique, p. 2, disponible sur : www.brvm.org.

959 A. TOUGOUROU, Les introductions en bourse, Rapport de stage à la bourse de Casablanca, Ecole Supérieure de Gestion, 2007, disponible sur : www.memoireonline.com .

960 R. FERRANDIER, V. KOEN, Marchés de capitaux et Techniques financières, 4eme éd., Economica, 2002, p. 41 et 249.

961 G. CAUDAMINE, J. MONTIER, Banque et marchés financiers, Economica, 1998, p.326. V. également R. FERRANDIER, V. KOEN, Marchés de capitaux et Techniques financières, op. cit. .

de l'UEMOA et de la CEMAC[962]. Ces derniers sont des espaces économiques qui ont choisi de réaliser une intégration de leurs marchés et d'atteindre le développement économique par les marchés financiers notamment.

Dans cette quête de l'émergence économique qui ne peut se réaliser sans émergence juridique, il devient impossible d'ignorer le lien qui existe entre les méthodes de cotation et l'évolution des marchés boursiers. Il importe de s'intéresser à la problématique du choix des méthodes de cotations dans les marchés boursiers de l'Afrique subsaharienne. Autrement dit, pour quelles raisons choisirait-on une ou des méthodes de cotation ? Comment ces méthodes ont-elles été institutionnalisées? Quelle en est la portée?

Ce questionnement révèle l'intérêt théorique du sujet car il sensibilise les néophytes de la finance de marché sur le procédé de fixation des cours des valeurs mobilières. Cette étude réalise une réflexion sur l'efficacité des méthodes de cotation des marchés régionaux dans un contexte de concurrence accrue entre les plateformes de cotation[963].Au plan pratique, elle rappelle le principe de la transparence qui est un atout pour l'incitation à l'investissement et un art de gouvernance. Cette étude est un moyen adéquat pour tenter de concilier les intérêts des agents détenteurs de fonds et les agents en besoin de fonds en leur offrant une grille d'appréciation du traitement égalitaire qui est supposé leur être accordé. En effet, les méthodes de cotations doivent pouvoir être mises en œuvre de manière à sauvegarder les intérêts des investisseurs. L'état de la réglementation des méthodes de cotation dans ces jeunes marchés boursiers exprime une évolution de celles-ci à travers l'institutionnalisation de plusieurs méthodes de cotation (I), cequi permet de s'interroger sur la portée de ces choix (II).

I. L'institutionnalisation des méthodes de cotation dans les marchés boursiers régionaux de l'Afrique subsaharienne

L'institutionnalisation des méthodes de cotation est appréhendable à travers son cadre de référence (A) et les autorités qui en ont la charge (B).

A. Le cadre de référence des méthodes de cotation

Cette sous-partie traitera des raisons qui peuvent justifier le choix (1) et l'assiette des méthodes en vigueur dans ces marchés régionaux (2).

1. L'intérêt contextualité des méthodes de cotation

L'adoption des procédés de cotation de titres dans les marchés boursiers de la CEMAC et de l'UEMOA se justifient par le souci de renforcement de leur attractivité (a) et la volonté d'assurer un fonctionnement toujours efficient des marchés (b).

---

962 Y. KALIEU, D. KEUFFI, L'émergence des marchés financiers dans l'espace OHADA, disponible sur :www.afrilex.u-bordeaux4.fr .

963 J. BROSSET, N. CUNTZ, La réforme d'Alternext, outil de relance de la Place de Paris ?, Bull. Joly, 01 janvier 2010, n° 1, p. 74.Conf. P. LAGNEAU-YMONET, A. RIVA, La bourse, une espèce en voie de disparition, La Tribune, n° 4674, Editoriaux et opinions, mercredi, 02 mars 2011, p. 29.

a. Le renforcement de l'attractivité du marché

La compétitivité des plateformes de cotation est un enjeu majeur pour les bourses contemporaines[964]. Les marchés boursiers aspirent à rendre leur place plus attractive en attirant un nombre d'investisseurs diversifiés. Cette attractivité dépend à plus d'un titre de la méthode de cotation choisie. C'est en réalité ce qui ressort des interviews donnés par les autorités des marchés boursiers de l'UEMOA[965].

En effet, l'attractivité pourrait justifier le choix ou le refus d'une multicotation. Les investisseurs sont pour la plupart enclins à choisir les plateformes de cotations où les risques sont moindres. Ils ont une préférence pour les marchés qui ne sont pas extrêmement volatiles. La volatilité accroît avec l'augmentation du nombre exponentiel des cotations. Paradoxalement, l'augmentation du nombre de transactions les rassure sur la possibilité de trouver un marché en équilibre c'est-à-dire qui leur permette de liquider leurs positions et se retirer de la cote chaque fois qu'ils ressentent ce besoin[966].

En outre, l'attractivité réside également dans la réglementation précise, efficace, de nature à fixer un cadre juridique efficient pour le déroulement des cotations. Enfin, elle, suppose qu'il existe une simultanéité entre la méthode de cotation choisie et les moyens techniques de la plate-forme afin de maintenir la continuité des cotations.

b. La préservation du fonctionnement optimal du marché

L'une des raisons pouvant justifier le choix d'une méthode de cotation est l'intérêt du marché. La définition de ce dernier n'apparaît pas dans les textes réglementant le marché. Leur lecture en filigrane suggère cependant l'identification d'un faisceau d'indices dont l'analyse permet d'orienter cet intérêt. Les articles 50 et suivants du Règlement Général de la BVMAC de 2005 laissent croire que le pouvoir exorbitant de la bourse dans la mise en place de la cotation est soumis à l'observation de l'état du marché. Autrement dit, chaque fois que l'intérêt du marché le recommande, une décision relative à la cotation peut être prise. L'on comprend aisément pourquoi à l'ouverture, l'état des marchés ne permettait que le choix du fixing comme méthode de cotation des valeurs qui n'étaient que très peu liquides. Ceci explique davantage pourquoi la BRVM a adopté une nouvelle méthode après quinze années d'existence.

L'intérêt de ce choix se situe donc dans l'augmentation de la régularité et du volume des opérations de marchés, de la liquidité du marché[967]. Il faut constater que de

---

964 La BRVM rejoint les bourses européenne, américaine, nigériane et ghanéenne qui ont adopté la cotation en continu depuis plusieurs années. V. Côte d'Ivoire : la BRVM démarre la cotation en continu, sur : http://economie.jeuneafrique.com/regions/afrique-subsaharienne/19688-cote-divoire-la-brvm-demarre-la-cotation-en-continu.html .

965 V. Interview du Directeur Général de la BRVM, disponible sur : http://www.agenceecofin.com/bourse/1709-13671-la-brvm-est-passee-a-la-cotation-en-continu .

966 M.-A. LEUTENEGGER, Gestion de portefeuille et théorie des marchés financiers, 2 eme éd., 1999, p.92. L'auteur relève qu' « *un marché est en équilibre quand tous les investisseurs détiennent le portefeuille qu'ils souhaitent détenir. Les demandeurs se sont procurés les titres recherchés, et symétriquement tous les offreurs qui voulaient se défaire de leurs titres ont trouvé une contrepartie* ».

967 Communiqué de presse de la BRVM du 03 septembre 2013 relatif aux raisons de ce choix : A Consulter sur :

nombreuses dispositions relatives l'intérêt du marché financier s'appesantissent sur le fonctionnement harmonieux ou à la régularité des transactions, à la transparence et à la légalité[968]. L'intérêt du marché serait donc d'une part un intérêt patrimonial parce que constituant un cadre de réalisation de gains pour les Etats, les investisseurs et d'autre part, extra-patrimonial c'est-à-dire immatériel et donc axé sur le bon fonctionnement du marché. L'intérêt général du marché côtoierait de ce fait l'ordre public économique qui vise le développement économique d'un espace géographique. Plus spécifiquement, en tenant compte de l'objectif poursuivi par les méthodes de cotation, on pourrait assimiler l'intérêt du marché au choix des méthodes qui entraînent la fixation d'un prix juste et équitable en fonction de l'état du marché. Ce dernier suppose par conséquent une méthode qui réduise autant que possible les coûts de transactions, augmente quantitativement et qualitativement les transactions et la transparence dans la fixation des cours. Lorsqu'on établit une corrélation de ce faisceau d'indices, il en ressort un tout que l'on peut qualifier de liquidité. Le choix de la méthode de cotation se justifie par la quête de l'augmentation de la liquidité du marché.

L'indigence de la réglementation des marchés financiers sur le contenu d'une notion aussi importante que « *l'intérêt du marché* » peut s'avérer être une volonté délibéré du législateur. Elle pourrait l'être d'autant plus qu'il est possible de penser que le législateur aura voulu s'en servir pour réguler le marché en période de crise conjoncturelle. Si les contingences du marché représentent le motif essentiel d'institutionnalisation des méthodes de cotation, elles sont couplées d'un souci d'amélioration de l'attractivité des places boursières ce qui a priori est une aubaine pour les méthodes de cotation.

2. Les méthodes de cotation choisies

Tout marché financier a vocation à adopter une ou plusieurs méthodes de cotation qui lui convienne. L'institutionnalisation des méthodes de cotation soulève la question majeure de leur assimilation. La présentation de la méthode en vigueur à la BRVM (a) précèdera celle de la BVMAC (b).

a. L'arrimage à une méthode complexe à la BRVM : la cotation en continu

La cotation en continu nécessite la mise en œuvre des règles principales relatives au déroulement de la séance et les règles complémentaires qui sont incontournables dans l'application des règles principales. Elle est complexe en ce qu'elle comporte deux fixings et de multiples étapes.

On peut lire dans les colonnes des prospectus de la BRVM les termes suivants: « *the integration of regionalmarkets by the BRVM has been an enormoussuccess in political, economic and technologicalterms* »[969]. Effectivement, la BRVM est une plate-forme de cotation technique. Elle dispose d'un système électronique et d'un réseau satellitaire qui permet aux intervenants de transmettre les ordres en bourse. C'est un

---

http://www.brvm.org/LinkClick.aspx?fileticket=jhQh6pR7BG0%3D&tabid=36&mid=467&language=en-US.

968 Art. 30 et 40 du Règlement Général du CREPMF.

969 Ainsi, l'intégration des marchés par la BRVM est un succès politique, institutionnel et technique.

marché au comptant, décentralisé et dirigé par les ordres[970]. La détermination du cours d'une valeur se fait par la confrontation des ordres d'achats et de vente collectés avant la cotation. Au démarrage[971], la BRVM organisait trois séances de cotation par semaine ensuite, elle est passée à une cotation quotidienne[972], marquant une réelle évolution dans ses activités. Désormais, il existe plusieurs séances. Le règlement des transactions se fait au comptant ; il n'est pas différé comme dans les marchés à termes[973]. Centralisé, le marché de la BRVM l'était au démarrage. Depuis le 24 mars 1999, il est passé de la cotation électronique centralisé à la CED c'est-à-dire la Cotation Electronique Décentralisée par laquelle la SGI se rend directement à l'Agence Nationale de Bourse de son pays pour effectuer les saisies et suivre l'évolution du marché dans toute la sous-région.

La journée de cotation se déroule en sept étapes[974]. La première est la pré-ouverture[975]. Les ordres saisis par les SGI dans le système de cotation de la BRVM sont enregistrés dans le Carnet d'Ordre Central sans qu'il y ait lieu à transaction immédiate. Le carnet d'ordre central, le cours théorique d'ouverture et les volumes susceptibles d'être échangés à ce cours sont actualisés chaque fois qu'un ordre est introduit dans ce système et sont diffusés en temps réel.

La deuxième étape consiste à la détermination d'un fixing d'ouverture. Elle est marquée par le déroulement des transactions qui consiste en la confrontation des ordres relatifs à chaque valeur en vue de leur appariement. Au début de la phase de détermination des cours, le Carnet d'Ordre Central est momentanément gelé pendant que l'algorithme d'appariement est en cours d'exécution. L'effet direct est l'impossibilité d'effectuer une saisi dans le système de cotation et les ordres déjà saisis ne peuvent ni être modifiés, ni annulés. Si l'appariement s'effectue à l'intérieur des seuils dynamiques légaux de réservation[976], un cours d'ouverture est établi et diffusé au marché. Dans le cas contraire[977], la valeur concernée est réservée pour une période dont la durée est fixée par Instruction. Un cours d'ouverture est retenu à la fin de la période de réservation si les conditions sont réunies. Le cours d'ouverture est le dernier cours théorique avant l'appariement. En l'absence de cours de fixing d'ouverture, le cours de référence est

---

970 C'est-à-dire que le cours d'une valeur, est déterminé par la confrontation des d'achats et de vente collectés avant la cotation.

971 16 septembre 1998.

972 Plus exactement cinq cotations par semaine sauf les jours fériés.

973 Y. DIE, Le marché financier régional de l'UEMOA et les entreprises Burkinabé : quel bilan une décennie après ?, Ecole National d'Administration et de Magistrature de Ouagadougou Burkina-Faso, Conseiller des Affaires Economiques, 2008 disponible sur : http://www.memoireonline.com/07/09/2285/m_Le-marche-financier-regional-de-lUEMOA-et-les-entreprises-Burkinabe-Quel-bilan-une-decennie-apr15.html .

974 Art. 1 de l'Instruction n°01-2013/BRVM/DG portant déroulement de la séance de cotation en continu du 10 septembre 2013.

975 Elle débute à 9 heures précises.

976 Conf. Instruction n° 11-2013/BRVM/DG du 10 septembre 2013 relative aux valeurs des seuils de réservation.

977 Appariement en dehors des seuils dynamiques de réservation autorisés le cas échéant.

retenu comme cours d'ouverture[978]. L'obtention du cours d'ouverture marque la fin de la deuxième phase qui laisse la place à la négociation en continu.

La négociation en continu débute à 9 heures 45 et s'achève à 14 heures. Durant cet intervalle de temps, les ordres non exécutés ou résiduels qui n'ont pas été traités à la fin du fixing d'ouverture sont examinés. Les SGI sont alors autorisés à enregistrer, modifier ou annuler les ordres. Chaque nouvel ordre enregistré est instantanément confronté aux ordres disponibles en sens inverse dans le Carnet d'Ordres Central[979].

Ensuite vient la phase de pré-clôture qui a lieu à 14 heures. Cette quatrième phase est consacrée à la saisie et à l'enregistrement d'ordres sans transactions. Le COC, le cours théorique de clôture et les volumes susceptibles d'être échangés à ce cours sont remis à jour chaque fois qu'un ordre est introduit dans le système de cotation et sont diffusés en temps réel. La pré-clôture s'achève à 14 heures 30 et on passe à l'ouverture de la phase de fixing de clôture.

Le schéma du fixing de clôture est identique à celui d'ouverture. Les ordres d'achats et de vente sont confrontés pour déterminer un cours de clôture qui sera appliqué aux prochains ordres exécutés. Après cette phase, a lieu la négociation au dernier cours.

La négociation au dernier cours permet la saisie des ordres en contrepartie des ordres résiduels. Ils seront exécutés au cours de clôture. Toutes les valeurs cotées sont concernées, celles qui n'auront fait l'objet d'aucune cotation sont exécutées à leur cours de référence. La clôture de la séance est la septième étape qui se déroule à 15 heures précises.

Les règles complémentaires quant à elles regroupent un ensemble de principes qui doivent impérativement être respectés afin que l'on aboutisse à un prix juste et équitable. Que ce soit un fixing d'ouverture ou de clôture, la détermination du cours pendant cette période obéit à l'article 1 de l'Instruction n°08-2013/BRVM/DG du 10 septembre 2013 relatif à la détermination des cours et allocations. Ce dernier définit les principes pris en compte au cours des séances de cotation. La cotation en continu étant réalisée à partir des fixings, il y a lieu de retenir qu'à chaque étape du fixing, les règles successives ci-dessous s'appliquent[980].Le principe de la priorité d'exécution des ordres gouverne ces fixings. Le cours de fixing est celui qui concoure à la réalisation du plus grand volume de titres échangeables à chaque niveau de cours[981]. Le deuxième principe veut que si plusieurs cours conduisent à un même volume échangeable, le cours de fixing est le cours qui minimise le solde restant. L'énoncé du troisième principe prévoit que si l'application des deux principes précédents aboutit à plusieurs cours, le sens du déséquilibre est pris en compte. Si le déséquilibre est dans le même sens, le cours du

---

978 Dans certains marchés, le cours de référence est constitué par le cours coté ou de la dernière offre ou demande inscrite à la cote avant la séance considérée, v. M. De JUGLART et B. IPPOLITO, Traité de droit commercial, Banques et bourses, op. cit., n° 700, p. 789. A la BRVM, la même logique est suivie. L'article 5 de l'Instruction n° 09-2013 /BRVM/DG du 10 septembre 2013 répute cours de référence, le dernier cours de clôture connu éventuellement ajusté des opérations sur titres.

979 COC.

980 Art. 2 de l'Instruction sus citée.

981 Premier principe.

fixing est le meilleur cours dans le sens contraire au déséquilibre du marché. Dans l'hypothèse où le déséquilibre est situé des deux côtés, le cours de fixing est le cours le plus proche du cours de clôture de la veille. Il peut arriver que l'application des trois principes énoncés aboutisse à plusieurs cours, dans ce cas de figure, le cours de fixing est le cours le plus élevé tel que le recommande le quatrième principe.

Par ailleurs, des règles spécifiques existent. Les ordres à stipulation spéciale sont exclus de l'ensemble d'ordres permettant la détermination du cours du fixing. Il s'agit des ordres « *tout ou rien* » et des ordres « *à quantité minimale* » tandis que les ordres « *au marché* » ou « *à la meilleure limite* » participent à la détermination de ce cours. Si la feuille de marché ne comporte que des ordres « *au marché* » ou des ordres « à *la meilleure limite* », le cours de fixing est le cours de référence.

En outre, à l'issu de la période d'accumulation des ordres (à la pré-ouverture et à la pré-clôture), ces derniers sont exécutés en faisant prévaloir les principes de priorité accordant la primauté d'abord aux ordres « *au marché* » et aux ordres « *à la meilleure limite* », ensuite aux ordres avec une meilleure limite que le cours de fixing établi et enfin aux ordres dont la limite est égale au cours du fixing[982]. Cette chronologie étant respectée, il reste que les ordres doivent être exécutés en totalité.

Enfin, durant la phase de négociation, l'allocation des titres se fait en fonction du niveau des cours. L'allocation initiale de l'ordre est faite pour la quantité disponible au meilleur niveau de cours (art. 4 de l'Instruction n° 08/2013 du 10 septembre 2013) relative à la détermination des cours et allocations). La quantité restante de l'ordre est allouée au niveau des cours suivant.

b. Le choix d'une méthode simple à la BVMAC : le fixing

La conservation de la cotation au fixing à la BRVM, nous amène à envisager une étude simultanée du fixing de la BVMAC avec celui de la BRVM[983]. Le déroulement de la séance est quasiment le même. La cotation à la BVMAC obéit aux standards des plateformes de cotation internationales. Le système de cotation de la BRVMAC est informatisé[984].

Le principe de l'unicité de cotation gouverne la réalisation de cette dernière[985]. Un titre ne peut avoir qu'un seul cours. Celui-ci doit résulte de la confrontation de l'ensemble des ordres d'achat et de vente passés par les sociétés de bourses. Les séances de cotation doivent s'effectuer en principe chaque jour tel que le prévoit l'article 55 du Règlement Général de la BVMAC. Il est possible de prévoir d'autres fréquences de cotation en fonction des conditions du marché. Dans la pratique, les séances ont lieu

---

982 Art. 1 de l'Instruction n° 10-2013/BRVM/DG du 10 septembre 2013, relative aux priorités d'exécution à la BRVM.

983 Art. 33 nouveau de l'Avenant au Règlement Général de la BRVM du 10 septembre 2013.

984 Dans des circonstances exceptionnelles, la BVMAC peut mettre en place un système alternatif de cotation mais tout en garantissant dans le cadre de ce dernier, l'observation des conditions normales du Marché. Conf. Art. 40 du Règlement Général de la BVMAC.

985 Art. 51 Règlement Général de la BVMAC et art. 27 du Règlement Général de la BRVM (en ce qui concerne la cotation a fixing).

trois fois par semaine au lieu de cinq comme c'est le cas à la BRVM. La Bourse est propriétaire des cours qu'elle fixe et publie ensuite.

La séance se termine donc par l'échange théorique des titres et de l'argent. Le règlement effectif suivra (à j+3 c'est-à-dire trois jours après les jours de conclusion de la transaction).

La procédure de cotation peut se dérouler sans incidents tout comme elle peut être émaillée d'incidents comme en matière de cotation en continu. L'entreprise est responsable de la police générale au cours des séances de cotation et arbitre les litiges de compétences ou de toute autre nature pouvant surgir au cours de celles-ci avec le cas échéant l'aide de la COSUMAF. A ce titre, la Bourse dispose d'un pouvoir d'intervention qui se matérialise soit par une annulation de cours lorsque les éléments participent à la fixation de ce dernier ont été biaisé, soit par une annulation de la transaction ayant eu lieu au cours d'une séance de bourse. Il en est de même en cas d'erreur matérielle à l'instar d'une mauvaise saisie[986]. En pareille occurrence, la Bourse a l'obligation de publier un avis indiquant les raisons d'une telle décision et d'informer le gendarme de la bourse de sa décision. La réglementation de la bourse de l'Afrique de l'Ouest confère un pouvoir de suspension à la bourse. Dans le but de préserver l'intérêt du marché, elle peut suspendre une cotation définitive ou seulement temporaire. Le cas échéant, elle prend un avis informant le public de la suspension. Cette dernière entraîne l'interdiction de saisir un ordre dans le système. En plus, aucune négociation n'a lieu sur la valeur dont la cotation est suspendue[987].

La réglementation de la Bourse des Valeurs Mobilières de l'Afrique Centrale prévoit deux catégories d'ordres qui peuvent émaner des clients dans le cadre de leurs opérations de marchés. Ils sont inférieurs en nombre par rapport à ceux en vigueur dans la méthode de cotation en continu. La Bourse s'arroge toutefois la faculté d'adopter d'autres types d'ordres par voie d'Instruction lorsqu'il y va de l'intérêt du marché[988]. Ces ordres sont pris en compte dans le processus de fixation des cours du fixing et obéissent au principe de la priorité d'exécution. Le législateur distingue l'ordre « *au mieux* » de l'ordre à « *cours limité* ». Le premier type est un ordre donné par un client à un prestataire de service d'investissement sans aucune indication de cours. Il est exécuté en priorité et au mieux des possibilités du marché c'est-à-dire en fonction de l'état du marché. L'ordre à « *cours limité* » par contre, est l'ordre par lequel l'acheteur fixe le prix maximum qu'il est disposé à accepter afin de céder ses titres. Il est exécuté dès que sa limite est atteinte si le marché le permet.

L'ordre en bourse n'est pas perpétuel. Sa durée de validité peut être stipulée ou exister du fait de la loi[989]. Elle ne peut excéder 30 jours depuis son inscription dans le carnet d'ordre. La loi autorise le donneur d'ordre à modifier ou annuler ce dernier dans cet intervalle de temps lorsqu'il n'a pas encore été exécuté. L'ordre devient caduc lorsqu'il n'a pas été exécuté pendant le délai stipulé. Pour pallier l'imprécision de durée

---

986 Nombre d'achats enregistré par erreur ou nombre de titres ou encore une confusion de nature des titres demandés.

987 Art. 30 du Règlement Général de la BRVM.

988 Art. 45 du Règlement Général de la BVMAC.

989 Art. 44 et 46 du Règlement Général de la BVMAC.

de validité d'un ordre, l'ordre est considéré au « *jour* » et il est valable pour la seule séance de cotation pour laquelle il a été émis[990]. Dans un souci de protection des épargnants et de renforcer la clairvoyance dans la réunion des critères de fixation du prix des valeurs, le Règlement de la Bourse précise que le démembrement d'un droit ou de tout avantage particulier attaché à une valeur mobilière entraîne l'expiration de l'ordre y relatif. La présentation du cadre de référence dans lequel les méthodes sont adoptées ayant eu lieu, il convient de passer aux autorités compétentes en matière de cotation.

a- Les autorités compétentes pour instituer les méthodes de cotation

Les marchés boursiers de la CEMAC et de l'UEMOA convergent dans l'organisation du cadre juridique des méthodes de cotation. Des dispositions des textes en vigueur dans ces marchés, s'énonce aisément la dévolution du choix des méthodes aux entreprises de marchés (1) et subsidiairement aux organes de contrôle du marché (2).

1. L'initiative d'adoption des méthodes principalement dévolue à la bourse

Les procédés de cotation émergent d'un cadre réglementaire dont la compétence échoit aux autorités boursières. Elles ne naissent donc pas ex nihilo. Elles sont choisies par les autorités compétentes dans l'intérêt du marché. Le fondement juridique de cette compétence est, pour le cas de la BVMAC, l'article 35 du Règlement CEMAC n°06-03-CEMAC-UMAC portant organisation, fonctionnement et surveillance du marché financier de l'Afrique centrale qui dispose que : « *la BVMAC assure l'animation et la gestion courante de la Bourse régionale. Elle veille au bon fonctionnement de celle-ci dans le respect des actes, des lois et du Règlement qu'elle applique et, le cas échéant interprète sous le contrôle de la Commission des Marchés Financiers de l'Afrique Centrale*[991] ». Ainsi, la bourse est chargée de donner son avis sur l'admissibilité des valeurs à la cotation, de gérer le système de cotation, guider et contrôler les sociétés de bourse, fixer les commissions et frais de courtages, assurer la publicité des négociations et la diffusion de l'information boursières, offrir aux émetteurs les services appropriés pour la cotation de leurs titres dans les bonnes conditions de négociabilité et aux investisseurs les garanties nécessaires à la bonne fin de leurs opérations d'investissement en bourse. Faisant suite à cette disposition prescrivant des mesures d'ordre générale et inhérentes à la nature du tout Règlement, le Règlement Général de la BVMAC[992] dispose que : *« le processus mis en place est la cotation au fixing. Elle ne préjuge toutefois pas de la faculté de l'entreprise de marché BVMAC, d'adopter le système de la cotation en continu* ».

Dans la même logique, l'introduction du Règlement Général de la BRVM dispose que : « *conformément au Règlement Général du Conseil Régional de l'Epargne Publique et des Marchés Financiers*[993]*, la Bourse Régionale établit un Règlement Général soumis à*

---

990 Art. 44 al. 2 du Règlement Général de la BVMAC.
991 COSUMAF.
992 Art. 50 du Règlement Général de la BRVM dans sa version de 2005.
993 CREPMF.

l'approbation dudit Conseil. Ce Règlement général fixe les modalités relatives à : - aux acteurs impliqués dans le marché boursier. - au fonctionnement du marché - à l'admission et à la radiation des valeurs mobilières - aux opérations particulières - au dénouement des transactions ». L'ancien article 29 du Règlement Général de la BRVM de 2005 disposait clairement que « *le processus de cotation mis en place par la Bourse Régionale est une cotation par fixing en application des principes de marché centralisé dirigé par les ordres* ». L'alinéa 1 de l'article 29 nouveau de l'Avenant au Règlement Général de la BRVM du 10 septembre 2013 dispose que : « *les valeurs admises à la cote de la Bourse Régionale sont cotées soit par fixing, soit en continu* ». Cette disposition sème le trouble dans les esprits dans la mesure où la note d'information de la BRVM dispose que la cotation en continu est retenue pour l'ensemble de valeurs cotées. Il semble que cette méthode de fixing a été maintenue.

De ce foisonnement non moins équivoque de textes orientant les intervenants et investisseurs du marché, il ressort que le choix des méthodes de cotations incombe principalement à la Bourse Régionale et subsidiairement à l'organisme de contrôle de celle-ci.

2. La compétence subsidiairement attribuée aux autorités de contrôle des marchés boursiers

L'autorité de contrôle de la bourse, la COSUMAF ou le CREPMF selon le cas joue un rôle déterminant lors du choix des méthodes de cotation à la création de la bourse. Cela est surtout compréhensible lorsque la bourse est créée pour la première fois[994]. En cours de fonctionnement, elle joue ce rôle en approuvant le Règlement Général et les autres textes pris par la Bourse Régionale. Toutefois, en pratique, l'on pourrait recommander à l'autorité de la bourse de faire le point de la méthode envisagée avec le gendarme de la bourse avant la conception de la réglementation à ce sujet.

La compétence attribuée au gendarme de la bourse est d'autant plus subsidiaire qu'en cours de fonctionnement, la faculté est laissée à l'entreprise de marché de mettre sur pied d'autres méthodes de cotation. La vision de ces autorités nous semble cohérente puisque la Bourse Régionale est aux faits des transactions du marché et recueille les besoins et plaintes des investisseurs avant de les relayer auprès du gendarme de la bourse. L'Avenant au Règlement Général de la BRVM du 10 septembre 2013 instituant la cotation en continu a été signé par l'autorité suprême de la BRVM assurément après contrôle du CREPMF.

Il faut noter qu'une disposition qui semble résulter d'une inattention de l'autorité du marché peut susciter des interrogations sur l'évolution de la réglementation de la BRVM. En effet, l'article 1 de l'Avenant du 10 septembre 2013 prévoit que ses dispositions apportent des modifications au Règlement Général de 2003 alors que le Règlement de 2003 est antérieur à celui de 2005 et ce dernier est suffisamment précis sur la méthode de cotation. L'on peut évoquer ici la règle qui veut qu'une loi récente vienne abroger les dispositions législatives antérieures sauf si la première complète tout simplement les dernières pour dire qu'en réalité, l'Avenant susmentionné vient modifier les dispositions du Règlement Général de la BRVM dans sa version de 2005. Cette

---

994 Lorsque l'autorité de contrôle de la bourse est créée simultanément avec le marché boursier.

dernière ne complète pas le Règlement de 2003 mais reprend entièrement ses dispositions en les améliorant. C'est le lieu d'espérer que cette erreur qui nous l'espérons n'est que matérielle, sera rectifiée par la BRVM.

Il est cependant judicieux de s'interroger sur la possibilité de contestation par l'autorité de contrôle, de la mise en œuvre d'une méthode. Cette possibilité n'est pas exclue étant entendu que l'invalidation des actes de la BRVM par cette autorité est envisageable comme suite au pouvoir de contrôle dont elle dispose. Cette contestation remettra sur table la question de l'efficacité de la méthode adoptée.

II. L'efficacité mitigée des méthodes de cotation instituées

L'efficacité des méthodes de cotation en vigueur dans les bourses de la CEMAC et de l'UEMOA est relative. Cette relativité est perçue dans l'inadéquation des méthodes choisies avec les facteurs endogènes au marché (A), ce qui conduit à émettre des suggestions dans la perspective d'y remédier (B).

3. L'inadéquation des méthodes de cotation avec les facteurs endogènes au marché

Les facteurs liés au marché sont essentiels dans le choix des méthodes de cotation. Qu'on le veuille ou non, l'appréhension des méthodes de cotation implique une étude de facteurs convergents qui combine l'environnement économique du marché et les facteurs liés à la structure du marché. Il s'agit de s'intéresser à la notion de liquidité du titre. La liquidité du titre dépend de celle du marché et tous ceux-ci sont parmi d'autres[995], les principaux facteurs de choix du mode de cotation. Il n'existe pas de critères universels applicable à une méthode de cotation précise, il existe cependant des indices permettant d'orienter le choix de chaque méthode. La mise en place des méthodes de cotation étudiées a été réalisée sans mesure suffisante de la liquidité réelle des marchés (1), a fortiori sans réelle considération de la liquidité individuelle des valeurs cotées (2).

76. L'existence d'une certaine liquidité du marché

La liquidité du marché est celle produite par ce dernier en garantissant aux acteurs du marché désirant échanger une valeur mobilière, la facilité de traiter rapidement et à des prix raisonnables. Madame ZIADI identifie dans sa thèse de Doctorat[996] plusieurs caractéristiques de la liquidité du marché : la profondeur, la largeur et la résilience. La profondeur désigne l'aptitude du marché à permettre les échanges de titres en toute transparence, de manière régulière et sans perturbation de prix. La largeur suppose le traitement équitable des acteurs, l'accessibilité du marché et la présence des investisseurs institutionnels. Les outils de la liquidité du marché sont donc fonction de la structure de ce dernier ou de ce qu'il convient d'appeler la liquidité structurelle avec

---

995 Conf. Préambule du Règlement Général de la BRVM, dans sa version à de 2005. En définissant le flottant (le flottant désigne la partie du capital réellement négociable sur le marché comparée au nombre total des titres d'un émetteur), celui-ci précise que la liquidité d'un titre est appréciée entre autres à l'aune de son flottant.

996 L. ZIADI, La liquidité des marchés boursiers, thèse, Université de Lyon Lumière 2, 20 juin 2001, p. 90.

une forte imprégnation des intermédiaires du marché dans la mobilisation de l'épargne. La liquidité peut également être additionnelle avec un accent particulier sur les « *markets maker* »[997] un souci de stabilisation de prix, de gestion des risques et de mise en place d'une information légale efficiente. Les rapports d'activités de la BRVM de 2010-2011 et de 2012 à début 2013 laissent entrevoir l'effectivité de la liquidité du marché boursier de l'UEMOA. On note, en ce qui concerne les activités de 2011, plusieurs opérations.

Pour les emprunts obligataires, on relève une nette augmentation des émissions par rapport à 2010[998]. Sept emprunts obligataires ont été réalisés. La capitalisation boursière du compartiment des obligations cotées s'élève à 698,020 milliards de FCFA contre 457,466 milliards de FCFA au 31 décembre 2010, soit une progression de 52,58 pourcent. Cette hausse de la capitalisation boursière dans le compartiment des obligations cotées est un élément permettant de caractériser la profondeur du marché. Par contre on assiste ces derniers temps à très peu d'émissions de titres, ce qui est regrettable. Cette réalité amenuise le degré de liquidité du marché. La plupart des opérations ayant eu lieu sur le marché secondaire pour l'instant débutent couramment par l'accès au primaire.

La capitalisation boursière du marché des actions se chiffre au 30 décembre 2011 à 3177,13 milliards de FCFA soit une baisse de 8,47 pourcent qui se justifie par une baisse du cours des actions. Ces données caractérisent l'existence irréfutable de la profondeur du marché. Au cours de la même année, on comptait 22 sociétés de gestion et d'intermédiation[999]. Ce qui est de bonne augure pour la largeur du marché.

Les informations relatives aux opérations sur titres sont communiquées sur le site de la BRVM en temps réel. La réglementation relative aux obligations informatives et le traitement des investisseurs consacrent un traitement égalitaire des investisseurs. Malheureusement, la BRVM déplore le manquement de plusieurs sociétés cotées à l'obligation de publier les informations permanentes sur leurs activités et le non-respect des délais de publication[1000]. Ce qui peut être décrié puisque l'information contribue à l'efficience du marché et assure la transparence de ce dernier et le traitement égalitaire des investisseurs[1001]. Pour le compte de l'année 2013, un résumé des activités de la BRVM du 31 décembre au 05 juin 2013 fait état d'une forte progression des 15 valeurs cotées avec une augmentation de plus de 150 pourcent[1002]. Une progression corrélative des indices boursiers (indice BRVM 10[1003] et l'indice BRVM C donc composite[1004]) de plus de 30 pourcent est constatée. En 2012, ces indices ont cru de 16,12 pourcent et de 19,95 pourcent au 31 décembre, ce qui constituait une progression par rapport à 2011.

---

997 Les intermédiaires professionnels.

998 Rapport d'activités de la BRVM, 2010-2011, p. 39.

999 Aujourd'hui, la BVMAC n'en compte que six. Conf. www.bvm-ac.com .

1000 Au cours de l'année 2005,

1001 V. C. MALECKI, L'actionnaire sans frontière et la directive n° 2007/36/CE du 11 juillet 2007, concernant l'exercice de certains droits des actionnaires des sociétés cotées, Bull., Joly, Sociétés, 01 septembre 2007, n° 9, p. 927.

1002 www.brvm.org.

1003 L'indice des 10 sociétés les plus actives disponible sur : http://www.24haubenin.info/spip.php?article993 .

1004 Cet indice correspond à l'ensemble des sociétés cotées.

A en croire le listing des valeurs de la BVMAC du 31 décembre 2012, l'activité boursière est encore tatillonne. Avec une quarantaine de sociétés cotées à la BRVM, cette dernière affiche une réelle performance par rapport à sa sœur de Libreville. Cette dernière compte sept investisseurs dont six pour le compartiment des obligations. Il s'agit de l'Etat gabonais, la SFI, Prix Import SA, Petro Gabon SA, BDEAC et de l'Etat Tchadien[1005].

Il a fallu attendre le 3 septembre 2013 c'est-à-dire dix ans après la création de la BVMAC pour assister à l'ouverture du marché du capital par la cotation de la société SIAT Gabon[1006]. Il est clair, qu'en dépit de l'existence d'un cadre réglementaire relativement incitatif, le BVMAC est un marché non liquide. Cette absence de liquidité est d'abord due à plusieurs obstacles que l'on ne peut analyser entièrement dans les quelques lignes de cet article. Elle est due à la coexistence de deux bourses dans le même espace économique. En effet l'existence du Douala Stock Exchange[1007] n'est pas de nature à favoriser le développement d'une bourse régionale en plein démarrage.

On s'aperçoit que le la BRVM est un marché de liquidité moyenne par rapport à la Ghana Stock Exchange par exemple ou les bourses françaises, européennes et américaines. Cette liquidité a pourtant justifiée le saut vers la cotation en continu, ce qui nous semble une innovation minime qui n'a pas tenu compte de tous les paramètres de la liquidité réelle du marché. La BVMAC quant à elle est un marché illiquide[1008] qui est presque en disharmonie avec les visées de la cotation au fixing d'où l'importance de cibler d'autres levier afin d'améliorer la liquidité du marché et l'application efficace de la cotation au fixing. Il faut avant toute chose s'attarder sur la liquidité des titres.

77. Lanon prise en compte de la liquidité du titre

Le contenu résolument explicite du Règlement Général de la BVMAC de 2005 définit la liquidité comme « *la facilité et la rapidité avec lesquelles un opérateur peut, à un moment donné, convertir une valeur en une autre ou la monnayer en espèces, sans que cette opération ne provoque un écart anormalement élevé de cours ou, à plus forte raison, un blocage du marché. La liquidité d'un titre dépend de différents facteurs, au nombre desquels la régularité des séances de Cotation du marché sur lequel il est admis et le volume d'échange dont il fait l'objet, qui est lui-même fonction du nombre de titres réellement disponibles à la négociation sur le marché, rapporté au montant total des titres de la société émettrice*»[1009]. Cette liquidité a été développée par Keynes dans sa théorie de la liquidité[1010]. Le choix de la méthode de cotation dépend de la liquidité du titre mais la réglementation des bourses de la CEMAC et de l'UEMOA n'est pas éclairante à ce

---

1005 Conf. Listing des valeurs de la cote de la BVMAC disponible sur : www.bvm-ac.com .

1006 W.S. ZOGO, BVMAC : enfin la première cote, publié le 07 juin 2013 sur : www.journal-ledroit.net. Conf. Egalement www.bvm-ac.com/fr.

1007 DSX

1008 Le marché illiquide semble être un marché « étroit » sur lequel les coûts de transactions sont élevés et où les cours subissent des mouvements brutaux et discontinus en raison d'une insuffisance voire d'un défaut de contreparties à l'échange. Cette définition découle de l'analyse de D. BOURGHELE et P. HYME, Du mythe de l'efficience des marchés au krach : l'illusion de la liquidité boursière, publiée sur : http://www.contretemps.eu/interventions/mythe-lefficience-marches-krach-illusion-liquidite-boursiere.

1009 Conf. Préambule dudit règlement.

1010 Les travaux de Courbis ont permis d'obtenir cette synthèse des travaux de Keynes avec une plus-value personnelle de l'auteur. Conf. L. ZIADI, La liquidité des marchés boursiers, op.cit., p.14.

sujet. Elle n'intègre pas dans leur réglementation les critères ou les enjeux du choix de leurs méthodes de cotation de telle sorte qu'on puisse établir aisément un lien entre ces dernières et la liquidité du marché.

Pour Keynes, l'actif le plus liquide est le plus certainement réalisable à bref délai et sans perte[1011]. La réglementation du marché Euronext est ferme sur le seuil de liquidité permettant d'opter pour une application de la cotation en continu. Sur une base annuelle, lorsque les transactions d'une valeur s'élèvent au moins à 2500, la cotation de cette dernière est soumise à la méthode continu, en deçà, le fixing. En dessous de 2500 transactions par valeur, la cotation en continu peut s'appliquer lorsqu'un contrat de liquidité existe entre l'émetteur et l'intermédiaire financier[1012]. Cette exhaustivité d'application de la méthode de cotation qui ressort de cet exemple est un cas d'école à la fois en matière de critères et de modalités de choix. Il s'agit d'un choix secondaire de la méthode de cotation qui est soumis à la volonté des titulaires des valeurs. Le choix primaire s'apparente aux « *normes d'applicabilité* » c'est-à-dire des normes qui règlent l'applicabilité d'autres normes et qui imposent des devoirs, des interdictions et garantissent des permissions[1013]. Ainsi, le choix primaire autorise l'investisseur d'opter pour une méthode, mais elle ne sera applicable que si les seuils de 2500 transactions par valeur est respectée ou s'il existe un contrat de liquidité. D'après ce système, l'effectivité de l'application d'une méthode dépendra des investisseurs.

Qu'en est-t-il de ce qui existe en Afrique subsaharienne ?

La BVMAC a opté pour une cotation au fixing et laisse la possibilité à la bourse de fixer d'autres modes de cotation[1014]. La BRVM vient la cotation en continu à la cotation au fixage qui existait déjà[1015]. Le silence de ces textes d'adjoindre est éloquent. Il est difficile de déterminer avec exactitude, les critères adoptés. Vérifions si le cas d'Euronext pouvait être transposé dans notre réglementation.

Le seuil des transactions exigées n'est pas mentionné dans le nouveau texte laconique instituant la cotation en continu à la BRVM, on constate qu'il existe un fossé entre les activités d'Euronext et celle de la BRVM. En effet d'après la publication du déroulement de l'année boursière 2010-2011[1016] par exemple, 22 315 transactions ont été effectuées sur un total de 30 738 329 titres en 2010 contre seulement 19 630 transactions en 2011. Tout d'abord, le volume de transactions est présenté globalement sans détails sur chaque valeur. Prenant en compte cette globalité, la recherche de la moyenne de transactions mensuelles ne permet pas d'atteindre le seuil de transaction de 2500. Si l'on divise les 22 315 transactions par 12 afin de déterminer approximativement le nombre de transactions par mois, l'on aboutit à environ 1860 transactions. Rappelons que cette hypothèse envisage une étude semi-globale étant donné que les 1860 transactions concernent tous les titres. Il ne faut pas perdre de vue qu'il peut y avoir 1860 transactions et des titres qui n'auront eu qu'une seule

---

1011 L. ZIADI, La liquidité des marchés boursiers, thèse, op.cit., p.24 et ss.

1012 La SGI, la société de gestion du patrimoine ou la banque.

1013 E. BULYGIN, Système juridique et ordre juridique, L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper, Economica, 2006, n°6, p. 228.

1014 Art. 50 du Règlement Général de la BVMAC de 2005.

1015 Conf. Avenant au Règlement Général de la BRVM. Article 29 nouveau particulièrement.

1016 p.174

transaction ou deux avec une forte probabilité qu'il ne puisse pas exister 1860 transactions sur une seule valeur. Ainsi, il serait utopique de baser le choix de la méthode de cotation en continu sur la liquidité par titre à la BRVM surtout que la présentation des activités boursières semble faire peu de cas de ce critère.

Relativement au contrat de liquidité, il semble que ce dernier ne peut être considéré comme critère fondamental de l'application de la cotation en continu. Le contrat de liquidité a deux objectifs. Il vise « *à pourvoir à une cotation régulière du titre et à la liquidité permanente, à tout moment des transactions qui le concernent*»[1017]. Ces deux objectifs suppose que l'intermédiaire veille à la cotation mais il n'est pas garant du nombre de transactions qui pourront être effectuées et comme tel, est tenu d'une simple obligation de moyen. Est-ce pour autant que l'on peut dire que la fixation de ces méthodes par le législateur UEMOA est dénuée de la mixité traditionnelle aux raisonnements juridiques[1018] ? Que non!

Le système de cotation à la BRVM est original. Sans maintenir la cotation au fixing, dorénavant la Bourse est passée à une cotation en continu. Ce saut innovateur mais risquée peut être sources d'incertitudes pour les investisseurs. La BRVM prévoit une soumission de l'ensemble des valeurs cotées à cette méthode. La résultante est que cette méthode ne tient pas compte des écarts de liquidité entre titres. Autrement dit, lorsqu'une valeur enregistre une seule transaction par jour, elle est soumise au même mode de cotation que celle qui en a enregistré cent, trois cent ou mille.

En ce qui concerne la BVMAC, la liquidité du titre est négligeable. Prenant en compte l'existence obligatoire du contrat de liquidité, le législateur de la BVMAC en fait une exigence dès la demande d'introduction en bourse alors que la Nyse-Euronext en fait seulement une condition impliquant l'application de la cotation en continu. Cela se justifie puisque son système de cotation qui est un fixing et laisse présager une faible liquidité. On sait que « *l'illiquidité est combattue sur toutes les places boursières* » et les techniques contractuelles sont employées à cet effet[1019]. L'article 31 du Règlement Général de la BVMAC consacre ainsi le cumul du contrat de liquidité et le contrat d'apporteur de liquidité. Le contrat de liquidité lie d'abord le membre du marché et l'émetteur et ensuite à la bourse[1020].Il ne peut être appliqué comme critère étant donné que de nombreux problèmes minent ce marché et des simples contrats ne sauraient justifier l'adoption de la cotation en continu.

1017 S. AGBAYISSAH, D. R. MARTIN, Du contrat de liquidité, Mélanges AEDBF-France IV, Droit bancaire et financier, Banque Editeur, 2004, n°2, p. 16.

1018 Dans la quête des facteurs pouvant justifier la création du droit, Geny procédait à une distinction entre le« *« donné » entendu comme un vaste cadre formé des directions générales issues des réalités ou des principes essentiels à l'ordre général du monde, et le « construit » composé des procédés d'application, de combinaison, d'adaptation…permettant la mise en œuvre du droit*». Conf. Geny cité par J. L. BERGEL, Méthodes du droit, Théorie générale du droit, 2eme éd., Dalloz,1989, n° 257, p. 274.

1019 S. AGBAYISSAH, D. R. MARTIN, Du contrat de liquidité, op. cit., n° 3,p. 16.

1020 S. AGBAYISSAH, D. R. MARTIN, Du contrat de liquidité, op. cit.,n°4, p. 17.

4. Les pistes de redéfinition des méthodes de cotation

La liquidité étant la principale quête des marchés financiers, il est nécessaire de conseiller une meilleure fixation des critères des méthodes de cotation (1) et une maîtrise optimale de la liquidité en plus des leviers complémentaire (2) car si la méthode de cotation est fixée en fonction de la liquidité, cette dernière est à son tour le but à atteindre.

a- L'adoption de critères financiers objectifs

Il aurait été préférable, dans l'optique de respecter les logiques de choix, que la BRVM instituât la cotation en continu pour les valeurs les plus liquides (indice BRVM 10) et le fixing pour celles qui le sont moins (BRVM composite). Le cas échéant, la cotation en continu serait certainement applicable aux titres les plus actifs en valeur, en volume et en plus forte hausse et la cotation par fixing aux valeurs ne reflétant pas ces critères spécifiques. Les statistiques de la BRVM ne mettent pas beaucoup d'accent sur le nombre de transactions mais plutôt les volumes[1021] et valeurs[1022] des titres. Curieusement en revanche, les deux indices boursiers du marché des actions tiennent compte du volume des transactions. La proposition de ces indices comme critères permettant un assujettissement ou non à un mode de cotation précis est due au fait que ces derniers tiennent compte de la capitalisation boursière, du volume des transactions et de la fréquence des transactions[1023]. Les valeurs composant l'indice BRVM 10 sont choisies en fonction de leur liquidité comme sus indiqué. La liquidité est basée sur deux éléments : le montant quotidien moyen des transactions au cours des trois mois, précédent leur revue trimestrielle ne doit pas être inférieur à la médiane des montants quotidiens moyens des transactions de l'ensemble des titres ; - La fréquence des transactions doit être toujours supérieure à 50 pourcent et le titre doit être transigé au moins une fois sur deux, durant la période d'étude de trois mois.

Une autre méthode aurait pu également intéresser la BRVM à l'heure où le choix d'une cotation en continu peut soulever des difficultés de justification et des krachs boursiers dans un futur proche. En effet, rien ne justifie l'adoption de cette nouvelle méthode de cotation si tant est que la BRVM est un marché de liquidité moyenne. Les titres sociaux ont une liquidité qu'il nous semble judicieux de qualifier de moyenne pour des raisons évoquées plus haut[1024]. L'existence de la cotation à la BRVM est une consécration qui est en avance sur le temps. La quête de la liquidité à tout prix d'un marché peut entraîner des choix hâtif[1025]. C'est cette précipitation qui explique certainement l'absence d'un texte fixant clairement les critères de cette cotation. L'on aurait pu s'attendre à la mise en place d'un double fixing. Le multifixing paraît être la méthode qu'il fallait éventuellement adopter ; elle permet d'obtenir plusieurs cours

---

1021 Nombres de titres échangés.

1022 Exprimées en francs CFA.

1023 Les critères du BRVM 10 et BRVM COMPOSITE s'inspirent des principaux indices boursiers du monde notamment du FCG, de l'International Financial Corporation.

1024 Avis n°020 -2013/BRVM/DG relatif au résultat de la première cotation de BOA BURKINA FASO 6.25 pourcent 2012-2017 du 11 février 2013.

1025 La liquidité elle-même n'est pas une garantie telle que nous le prouve la crise financière de 2008. V. Th. BONNEAU, G. C. BLANCHARD et M. DIMITRIJEVIC, Eclairage. Origines et solutions à la crise financière, Bull. Joly, 01 novembre 2008, n° 6, p. 446.

d'ouverture, soit deux par exemple en une seule séance. La cotation en continu est très risquée pour des jeunes marchés financiers. Même dans les marchés financiers plus anciens, elle est on ne peut plus en décote. Elle risque d'entraîner une extrême volatilité du marché. La BRVM se doit d'être vigilante. Cette vigilance loin d'éloigner la volatilité du marché peut servir à la maîtriser notamment à travers la surveillance des écarts de réservation.

b- Le renforcement des leviers complémentaires de liquidité

Le défi de la BRVM est de parfaire le système de cotation en continu en renforçant la transparence qui n'est pas suffisante à l'état du marché[1026]. La BRVM pourra également appliquer strictement les sanctions prévues par la réglementation en vigueur afin d'amener les SGI à respecter leurs obligations[1027]. La cotation en continu entraîne une concentration des acteurs du marché sur le prix du titre fixé sur la base des informations qui ne reflètent pas toujours la valeur fondamentale du titre coté et que les émetteurs tripatouillent pour séduire le marché. Il s'agit d'une valeur irréelle fondée sur les projections court-termistes des investisseurs. La cotation en continu est un vecteur de variation intempestive des cours et d'une forte volatilité du marché due à des anticipations subjectives de la majorité des acteurs du marché au détriment de la valeur intrinsèque du titre et de la société[1028].

La BRVM devra être capable de maîtriser la volatilité du marché en renforçant la transparence[1029] et en contrôlant minutieusement les variations de cours[1030], sinon de maintenir une liquidité permanente du marché[1031]. Pour ce dernier défit, un travail de sensibilisation et des réformes économiques sur le plan national[1032] s'impose mais rappelons-le, une liquidité excessive est un gros risque pour les sociétés africaines dont l'avènement de la crise financière viendrai affaiblir et sceller le sort. Le maintien d'une

---

1026 Conf. Rapport du CREPMF 2010, p. 30.

1027 Elles ne transmettent à la BRVM des documents d'information à temps. Elles accusent un retard de transmission allant de 2 à 157 jours par exemple. Elles ne respectent pas le format de présentation des Etats financiers de synthèse. Conf. Rapport annuel du CREPMF 2010, p.14. La sanction des SGI entraînerait plus de sérieux de la partdes acteurs du marché et éviterait que l'on se retrouve dans des situations dangereuses où les investisseurs se verraient désinformés. A ce sujet, v. M. E. NGNIDJIO TSAPI, L'information de l'acquéreur des titres sociaux dans l'espace OHADA, Mémoire DEA, Université de Dschang, 2009, disponible sur :www.memoireonligne.com . V. également R. NEUMEDEU, Commission des Marchés Financiers – Diffusion des informations fausses ou trompeuses – Sanction, note sous affaire CMF c/ MM. Edouard ETONDE EKOTO et LAMINE MBASSA, Juridis Périodique n° 85, janv.,fev., mars 2011, p. 39 à 57.

1028 D. BOURGHELE et P. HYME, Du mythe de l'efficience des marchés au krach : l'illusion de la liquidité boursière,op. cit.,disponible sur : http://www.contretemps.eu/interventions/mythe-lefficience-marches-krach-illusion-liquidite-boursiere .

1029 Si *de jure*, la BRVM n'est pas garante de la certitude des informations communiquées par le sociétés cotées, elle peut tout de même sensibiliser davantage les sociétés et les sanctionner ainsi que les commissaires aux comptes sérieusement lorsque le dialogue n'a pas permis de faire passer le message.

1030 Les contrats de liquidité peuvent servir d'instruments d'intervention pour régler des situations ponctuelles telles que les variations excessives de cours et les tentatives de prises de contrôles.

1031 Cette solution est la dernière évidemment que l'on peut suggérer puisque la liquidité est de plus en plus combattue. Conf.F. LORDON, Instabilité boursière : le fléau de la cotation en continu, 20 janvier 2010, disponible sur : http://blog.mondediplo.net/2010-01-20-Instabilite-boursiere-le-fleau-de-la-cotation-en-continu .

1032 Dans chaque Etat membre de l'UEMOA.

liquidité optimale est nécessaire et de nature à restaurer au marché son rôle de financement de l'économie[1033].

La BVMAC pourra en ce qui la concerne accélérer le processus de conciliation avec le DSX du Cameroun afin d'augmenter le potentiel d'investisseurs. Le Cameroun représente environ 40 pourcent du marché de la CEMAC, par conséquent, il serait souhaitable que sa bourse soit fusionnée avec la BVMAC et qu'enfin cesse le conflit de leadership entre les deux bourses.

En plus de cette crise institutionnelle, l'intégration en Afrique centrale est une vue de l'esprit[1034]. Autant la bourse peut contribuer au développement économique des pays, autant ceux-ci devraient faire un effort pour rendre leurs économies plus attractives, permettre la mobilité des personnes et des capitaux et lever les barrières et tracasseries qui sont de nature à freiner l'accès des investisseurs de la sous-région ou étrangers au marché intra-régional. L'amélioration qualitative et quantitative des affaires est nécessaire. Le rapport Doing Business de 2013 approuve cette vision en mettant en lumière les carences des piliers des politiques de développement des Etats de l'Afrique centrale[1035].L'avancée de l'intégration serait un atout important[1036]. Et, pour réussir une intégration au sens plein, il faut une évolution simultanée des moyens choisis car l'intégration ne se décrète pas, elle dépend d'abord des êtres humains avant tout autre démarche. Lesdivergences entre les pays ne sont pas inconciliables.

Le rôle que joue l'intermédiation dans la mise en place de liquidité du marché est capital. En plus du nombre négligeable des intermédiaires financiers sur le marché de la BVMAC, les frais de courtage[1037] sont de nature à décourager les investisseurs. Ils s'élèvent à 1pourcent du montant de l'opération[1038]. Ce montant représente une charge considérable pour un investisseur qui souhaiterait tenter sa chance sur un marché boursier en quête de crédibilité et de liquidité. En effet, ces frais ne sont pas isolés. Il existe aussi des commissions de structuration et arrangement, de placement, de chef de fil ou d'introduction en bourse. Par conséquent, il serait souhaitable que le taux fixe de la commission de courtage soit supprimé afin d'encourager une plus grande sollicitation du marché.

1033 P.-C. HAUTCOEUR, Marché et liquidité, le cas du marché financier, disponible sur : www.parisschoolofeconomics.com/...Pierre-Cyrille/AFHE_Hautcoeur, 21 octobre 2010, p. 6.

1034 La xénophobie, la corruption, le manque de volonté politique sont des obstacles qui minent le développement des activités économiques et boursières notamment. La ratification par la Guinée Equatoriale et le Gabon de la Convention relative à la libre circulation est récente. Bien qu'étant dans la perspective d'effectivité cette Convention (qui entrera en vigueur le 01 janvier 2014), l'on continue à assister aux rapatriements massifs de certains ressortissants d'un pays à un autre. Le passeport destiné aux investisseurs faisant appel public à l'épargne n'est pas encore effectif.

1035 Doing Business 2014, comprendre les réglementations pour les petites et moyennes entreprises, voir classement de juin 2013, 11eme éd., p. 3. Disponible sur : www.worldbank.org .

1036 Conf. Rapport du FREDI (Fondation pour les Etudes et Recherches sur le développement International) du 19 septembre 2012, sur l'évaluation des gains attendus de l'intégration économique régionale dans les pays africains de la zone franc. www.ferdi.fr .

1037 Les frais de courtage représentent une commission perçue par une société de bourse ou par un agent de change en rétribution des transactions réalisées pour sa clientèle. V. http://www.ebourse.info/bourse-en-ligne.html.

1038 Conf. Communiqué COSUMAF du 4 mars 2008 relatif à la tarification du marché financier de l'Afrique centrale.

La BRVM est allée à contre-courant de la BVMAC en instituant la liberté dans la fixation des tarifs[1039]. Cette disposition est une particularité appréciable de la BRVM. Lorsqu'on consulte la grille des tarifs de courtage on se rend compte qu'il existe une réelle concurrence entre des tarifs. Au regard de la multitude des sociétés de gestion et d'intermédiation, l'on comprend que le client a le choix entre une gamme variée de prix. En économie, les études montrent que lorsque l'offre est supérieure à la demande, les prix baissent. Cette tendance baissière profite au consommateur[1040]. Parfois, ce dernier ne s'intéresse pas forcément au prix le plus bas mais à un prix moyen couplé du rapport qualité/prix des services. Face à cet état concurrentiel du marché, les frais de courtage baissent. Le paysage des sociétés de gestion et d'intermédiation de l'UEMOA conforte cette analyse[1041]. Le législateur de l'UEMOA a laissé plus de liberté aux investisseurs comme son homologue de France. La pratique boursière est tellement développée en France qu'il existe des sites internet servant de comparateur de frais de courtage en ligne[1042].

La BVMAC aurait pu opter pour ce moyen comme mesure incitative au lieu d'exiger catégoriquement un pourcent des frais de l'opération. Il aurait été prudent de fixer dans ce cas, de fixer un plafond des frais de courtages et de procéder à une modification de ce plafonds en cas de changement des raisons ayant motivées le choix du plafond retenu. Une liberté encadrée vaut mieux qu'une liberté tout court. Les plafonds n'ont pas été fixés par la BRVM. La liberté dans la fixation des tarifs n'est pas totale parce qu'une homologation par le CREPMF est possible[1043]. L'on peut conseiller cette méthode qui a fait ses preuves à la BRVM tout en précisant qu'il est nécessaire d'instaurer un minimum de cadrage qui tienne compte de l'environnement économique de la CEMAC.

Ainsi, nous pouvons arriver à la conclusion selon laquelle l'état de chaque marché commande la méthode de cotation qui pourrait lui être appliquée. A des degrés d'évolution différents, il est parfois difficile de transposer les critères de détermination de la cotation d'un marché à un autre. Les méthodes de cotation en vigueur dans la BRVM par exemple ne prennent pas toujours en compte les facteurs endogènes de choix des méthodes de cotation. Les autorités de ce marché doivent de ce fait éviter une « *institutionnalisation de l'illusion de liquidité* »[1044]. Est en revanche plus réaliste, la méthode de cotation de la BVMAC. Cependant, la persistance de l'illiquidité montre le malaise plus profond des difficultés boursières de ce marché, et celles des économies de la sous-région à laquelle il appartient.

1039 Frais de courtages, commissions de conservations, d'arrangement et de gestion. Disponible sur : www.brvm.org.

1040 Consommateur de produits et services financiers.

1041 V. Troy, Fonctionnement des SGI en zone UEMOA, 16 février 2012, p. 42, disponible sur : http://dissertationenligne.com/Print/Fonctionnement-Des-Sgi-Een-Zone/17134.html.

1042 http://www.ebourse.info/bourse-en-ligne.html.

1043 Pour l'année 2005, quatre sociétés de gestion et d'intermédiation ont vu leurs tarifs homologués par le Conseil Régional. Conf . Rapport annuel du CREPMF de 2005, p. 19.

1044 P. COMBEMALE, Introduction à Keynes, op. cit., p. 86-87.

MEDIATION ET OHADA

IBII OTTO

Chercheur en

En Prévention et Règlement Des Différends

Faculté de Droit - Université de Sherbrooke

Médiateur

Résumé de la contribution

L'année 2013, qui s'achèvera dans quelques semaines restera à jamais gravée dans la mémoire collective comme l'une des plus belles dans l'histoire de l'OHADA. En effet le traité de Port Louis a célébré tout au long de celle-ci les vingt ans de sa signature dont le point culminant fut les festivités d'Ouagadougou en Octobre dernier. Un tel anniversaire pour pareille organisation est pour les dix-sept états membres non seulement un moment de réjouissance, mais aussi un moment de réflexion sur le chemin parcouru et sur les perspectives à venir. Au rang de ces dernières, figure en bonne place, la question du développement d'autres normativités susceptibles de permettre une autre approche dans la construction des solutions aux différends en dehors des modes décisionnels que sont la judiciaire et l'arbitrage. On doit dès lors envisager des modes de règlement des différends qui permettent d'éviter la cessation d'une relation commerciale et facilitent aux parties l'administration des opérations commerciales internationales à l'exemple de la médiation objet de la présente contribution.

Cette dernière s'inscrivant dans une démarche prospective pose un regard sur la médiation, en mettant en lumière sa définition, ses différentes formes, l'éventualité de sa mise en œuvre dans l'espace OHADA à travers l'existence dans pas moins de huit pays signataires du traité des centres de médiation, mais aussi, et surtout la nécessite de sa professionnalisation vu qu'elle mobilise divers savoirs.

PLAN DE L'ARTICLE

I- LA MÉDIATION : UN INSTRUMENT DE GESTION DES CONFLITS

A. Le concept de médiation

1-La notion de médiation

2-Les notions voisines de la médiation

I. Les modes de médiation

1-La médiation judiciaire

2-La médiation extrajudiciaire

II- LA MISE EN OEUVRE DE LA MÉDIATION DANS L'OHADA

3- L'effectivité de la médiation

A. L'existence des centres de médiation

B. La nécessaire professionnalisation de la médiation en Afrique

4- Le champ d'application de la médiation

c- La médiation commerciale

d- La médiation en entreprise

5- Le particularisme de la médiation

c- La confidentialité

d- La rapidité et la modicité des couts

e- Les solutions créatives

Conclusion

<u>Thème</u> : La médiation dans l'OHADA ; vers la définition d'une nouvelle approche normative en matière de gestion des différends économiques?

La célébration avec faste des vingt ans du traité de l'OHADA au cours de l'année 2013 est à marquer d'un sceau particulier dans l'histoire de cette organisation. En effet, cet anniversaire a permis de faire le bilan et l'évaluation[1045] de cet instrument juridique afin de mesurer le chemin parcouru et de tracer les chemins vers de nouvelles orientations.

Au rang de celles-ci justement au travers d'une communication dans laquelle ils abordaient les défis à venir du droit OHADA[1046], les Professeurs Joseph Issa Sayegh et Paul Gérard Pougoué en appelaient de tous leurs vœux à l'avènement d'autres modes de règlement des différends notamment la médiation et la conciliation[1047]. Avant eux, quelques années auparavant soit en 2003, la CNUDCI portait déjà à l'attention des opérateurs économiques mondiaux que les pratiques de la médiation et de la conciliation sont de plus en plus courantes dans la pratique commerciale internationale[1048]. Le 14 juin 2012 à Cotonou au Bénin, le président Yayi Boni déclarait a l'ouverture du Conseil des Ministres de l'OHADA que l'on ne pouvait plus se permettre dix-neuf ans après la signature du traité d'éluder « la question … de la médiation commerciale »[1049], ce qui veut dire que selon lui il est temps pour l'OHADA de faire un bond vers d'autres modes de régulation des conflits. Dans la même lancée, au début de l'année 2013, le Secrétariat Permanent de l'OHADA lançait un avis d'appel d'offre relatif[1050]à l'extension de l'OHADA à d'autres matières notamment la médiation commerciale. À travers ces voix qui s'élèvent de partout, se dégage une constante à savoir : la formulation du vœu de l'avènement de la médiation dans le domaine des affaires au sein des pays membres de l'OHADA. A la question de savoir pourquoi cette nouvelle posture alors qu'il existe dans son traité constitutif un mode de règlement de différend qu'est l'arbitrage, nous n'avons pas pu obtenir des réponses assez claires.

Aussi avons-nous essayé d'explorer quelques pistes de réflexion qui nous ont permis de constater que l'arbitrage OHADA tend également comme partout dans le monde à être victime de la crise née de son succès avec les problèmes liés désormais aux

---

1045 - Le Traité de l'OHADA signé en 1993 a Port Louis en Ile Maurice célébrera ses vingt ans à travers une série d'activités sur le continent , mais dont le point d'orgue a été les manifestations de Ouagadougou au Burkina Faso, à ce sujet, bien vouloir se référer au lien suivant <u>http://www.ohada.org/actualite-de-lohada/fr/sp/actualite/3646,lohada-celebrera-son-20e-anniversaire-en-2013-au-burkina.html</u>

1046 - Joseph Issa Sayegh et Paul Gérard Pougoué , « L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions » dans *Actes du Colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007*, Droit Uniforme Africain 2008

1047 - Joseph Issa Sayegh et Paul Gerard Pougoué , Note 2 , p.469

1048 - Loi type de CNUDCI sur la conciliation international, voir le préambule pour davantage de renseignements au lien <u>www.uncitral.org</u>

1049 - Discours de S.E Yayi Boni, président de la République du Benin à l' occasion de l'ouverture du conseil des ministres de l'OHADA, les 14 et 15 juin 2012 à Cotonou. Ledit discours est téléchargeable au lien; <u>www.**ohada**.org/.../3638,conseil-des-ministres-de-l**ohada-benin**-juin-**2012**</u>

1050 - Cet avis d'appels d'offre est disponible au lien suivant; <u>http://www.ohada.org/offres-emplois-sp/fr/sp/actualite/3673,selection-dun-consultant-ou-dun-groupe-de-consultants-pour-etude-sur-les-nouvelles-matieres-ohada.html</u>

délais de plus en plus longs, aux couts assez élevés, et même à la rigidité de l'arbitrage qui apparait ici comme une véritable juridiction de l'ordre judiciaire, sans oublier l'impossibilité de poursuivre la relation d'affaires après une décision de type gagnant perdant, d'où sans doute les appels de pied à la médiation. Au-delà de ce désir de voir la médiation commerciale intégrer l'espace OHADA, il y a lieu de s'interroger sur l'importance de ce dispositif de résolution des conflits qu'est la médiation dans la mise en œuvre du traité à forte saveur économique qu'est l'OHADA. Quel peut être l'apport de la médiation dans l'OHADA? Autrement dit quelle serait la contribution de la médiation dans le développement économique des pays membres de l'OHADA? La médiation peut-elle favoriser le retour des investisseurs dans l'espace OHADA lorsqu'on sait que vingt ans après sa création, cette zone reste considérée comme la « région du monde où il est le plus difficile de faire des affaires»[1051]. Devrait-on faire la promotion de la médiation commerciale ou tout simplement de la médiation?

La réponse à toutes ces questions nous permettra successivement d'appréhender la médiation comme instrument de gestion des différends (I), pour ensuite envisager les modalités sa mise en œuvre dans l'espace OHADA (II).

I-LA MÉDIATION : UN INSTRUMENT DE GESTION DES CONFLITS

Cette précision étant faite, nous allons essayer de clarifier le concept de médiation (A) et ensuite essayer de passer en revue les différentes modalités de la médiation (B).

Le concept de médiation

L'étude de ce concept va nous amener à essayer de cerner la notion de médiation (1) puis établir une distinction d'avec les notions voisines (2).

4- La notion de médiation

La médiation du latin médiatio « entremise»[1052] signifie « être au milieu», peut se définir comme « un processus consensuel de construction ou de réparation du lien social et de gestion des conflits dans lequel un tiers impartial, indépendant et sans pouvoir décisionnel tente à travers l'organisation d'échanges entre les personnes ou les institutions de les aider, soit à améliorer ou établir une relation, soit à régler un conflit»[1053]. Cette définition a pour avantage de permettre de saisir la notion de médiation, mais aussi, et surtout de permettre de la différencier des autres notions proches. Cela se fait à travers des éléments tels que;

- Le processus; ce qui suppose que la médiation fait référence à une méthodologie puisque ce n'est pas une décision ou une réalisation instantanée[1054]. Autrement

---

1051 - Rapport Doing business OHADA 2012. Ce rapport est publié annuellement par la Banque Mondiale et aborde la question des efforts d'amélioration du climat d'affaires dans tous les pays du monde. En 2012 un clin d'œil spécial a été fait au pays de l'OHADA à travers le document intitulé Doing Business dans les États membres de l'OHADA, p.02

1052 - Dictionnaire en ligne USITO http://www.usito.com/dictio, Éditions DELISME, 2013

1053 - Jacques Faget, médiations, les ateliers silencieux de la démocratie, Eres 2010, p.27

1054 - Jean François Roberge: *la justice participative, changer le milieu par une culture intégrative de règlement des différends* Éditions Yvon Blais 2011, p.43

dit l'art de médier doit reposer sur des bases solides et dans le respect strict d'un canevas qui génèrera alors l'entente finale

- le tiers; il s'agit du praticien de la médiation qui est impartial, indépendant et sans pouvoir décisionnel. La dénomination de tiers impartial « découle à la fois de la relation qu'en tant qu'intervenant il a l'égard des parties à savoir celle de la neutralité, et de la position qu'il prend envers le problème en question à savoir celle de l'impartialité de sa posture relativement à la situation dont il a la gestion»[1055]. Il n'a pas à imposer une décision, mais amène plutôt les parties à arriver vers une solution au différend.

- L'organisation des échanges : tel est le rôle du médiateur, celui-ci se borne à rapprocher les parties, à organiser un dialogue. La communication est centrale dans le processus de la médiation avec pour finalité d'améliorer ou rétablir la relation.

5- les notions voisines de la médiation

Les notions assez proches de la médiation et qui se confondent d'ailleurs souvent avec celle-ci sont de plusieurs ordres ;

- ***la négociation*** : est un « processus de discussion entre les parties (…) en vue de parvenir à un accord au sujet d'une affaire »[1056]. Stimec quant à lui la définit comme « un dialogue centré sur un problème à résoudre et visant une décision conjointe ».[1057] Ce qui veut dire que selon lui, c'est parce que les parties font face à un problème qu'elles décident alors de communiquer, de causer, d'échanger afin d'arriver à une solution finale qui est l'entente.

Au plan technique, le négociateur se différencie du médiateur en ce sens qu'il est bel et bien partie prenante à la négociation, alors que le médiateur d'emblée est un tiers étant hors de la négociation et il se limite à encourager les parties à arriver à une solution, ce qui lui permet de rester maitre du processus, d'être impartial et neutre. Ainsi, dans le cadre d'un conflit de travail, le patronat a son négociateur et les syndicats en ont également. Ceux-ci sont des parties prenantes chacune représentant son bord et essayant par diverses méthodes de faire passer son point de vue, ce qui n'est pas le cas du médiateur.

- **La conciliation** : elle se confond souvent à la médiation au point où certains textes en arrivent à dire que c'est la même chose et cela n'est pas toujours vrai. En effet, la conciliation « consiste dans l'intervention d'un tiers qui après avoir écouté les parties et raisonné leur point de vue leur propose une solution pour régler leur différend»[1058]. En d'autres termes, le tiers ici qui est le conciliateur a un rôle plus directif en ce sens qu'il propose des solutions aux parties sans les y contraindre, mais au moins, à la différence du médiateur il fait des propositions, c'est son rôle alors que le médiateur se limite à faire émerger les solutions par les parties. Cette différence est donc marquée tant dans les objectifs que dans la

---

1055 - Christopher W .Moore, The mediation process, practical strategies for resolving conflict, Jossey Bass 3rd Edition, p.52 , Traduction Libre

1056 - Dictionnaire USITO précité, Note 14

1057 - Arnaud Stimec, La négociation, 2eme Edition, Dunod 2011, p.11

1058 - Pour en savoir davantage aller au lien; fr.wikimediation.org

méthode et Stimec l'explique assez bien dans sa mise en perspective[1059]. Ainsi, concernant les objectifs, le médiateur a pour but selon cet auteur d'accompagner, d'éclairer sur l'origine du trouble et de responsabiliser, alors que la conciliation vise « à rétablir la bonne entente entre des personnes, dont les opinions, ou les intérêts s'opposent»[1060] donc à concilier. Quant à la méthode, la médiation recherche des préoccupations, encourage les parties dans la proposition d'idées répondant de préférence à toutes les préoccupations ou intérêts, alors que la conciliation fait appel au compromis et les propositions de compromis émanent du conciliateur. Le médiateur est neutre sur le fond, alors que le conciliateur fournir des avis fondés sur le bon sens, l'expertise, la perception de l'équité. On comprend alors que de nombreuses différences existent entre les deux et celles-ci entrainent une différenciation dans la construction des accords fondés sur le compromis (conciliation) ou prioritairement sur la créativité et la prise en compte des besoins (médiation)[1061]. Bien plus, la conciliation est liée à l'existence d'un conflit, pas la médiation[1062], ce qui amène à penser que même en l'absence d'une situation conflictuelle, la médiation peut se pratiquer notamment lorsqu'il s'agit de prévenir les conflits susceptibles de naitre dans une entreprise, elle pourrait alors consister à aider les parties syndicales et patronales à améliorer leur cadre de travail et à favoriser le dialogue entre employeurs et syndicats[1063] ce qui ne serait pas le cas avec la conciliation qui ne se met en branle que lorsque l'on fait face à un conflit.

- **La transaction** : du latin transactio «accord»[1064], se définit comme un contrat permettant de mettre fin à une contestation née, ou de prévenir une contestation à venir[1065]. Par sa nature, la transaction désigne un contrat ou un résultat et non un processus comme ce serait le cas en négociation ou en médiation[1066]. C'est en cela que la transaction se différencie de la médiation dans la mesure ou ici ce sont les avocats des parties qui vont discuter face à face, évaluer les chances de succès des actions des uns et des autres et mettre fin ou prévoir le règlement d'un conflit potentiel « en consentant des concessions réciproques»[1067]. On constate donc que dans cette hypothèse il y a absence d'un tiers neutre et ce sont les parties à travers leurs représentants qui négocient afin d'aboutir à une décision consensuelle par le biais de leurs concessions. Ainsi la transaction est essentiellement distributive[1068] dans la mesure où l'on s'attelle plutôt ici repartir son résultat en fonction des mérites des uns et des autres, les parties ne participent pas ici au processus décisionnel, mais prennent plutôt en

---

1059 - Arnaud Stimec, la médiation en entreprise, favoriser le dialogue, gérer les conflits, favoriser la coopération, Dunod 2011, 3 eme Edition, p.8

1060 - Dictionnaire Larousse en ligne www.larousse.fr/dictionnaires/francais

1061 - Arnaud Stimec, Note 15, p.9

1062 - Michele Guillaume- Hofnung, la médiation, PUF, 6eme Edition, Que sais-je 2012, p.77

1063 - La médiation préventive correspond à l'approche non contentieuse de la médiation, voir le lien suivant; http://fr.wikimediation.org/ voir au lien sur la médiation d'entreprise

1064 - Voir Dictionnaire USITO en ligne, Note 14

1065 - Pour en savoir plus se référer a; http://fr.wikipedia.org/wiki/Transaction

1066 - Arnaud Stimec, Note 15, p.6

1067 - Dictionnaire USITO précité, Note 14

1068 - Arnaud Stimec, Note 15, p.6

considération les avis de leurs conseillers. Par ailleurs, il est toujours fondamental de savoir que la transaction a toujours un objet pécuniaire[1069], ce qui n'est pas le cas de la médiation.

Les modes de médiation

La médiation perçue comme un moyen de gestion des conflits se présente sous deux formes principales à savoir la médiation judiciaire (1) qu'il conviendra de distinguer de la médiation extrajudiciaire ou privée (2).

B- La médiation judiciaire

La médiation judiciaire est le type de médiation qui est essentiellement du ressort des tribunaux. Au Québec, elle est plus connue sous le nom de conférence de règlement amiable et le code de procédure civile prévoit en première instance qu' « à toute étape de l'instance, le juge en chef peut, à la demande des parties, désigner un juge pour présider une conférence de règlement à l'amiable. (…). Le juge en chef peut également, de sa propre initiative, recommander aux parties la tenue d'une telle conférence. Si elles y consentent, il désigne alors un juge pour la présider»[1070]. Ainsi, la médiation judiciaire consiste notamment devant le juge de première instance, à régler le litige de manière amiable et pacifique alors même que l'affaire est pendante. Cette possibilité peut être mise en œuvre soit sur requête des parties soit à l'initiative du juge qui apprécie la nécessite d'en faire tenir une et ce tant qu'une décision au fond n'a pas été rendue tel que le suggère l'expression « a toute étape de l'instance». Quel sera alors le rôle du juge en pareille circonstance?

Pour Louise Otis « dans une salle de médiation, le juge favorise le consensus, à titre de négociateur neutre en permettant l'expression des normativités, des valeurs et des intérêts des parties»[1071]. Ce qui veut dire en d'autres termes qu'ici, le juge a un rôle de tiers négociateur qui va essayer de conduire les parties vers une solution négociée et acceptée de tous en tenant compte de leurs aspirations respectives, et en leur laissant le choix de la solution appropriée. Cette dernière est assez déterminante dans la mesure où elle est au cœur même de la conférence.

En effet l'objectif poursuivi dans le cadre d'une conférence de règlement amiable est clairement défini par le législateur québécois lequel prévoit qu'elle « a pour but d'aider les parties à communiquer, à négocier, à identifier leurs intérêts, à évaluer leurs positions et à explorer des solutions mutuellement satisfaisantes»[1072]. Ce qui veut dire qu'il s'agit d'organiser des échanges, des discussions entre les parties a un différend en instance avec comme finalité de pouvoir aboutir à des solutions gagnant gagnant, c'est-à-dire des solutions dans lesquelles aucune des parties ne se sent lésée, chacune étant satisfaite de la décision finale.

1069 - Michele Guillaume Hofnung, Note 18, p.79

1070 - Article 151.15 code de procédure civile du Québec

1071 - Louise Otis, la transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire, 8eme conférence Albert Mayrand, Montréal, Éditions Themis, 2005, p.21

1072 - Article 151.16 du CPC précité

La médiation judiciaire maintien les parties dans le processus, car après avoir saisi le juge en vue du règlement de leur différend par un procès, celles-ci « vont se réapproprier le litige dont elles s'étaient dessaisies et dans l'exercice de leur libre arbitre, vont tenter de le régler à la mesure de leurs intérêts »[1073]. Ce qui veut dire que ce sont bel et bien les parties qui décident de la solution finale à leur litige et cela dans une arène judiciaire. C'est d'ailleurs ce que semble confirmer Louise Otis pour qui le particularisme de ce type de médiation réside dans ce qu'elle est faite « au sein même de l'enceinte judiciaire et avec le concours du juge qui se dépossède de son pouvoir de dire le droit afin de laisser aux parties un espace normatif pour qu'elles déterminent leur propre décision »[1074]. Le juge concourt, apporte sa « petite contribution » pour le solutionnement du conflit, mais in fine, ce sont les parties qui décident de la voie à suivre et s'agissant du rôle du juge et de la justice qui en découle , Legault se veut assez clair en affirmant que « l'intervention du juge se concentre donc sur la justice négociée et donc sur l'équité plutôt que sur l'égalité selon la loi »[1075], ce qui veut dire que le juge ici ne va pas appliquer le droit, il n'est pas question de mettre les parties en situation d'équilibre légal, mais plutôt les laisser arriver à une solution par elles même. Par ailleurs la médiation judiciaire ou conférence de règlement amiable appliquée au Québec connait un succès retentissant. « En effet, le nombre de CRA est passé de 142 en 2001 à plus de 1500 en 2013 »[1076]. Ce qui semble témoigner de la vitalité de celle-ci dans la mesure où de plus en plus de parties font recours à elle pour le règlement de leurs différends. Certains pensent que ce succès est dû au rôle du juge qui se trouve dilué ici dans la mesure où il met simplement en œuvre l'équité, les parties restant maitresses du jeu vu que ce sont elles qui « chercheront à s'entendre sur les raisons de choisir telle ou telle option»[1077]. Ce qui nous permet alors de penser que l'on n'est pas assez loin de la médiation extrajudiciaire ou privée.

C- La médiation extrajudiciaire

Ce type de médiation à la différence de la précédente est celle qui est pratiquée hors des tribunaux, en dehors de l'instance[1078]. Au Québec, le projet de loi C-28 relatif à la procédure civile dans ses dispositions préliminaires[1079] reconnait, consacre et encadre les modes extrajudiciaires donc privés de règlement des différends, qui seraient différents des modes publics de règlement de différend notamment la conférence de règlement amiable. C'est-ce que confirme d'ailleurs Louise Lalonde pour qui une pareille « disposition témoigne du choix effectué par le législateur d'inclure à la procédure civile des modes qui relèvent du domaine privé, d'en affirmer l'existence et de les nommer comme étant des pratiques de la justice civile privée »[1080]. Autrement dit selon l'auteure

---

1073 - Louise Otis, Note 33, p.20

1074 - Idem

1075 - Georges A. Legault, « enjeux éthiques de la conférence de règlement à l'amiable», Revue de Prévention et de Règlement des Différends, faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke, Éditions Yvon Blais, Numéro spécial- la médiation judiciaire, vol 3 Numéro 1, hiver 2005, p.12

1076 - Me Emilie Therrien, « Tribunaux judiciaires; quoi de neuf a la cour supérieure? » dans Le Journal du Barreau du Québec, juillet 2013, p.33

1077 - George A. Legault, Note 37, p.21

1078 - Dictionnaire USITO en ligne, Note 14

1079 - Selon ces dispositions préliminaires, les modes de prévention et de règlement des différends…..

1080 - Louise Lalonde, Mémoire portant sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile, Commission des institutions de l'Assemblée Nationale, Novembre 2011, p.27

l'encadrement législatif des modes de prévention et de règlement des différends est une décision souveraine du législateur qui semble ainsi leur donner une place dans la réalisation de la justice, et ce de manière privée, portant atteinte ainsi à la conception régalienne de la justice qui veut que cette dernière ne soit que publique. Par ailleurs, le projet de code de procédure civile en gestation énonce en son article premier que «Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux.»[1081]. Ce qui revient à dire que les parties dans la quête d'une solution à leurs différends ne doivent pas prioritairement se tourner vers l'institution judiciaire, mais essayer plutôt de voir d'abord du côté des modes privés. Ceci exprime la volonté du législateur de faire éviter autant que possible aux parties un procès en bonne et due forme.

S'agissant des modes privés de prévention et de règlement des différends, ceux-ci sont constitués « principalement la négociation entre les parties au différend de même que la médiation ou (…) les parties font appel à l'assistance d'un tiers »[1082]. La médiation fait alors partie intégrante desdits modes et le tiers auquel il est fait référence ici est un médiateur. Ce dernier a pour rôle d'accompagner les parties à travers un processus dans la résolution de leur différend et cela suppose alors des habiletés professionnelles. Le médiateur n'est pas forcément un juriste, en effet, les parties ont la latitude de choisir comme médiateur « un administrateur, un architecte, un comptable, un évaluateur, un ingénieur, un médecin, un psychologue, un informaticien, un prêtre, un pompier, un agronome, un conseiller en relations industrielles»[1083]. C'est d'ailleurs ce que semble confirmer l'Institut de Médiation et d'Arbitrage du Québec[1084]à travers notamment son formulaire d'adhésion dans lequel il est expressément demandé au futur membre le domaine dans lequel il compte exercer comme médiateur et il doit choisir dans une liste comportant des domaines tels que : la construction, le franchisage, le manufacturier, le municipal, l'environnement, le sport, les technologies de l'information, les relations de travail, les ressources humaines, etc. Cette diversité de domaine d'exercice témoigne donc de ce que le médiateur n'est pas obligé d'avoir une formation en droit, son expertise dans un domaine fait de lui un médiateur possible dès lors que le respect du processus est assuré, on observe donc qu'il y a une certaine spécialisation dans de la médiation.

La médiation privée est volontaire, autrement dit ce sont les parties qui décident de manière souveraine de recourir aux services d'un médiateur en fonction de leurs besoins. L'institut de médiation et d'arbitrage du Québec précise que «Les parties sont dans un processus de décision volontaire, chacune d'elles faisant des choix libres et éclairés notamment quant au choix du médiateur, la détermination du processus, la participation ou le retrait du processus et l'élaboration des solutions.»[1085]. Par ailleurs,

---

1081 - Article 1 projet de loi 28 sur le CPC du Quebec

1082 - Article 1, alinéa 2 du projet de Code de procédure civile déposé au parlement du Québec en date du 30 avril 2013 par Me Bertrand St Arnaud, Ministre de la Justice du Québec

1083 - Sylvette Guillemard, « médiation, justice et droit: un mélange hétéroclite», les cahiers de Droit, vol. 53, Numéro 2, 2012, p.200

1084 - Ledit formulaire intitulé « Formulaire d'adhésion Médiateur et/ou Arbitre Accrédité » est disponible dans le site web de l'IMAQ (en ligne), http://www.imaq.org/wp-content/uploads/2013/03/Formulaire-adh%C3%A9sion_IMAQ_.pdf

1085 - Article 3.1.1 du Code d'Éthique des médiateurs disponible (en ligne) sous le lien suivant http://www.imaq.org/wp-content/uploads/2010/07/Code-ethique-des-mediateurs19-avril-2007.pdf

des nombreux auteurs mettent en exergue l'aspect purement volontaire de la médiation[1086]. Les parties à la médiation à travers leur volonté sont les chiens de chasse du processus dans la mesure où vu qu'elles décident librement d'y participer, elles peuvent également volontairement décider de le quitter.

Eu égard à ce qui précède, force est de constater que la médiation en tant que pratique fait appel à des connaissances particulières dans la mesure où il s'agit de mettre en œuvre un processus. La médiation mérite alors d'être distinguée des notions telles que la transaction, la négociation, la conciliation et peut prendre une forme judiciaire comme c'est le cas au Québec et là on parle de la conférence de règlement amiable ou revêtir une forme extra judiciaire dans la mesure où ce sont les parties elles-mêmes en dehors des tribunaux qui la gèrent. Dès lors, nous pensons que la médiation pourrait être mise en œuvre dans l'espace OHADA.

II- LA MISE EN OEUVRE DE LA MÉDIATION DANS L'OHADA

Lorsque les pères fondateurs de l'OHADA décident en 1993 de la création de cet espace économique à travers des règles juridiques communes, ils sont bien conscients de ce que leur œuvre est perfectible. Ainsi en envisageant l'arbitrage comme moyen par excellence de règlement extrajudiciaire des conflits, ils ne ferment pas la porte aux autres modes de règlement, car ils sont sans ignorer que la médiation puise ses racines en Afrique. Aussi nous apparait –il nécessaire d'examiner la question de son effectivité notamment dans l'espace OHADA (A), son champ d'application qui semble bien s'étendre aux matières prévues par le traité (B) et son particularisme qui a notre avis peut contribuer à l'essor du traité (C).

B- L'effectivité de la médiation dans l'espace OHADA

La promotion de l'arbitrage par le traité de l'OHADA au détriment de la médiation, n'a pas permis à cette dernière de connaitre un certain essor. Mais de nombreux pays membres du traité disposent des centres de médiation (1), mais dont l'activité ne va pas sans poser quelques problèmes (2)

c- L'existence des centres de médiation

Le préambule du Traité énonce la nécessité pour les états membres de mettre sur pied des règles simples, modernes et adaptées dans l'optique de faciliter les activités des entreprises. La médiation correspond qualitativement à cette description des règles dans la mesure où il s'agit d'un mode de règlement de différend moins couteux, rapide et confidentiel (nous analyserons ces caractéristiques plus tard). Celle-ci en effet a notre avis à un rôle important à jouer non seulement dans l'essor de l'investissement, mais aussi dans le développement des entreprises dans l'espace OHADA. L'absence de codification de la médiation par le législateur communautaire n'a pas empêché qu'elle fasse son entrée dans cet espace. En effet on a pu constater que ces dernières années ont

---

[1086] - Pour Pierre Yves Monette , dans De la médiation comme mode de résolution des conflits et de ses différentes applications, la médiation s'inscrit « par définition dans une logique purement volontariste»,p.55, Charles Jarosson quant à lui pense que « la médiation s'organise assez largement sur la base de la volonté des parties et bénéficie donc de la liberté contractuelle», dans «médiations», Dictionnaire de la culture juridique, Paris, PUF, 2003, p.1009-1012

germé des centres de médiation et de conciliation dans de nombreux pays membres du traité. Aussi peut-on citer entre autres;

- Le centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation du Bénin,
- le centre national d'arbitrage de conciliation et de médiation de la RDC
- le centre de conciliation et d'arbitrage du Mali
- le centre d'arbitrage de Cote d'Ivoire
- Le centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation d'Ouagadougou.

- Le Centre d'Arbitrage, de Médiation et de Conciliation de Centrafrique (CAMC-CA)

- Le Centre Permanent d'Arbitrage et de Médiation du Cameroun, etc.

On note alors que tous ces centres disséminés à travers les pays fonctionnent sur la base des règlements de médiation et au plan institutionnel, disposent généralement de la même structure à savoir un Secrétariat permanent ou d'un secrétariat administratif qui remplit les mêmes fonctions. Ils ont généralement pour but de mettre en œuvre les procédures de médiation et mettant à la disposition des demandeurs des locaux et toute l'ingénierie nécessaire. Certains centres comme le CPAM du Cameroun fixent clairement le cap de leurs interventions en précisant que celle-ci se situe essentiellement dans le cadre des litiges contractuels[1087] ce qui veut dire que les différends extracontractuels tels que l'ambiance relationnelle ne relèvent pas de son domaine, or le médiateur peut également intervenir dans ce cas (le règlement des différends extracontractuels fera l'objet d'une analyse infra). Malgré leurs opérationnalités les centres de médiation ne produisent pas toujours les résultats escomptés et pour démontrer cet état de choses nous allons nous servir du centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Ouagadougou qui est l'un des plus actifs et qui fait montre d'une forte divulgation de l'information.

En effet, un examen des statistiques publiées par le Centre d'Arbitrage, de Médiation et de conciliation de Ouagadougou[1088], nous renseigne que de sa création en 2007 jusqu'au mois de mai 2013, 184 requetés de médiation lui ont été présentés pour une enveloppe globale de 7,98% du montant total de ses transactions durant cette période, ce qui a notre avis semble assez encourageant dans la mesure ou la médiation dans le domaine des affaires est presque inconnue a contrario de l'arbitrage et mérite pour cela non seulement une sensibilisation des acteurs, mais aussi une plus grande célérité dans la mesure ou les requêtes en attentes dans ledit centre se situent autour de 146 pour 38 ententes conclues ce qui laisse croire qu'il y existerait des requêtes datant de 5 ans au moins. Ce qui est dangereux dans la mesure où cela nous permet de repenser que l'on se situe là dans les maux déjà dénoncés concernant le recours aux tribunaux et dans une certaine mesure à l'arbitrage.

L'existence des centres de médiation témoigne d'un mouvement encore embryonnaire en faveur de cette pratique qui n'a pas été prise en compte par le législateur OHADA au moment de la création de la CCJA dans laquelle il aurait pu prévoir

---

1087 - Pour plus de détails sur le CPAM le lien suivant est utile; www.**cadev**droit.org

1088 - Pour en savoir davantage bien vouloir se référer au site du Camco; http://www.camco.bf/Decouvrir-le-CAMC-O

une chambre spéciale à cet effet. La multiplicité des règlements propre à chaque centre, la multiplication de ces derniers, l'absence criarde d'encadrement de cette pratique par les lois étatiques semblent inviter le législateur communautaire à prendre la mesure de la chose notamment la nécessité d'organiser cette pratique à travers un acte uniforme ou une loi type qui pourrait avoir comme base de travail les différentes normes édictées par lesdits centres. Un tel travail contribuerait à coup sûr à entrainer une professionnalisation de cette pratique en Afrique.

d- La nécessaire professionnalisation de la médiation en Afrique

La question de la médiation en Afrique ne va pas sans problèmes, en effet beaucoup de personnes estiment entre autres que ce continent n'a pas besoin d'organiser de manière spécifique la médiation parce qu'il y existe des racines de la médiation. Celles-ci sont manifestes depuis la nuit des temps avec notamment l'arbre à palabre dans nos villages ou le chef assisté de ses notables essayait à sa manière de résoudre les litiges de sa contrée. S'agissant spécifiquement du traité OHADA, d'aucuns pensent que bien que n'ayant pas abordé la question de la médiation, il ne l'a pour autant pas interdite et ce qui n'est pas interdit est permis dit-on souvent. Autrement dit la médiation est bel et bien présente dans l'espace OHADA, n'est-elle pas exercée par des avocats, des magistrats, des enseignants des facultés de droit et en dehors du domaine des affaires par des autorités morales comme des religieux ou même encore des hommes politiques de haut niveau. Face à tout cela, il nous a semblé nécessaire d'adopter une posture différente, car si nous sommes d'accord que l'Afrique a bien des racines de la médiation, que les esprits y sont ouverts à la médiation et que celle-ci s'y pratique depuis des lustres, et ce dans les diverses strates des sociétés africaines, force est de constater et nous l'affirmons, qu'il s'agit essentiellement de la médiation traditionnelle.

En effet, celle-ci se situe au plan sociologique dans l'approche holiste de la société ou la dimension hiérarchique est une donnée majeure de l'ordre social[1089] et c'est selon cette logique que se pratique la médiation en Afrique. Le chef du village a une autorité qui lui est conférée par son trône et les ancêtres, le professeur d'université par son magistère et ses grades, le magistrat par son imperium, l'avocat par sa connaissance technique du droit et son serment, les hommes politiques par leur statut et leadership et les hommes de foi par leur autorité née de la déférence qu'ils inspirent dans leur rapport avec la divinité ou l'absolu, tous pratiquent bel et bien la médiation traditionnelle. Cette dernière généralement ne laisse pas une grande marge de participation à l'individu, ce qui est contraire d'ailleurs aux fondements de la médiation ou les solutions viendraient des parties elles même. Ce qui peut de notre avis justifier les multiples échecs des médiations politiques dans de nombreux pays africains où les consensus politiques sont dès les lendemains de leur signature systématiquement remis en cause[1090]. Or, la société

1089 - Fathi Ben Mrad, « à propos du développement des modes alternatifs », Revue de Prévention et de Règlement des Différends, faculté de Droit de l'Université de Sherbrooke, Éditions Yvon Blais, vol 6 Numéro 1, hiver 2008, p.51

1090 - Seulement pour 2013, de manière limitative citons les accords suivant qui ont volé en éclat juste après leur signature dans quelques pays OHADA : Accord de Libreville entre le Gouvernement de Francois Bozizé de la Centrafrique et les rebelles de la SELEKA, le Mali avec les rebelles du MNLA, les accords de Kampala entre le gouvernement de RDC et le M23 etc.

moderne est marquée par l'individualisme, l'homme étant le maitre de sa vie et devant dès lors participer à la gestion des conflits l'interpellant la médiation traditionnelle se doit de céder le pas à la médiation professionnelle.

Celle-ci fait alors appel à une formation spécifique en médiation et d'importantes connaissances et compétences en matière de résolution des conflits[1091]. Dans cette perspective, la pratique professionnelle de la médiation se situe au confluent de la psychologie, du droit, de l'éthique et de la communication. Tous ces éléments réunis aboutissent à « une approche intégrée qui reconnait le lien étroit entre les trois principaux attributs de la résolution des différends »[1092]à savoir; les attitudes, le processus et les habiletés.

C'est dans ce contexte que l'on peut situer le développement des programmes universitaires dans les universités nord-américaines. Il n'est pas inopportun à cet effet de parler de la Harvard Law School qui a développé tout un programme en rapport avec la justice participative qui intègre la médiation et la négociation[1093]. On ne saurait oublier les très courus « worskshop » d'une session qui y attirent chaque année de nombreux participants venus s'imprégner des rudiments de ces pratiques professionnelles que sont la négociation et la médiation. Par ailleurs dans le monde francophone le chef de file dans le domaine est bel et bien l'Université de Sherbrooke à travers son programme de Prévention et de Règlement de Différends[1094]. Dans cette université s'est développé un véritable laboratoire de justice participative connu sous le nom d' « École de pensée de Sherbrooke » avec une Maitrise LLM spécialisée menant au doctorat avec près de 600 heures de formation. Il s'agit alors de comprendre que cette pratique professionnelle qu'est la médiation a un fondement théorique assez important et son impact se ressent au quotidien dans l'exercice de la pratique par les médiateurs. Ce qui nous amène à demander aux uns et aux autres qui définissent des fondements traditionnels ou coutumiers, voire religieux, à la médiation de reconsidérer leurs positions, car cela risque de brouiller les pistes qui se dessinent actuellement et qui prouvent que la médiation s'intègre bel et bien dans le domaine d'application du traite de l'OHADA.

B- Le champ d'application de la médiation

La médiation est peut être mise en œuvre dans le champ des matières limitativement énumérées par le traité de l'OHADA et qui sont du domaine des affaires notamment les sociétés, le commerce, la vente, les transports, le recouvrement des créances, le respect

---

1091 - Linda Berubé, médiation concepts fondamentaux, recueil de textes programme de prévention et de règlement des différends, Hiver 2013, module 2, p.7

1092 - Jamie Chicanot et Gordon Sloan, la pratique de la médiation, aider les personnes a trouver leurs propres solutions avec compétence, ADR EDUCATION 2eme édition, p.1

1093 - A ce sujet voir le site de l'Université de Harvard dans le Massachussetts et au lien de la Harvard Law School http://www.law.harvard.edu/index.html , puis dans celui de la Harvard Negociation and Mediation Clinical Programhttp://blogs.law.harvard.edu/hnmcp/

1094 - Les programmes de Prévention et de Règlement des Différends (PRD) de l'Université de Sherbrooke sont reconnus dans le monde eu égard à la qualité de la formation et des formateurs qui sont des experts de haut niveau http://www.usherbrooke.ca/droit/programmes/deuxieme-cycle-type-cours/prevention-et-reglement-des-differends-prd/ et on y retrouve uniquement les cycles supérieurs soit une Maitrise, un DESS, et un microprogramme.

des droits des travailleurs[1095], les droits des travailleurs. Tous ces domaines entrent dans la médiation économique c'est-à-dire celle qui a trait essentiellement au monde des affaires dans la mesure où cette pratique professionnelle est assez fragmentée. Par ailleurs les statistiques du CAMC-O attestent également de cette diversité des domaines de la médiation[1096], on y retrouve pêle-mêle les domaines tels que l'immobilier, la construction, les transports, le commerce, les banques, etc. Dans le cadre de cette étude, nous choisissons de restreindre notre travail à l'examen successif de la médiation commerciale (1) que nous distinguerons de la médiation d'entreprise (2).

c- La médiation commerciale

La conflictualité est un élément important dans la typologie de la médiation. En effet c'est en fonction du type de conflit que l'on pourra facilement déterminer dans quel type de médiation nous devons nous situer. La médiation commerciale est relative aux « conflits externes qui touchent les relations de l'entreprise avec ses clients et ses interlocuteurs politiques, administratifs et financiers»[1097]. Ce qui veut dire que dans le cadre de ce type de médiation, les conflits naissent des rapports qu'entretiennent les entreprises avec des acteurs qui participent à sa vie au quotidien, mais qui ne sont pas au sein de l'organisation. Il s'agit de résoudre entre autres des « conflits de nature commerciale entre commerçants ou entre un commerçant et un non commerçant»[1098]. Ces conflits peuvent généralement être de nature contractuelle telle que; la livraison hors délai d'une marchandise, la défectuosité, les vices cachés, les problèmes entre franchiseur et franchisés, le paiement d'une créance échue auprès d'une banque ou encore le paiement des factures. Dans ce dernier cas, nous avons cet exemple lié au non-paiement des factures par l'entreprise AES Sonel au Cameroun qui a donné lieu à une grève des sous-traitants le 28 janvier 2013[1099]. Dans leurs récriminations, les sous-traitants exigeaient que les arriérés des factures soient payés. Les différends peuvent également concerner les rapports avec les administrations notamment en ce qui concerne le paiement des impôts et taxes diverses ou face à un redressement fiscal contesté, les parties peuvent convenir de saisir un tiers en vue du règlement du différend au lieu d'utiliser les prérogatives de puissance publique reconnues à l'administration publique. Dans cette dernière hypothèse, le médiateur ne fait pas partie de l'administration publique, il est un externe choisi eu égard à sa compétence.

Le recours à la médiation commerciale peut se justifier par la volonté des parties de garantir leurs relations d'affaires au-delà du conflit ponctuel, relationnel ou matériel qui les oppose[1100], il s'agit alors pour les parties d'aboutir à une solution mutuellement acceptable autrement appelée « gagnant gagnant » qui s'opposerait à la solution « gagnant perdant » mise en œuvre devant les tribunaux et en arbitrage. Cette approche présente de nombreux avantages que sont entre autres que; personne ne perd ni dans le

---

1095 - Article 2 du Traité de l'OHADA fixant les matières qui sont du domaine du traité

1096 - Pour voir les domaines de la médiation les données au 31 décembre 2012 sont consultables au lien suivant http://www.camco.bf/DONNEES-STATISTIQUES-DU-1er,172

1097 - Jacques Faget, voir Note 9, p.260

1098 - Pierre Yves Monette, voir Note 45, p.64

1099 - AES SONEL est la société de production et de distribution de l'énergie électrique au Cameroun. Ses sous-traitant sont entre en grève http://www.auroreplus.com/index. php?option=com_content&view= article&id=861:dissuasion-menace-de-greve

1100 - Jacques Faget, Note 9, p.265

processus de résolution ni dans le résultat qui en découle, le conflit est résolu à sa source puisque les causes premières en sont la cible, le processus de résolution des conflits est fondé sur le libre choix des parties, une telle décision rapproche les parties et les amène à conclure d'autres accords parallèles sur des conflits à venir[1101]. On constate donc qu'en adoptant la médiation en vue de résoudre les conflits, les parties peuvent améliorer leur relation d'affaires et s'entendre dans le cadre d'autres affaires.

d- La médiation en entreprise

En entreprise, la médiation sert à régler en interne les conflits. Ici la médiation encore appelée médiation organisationnelle va porter « sur les différents conflits qui peuvent se vivre dans l'organisation »[1102] le conflit se comprend comme « une situation de désaccord entre au moins deux acteurs qui visent un objectif ou des enjeux communs qui les conduisent à s'opposer »[1103]. De cette définition, nous nous rendons compte que pour qu'il ait un conflit, il y a trois éléments à prendre en considération à savoir : l'existence d'un désaccord, la présence au moins de deux acteurs et une opposition à cause des enjeux communs. Fiutak est d'ailleurs assez clair lorsqu'il dit qu' « il y a conflit lorsque des individus ou des groupes entrent en compétition pour défendre les mêmes intérêts, guidés par les motivations et/ou des objectifs plus ou moins incompatibles »[1104]. Ce qui veut dire que pour qu'il ait conflit il faut que deux personnes ou deux groupes soient en mésentente au sujet de quelque chose laquelle serait un enjeu qui les amènera à entrer en conflit. Au sein de l'entreprise, les conflits peuvent être de nature contractuelle ou extracontractuelle (ambiance relationnelle).

Les conflits de nature contractuelle sont les plus récurrents et se résument en des « conflits collectifs entre direction et syndicats, de conflits hiérarchiques de pouvoir entre diverses catégories de personnels, de conflits entre direction et employés a l'occasion d'un licenciement, d'un refus de promotion, de mutation, ou d'augmentation de salaire…»[1105], on peut alors constater ici que le conflit va mettre en jeu les questions d'autorité, de respect des droits, etc. Aux fins d'illustration, prenons un exemple de conflit qui parle aux pays membres de l'OHADA désormais nombreux à être producteurs de mines : la grève de Marikana. Il s'agit de la grève des mineurs sud-africains qui débute le 10 aout 2012, ceux-ci revendiquant un triplement de leur salaire. La société Lonmin[1106] propriétaire de la mine de Marikana en réponse leur adresse un ultimatum leur ordonnant de reprendre le travail sous peine de licenciement[1107], celui-ci est rejeté

1101 - Paul Martin, Au cœur de l'accord, Une approche «gagnant-gagnant» pour dénouer vos conflits, Les Éditions Logiques, 2013, p.172-174

1102 - Louise Lalonde et Georges A. Legault, « La médiation organisationnelle : une intervention spécifique aux organisations? Quelques réflexions préliminaires », Revue de Prévention et de Règlement des Différends, vol 2, Numéro 3, 2004, p.23

1103 -Christine Marsan, Gérer les conflits de personnes, de management, d'organisation, Dunod, Paris, 2005, p.16

1104 - Thomas Fiutak, le médiateur dans l'arène, réflexion sur l'art de la médiation, Eres 2012, p.114

1105 - Jacques Faget, Note 15, p.263

1106 - Lonmin Plc, géant de l'exploitation minière est une société britannique cotée à la bourse de Londres et de Johannesburg : http://www.liberation.fr/monde/2012/08/17/plus-de-trente-morts-dans-des-affrontements-en-afrique-du-sud_840235

1107 - Sur la menace de licenciement des mineurs de Lonmin à Marikana bien vouloir consulter le lien suivant http://www.lexpress.fr/actualite/massacre-en-afrique-du-sud-les-mineurs-grevistes-menaces-de-licenciement_1150677.html

par les mineurs qui maintiennent leur grève malgré l'intervention de la police[1108]. Cette dernière en début d'après-midi du 16 aout ouvre le feu sur les manifestants surexcités, le bilan est lourd, 34 morts et 78 blessés[1109]. Malgré les morts Lonmin le 19 aout adresse un nouvel ultimatum aux mineurs pour une reprise de travail le 20 aout, ultimatum une fois de plus rejeté[1110]. Les conséquences sont graves; le président Zuma met sur pied une commission d'enquête[1111] et décrète une semaine nationale de deuil[1112]. Les mineurs vont alors en solidarité à ceux de Marikana paralyser le secteur minier sud-africain : 10 septembre 2012, débrayage de 15000 mineurs de la Goldfield[1113], 12 septembre les mineurs du secteur de la platine du géant Amplats bloquent l'accès aux mines de platine à Rustenburg[1114] et avant cela il y avait eu des protestations à Auckland en Nouvelle-Zélande ou l'ambassade sud-africaine fut attaquée aux pots de peinture[1115].

Cet exemple illustre à merveille un conflit dans lequel on retrouve le cocktail explosif de tous les éléments contenus dans la définition du conflit. Ainsi les mineurs revendiquent une plus grande répartition du fruit de leur travail, ce à quoi s'opposent les patrons, ce qui a pour effet d'entrainer une radicalisation de part et d'autre avec des parties prêtes à en découdre à cause d'un besoin non résolu, car les conflits émanent souvent « essentiellement de nos besoins comblés ou non et du choc entre les nôtres et ceux des autres»[1116] et il s'agit ici d'un conflit de nature contractuelle entrant dans la catégorisation des conflits susmentionnée, dans la mesure où la demande est relative à l'augmentation des salaires. L'approche est très importante face à une telle situation, car le type d'approche choisie « aura inévitablement un impact direct et immédiat non seulement sur l'attitude et le comportement de l'autre, mais aussi sur le dénouement lui-même»[1117]. Ce qui veut dire que la façon avec laquelle on apporte une réponse à un conflit déterminera la réponse de celui qui est en face. Dans le cas de Marikana, la direction a choisi la confrontation et les mineurs en ont fait de même et c'est ce choc qui a abouti à des conséquences désastreuses.

[1108] La police tente de disperser les manifestants de Marikana, http://www.rtbf.be/info/monde/detail_afrique-du-sud la-police-tente-de-disperser-les-grevistes-de-marikana-par-la-force?id=7822913

[1109] -Sur le massacre de la mine bien vouloir se référer au lien suivant http://www.liberation.fr/monde/2012/08/17/plus-de-trente-morts-dans-des-affrontements-en-afrique-du-sud_840235

[1110] L'échec de la poursuite des négociations référer au lien; http://www.lepoint.fr/monde/massacre-de-marikana-apres-le-massacre-le-bras-de-fer-reprend-19-08-2012-1497193_24.php

[1111] - sur la mise sur pied d'une commission d'enquête; http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-19301690

[1112] - la nation est sous le choc d'où le deuil national : http://www.lepoint.fr/monde/massacre-de-marikana-une-semaine-de-deuil-national-en-l-afrique-du-sud-19-08-2012-1497186_24.php

[1113] http://www.20minutes.fr/economie/1000618-afrique-sud-nouvelle-greve-mine-bras-fer-marikana

[1114] - la contagion de la grève dans les mines de platines en Afrique du sud est analysée au lien suivant : http://tempsreel.nouvelobs.com/monde/20120912.AFP8553/afrique-du-sud-l-agitation-s-etend-dans-les-mines-de-platine-et-menace-l-armee.html

[1115] - Sur la protestation à Auckland : http://www.3news.co.nz/Auckland-protest-against-South-Africa-shooting/tabid/1607/articleID/265923/Default.aspx

[1116] - Paul Martin, Note 57, p.45

[1117] - Id, p.41

Lorsqu'une structure fait face à une crise de cette nature, « l'équilibre interne de l'organisation est perturbé »[1118] dans la mesure où c'est toute l'entreprise qui se retrouve affectée. Ainsi, les secteurs clés[1119] de l'entreprise touchés peuvent se classer comme suit avec leurs conséquences : l'organisation; en période de crise il y a « concentration de ses énergies sur les fonctions vitales, certaines activités sont abandonnées »[1120], ce qui veut dire que l'on ne se concentre que sur ce qui peut permettre à l'entreprise de survivre en terme de fonctionnement, au niveau du pouvoir décisionnel, on est essentiellement focalisé sur la gestion de la crise et on va mettre en branle un plan de gestion de crise. Concernant la communication, le système de circulation de l'information devient moins fluide, se plaçant en mode défensif ou de coopération aucun responsable ne veut prendre le risque de communiquer sur quoi que ce soit. A cet effet, l'image publique de l'entreprise est affectée, sa réputation, sa notoriété, sa visibilité et sa responsabilité[1121], la gestion d'un conflit permettant d'avoir une idée sur le type de management en cours au sein d'une entreprise. Quant aux finances, de nombreuses ressources financières sont mobilisées, la gestion du personnel devient difficile dans la mesure où la force de travail et de développement est paralysée, il y a démobilisation, il y a de l'agitation, etc.

Dans le cas de Marikana, ces conséquences se sont presque retrouvées là; l'image écornée de l'entreprise Lonmin avec pour effet la chute du cours de ses actions en bourse[1122], la paralysie du secteur des mines avec des effets sur l'économie, les pertes en vie humaine, blessures, réticence des investisseurs à venir dans un tel pays au point où le président est obligé de les rassurer,[1123] etc. On constate alors que les conflits entre employeurs et employés peuvent avoir des effets désastreux que Jean Poitras résume mieux lorsqu'il estime que les conflits organisationnels « peuvent nécessiter la mobilisation massive de ressources administratives, mener à l'engagement de frais juridiques démesurés, voire même alimenter des ressentiments susceptibles de mener à une grève »[1124] et Marie Chantal Deetjens confirme cet état de choses lorsqu'elle dit que les crises « perturbent l'organisation et relèguent au second plan les activités de gestion habituelle. Elles monopolisent les gestionnaires et toutes les actions convergent vers la résolution de la crise. La productivité est affectée et la survie de l'organisation est mise en péril.»[1125], comme dans les cas que nous venons d'évoquer ou la force n'aura rien résolu, mais plutôt radicalisé une partie et dès lors la médiation est un rempart.

1118 - Marie Chantal Deetjens, Gérer et résoudre les conflits, gestion de crise, de l'affrontement a la coopération, 2013, p.30

1119 - Marie Chantal Deetjens compartimente l'entreprise selon sept secteurs clés et démontre de manière non exhaustive les conséquences selon les secteurs, Note 74, p.33

1120 - ibid

1121 - Marie Chantal Deetjens, Note 74, p.32

1122 - les actions de la Lonmin ont chuté de 5% à la bourse de Johannesburg selon la BBC, www.bbc.co.uk/afrique/region/2013/05/130514_lonminstrike.shtm

1123 - Face aux spasmes qui secouent le secteur minier, Zuma monte au créneau se referer au lien :http://www.rfi.fr/afrique/20130531 -afrique-sud-jacob-zuma-veut-rassurer-investisseurs

1124 -Jean Poitras, Évaluer les coûts associés aux conflits organisationnels, lundi 16 Mai 2011dans son blog http://www.jeanpoitras.com/

1125 - Marie Chantal Deetjens, Note 74, p.45

En effet, celle-ci doit de plus en plus s'intégrer dans « la gestion des relations de travail au sein des organisations, tant dans les secteurs public que privé »[1126]. La médiation est généralement mobilisée lorsque les arguments d'autorité ou les sources règlementaires et organisationnelles (par exemple une direction des ressources humaines) ne suffisent pas pour entrevoir une sortie satisfaisante du conflit[1127]. Le médiateur va alors essayer de rapprocher les deux parties, les écouter, les amener à négocier et essayer de traiter tous les aspects du conflit y compris les émotions et blessures morales afin d'éviter la récurrence de celui-ci. Aborder le conflit dans toutes ses dimensions fait en sorte que « la résolution qui s'en suit est alors complète et définitive. Il ne s'agit pas d'une simple trêve ou d'un cessez-le-feu temporaire »[1128], dans une telle perspective les hypothèses de résurgences sont assez minces. Mais dans le cas de Marikana, malgré l'accord salarial intervenu le 25 octobre 2012, on note une certaine réapparition près d'un an après de certaines revendications, dans la mesure ou le 14 mai 2013, on a de nouveau assisté à un débrayage des salariés de Lonmin qui revendiquent toujours une augmentation de salaire et ce après la mort d'un syndicaliste[1129], preuve que le conflit n'a pas été profondément résolu.

S'agissant des conflits de nature extracontractuelle, ils touchent à l'ambiance relationnelle au sein de l'entreprise. Ils ont des sources diverses telles que les fusions, acquisitions, restructurations, etc. En plus avec la circulation des populations, les échanges internationaux avec une forte multinationalisation, on retrouve au sein des entreprises une diversité culturelle, ethnique, religieuse et linguistique le personnel provenant souvent de pays et des continents différents. Cela peut générer un entremêlement et parfois des chocs qui vont entrainer une tension relationnelle. En effet, « appartenir à une culture ou non est une condition que l'on ne peut pas changer rapidement»[1130], ce qui veut dire que des conflits relationnels peuvent naitre simplement à cause des différences culturelles au sein d'une organisation, mais aussi des conflits interpersonnels ou même personnels. Dans de telles circonstances, il est alors nécessaire pour l'entreprise de recourir à « des médiations interculturelles pour transformer en richesse ce qui souvent constitue un frein à son développement»[1131]. En effet, la médiation interculturelle permet dans un contexte d'analyser et de prendre des décisions réfléchies, éthiques, et ce de manière critique susceptible de faciliter la cohabitation entre citoyens de diverses appartenances. Au demeurant, dans une entreprise en cas de conflit, il est nécessaire que les parties se parlent, mais il faut aller au-delà de la communication pour les résoudre durablement, d'où pour certains « l'avenir de la médiation en entreprise se trouve dans leur prévention par une meilleure communication et dans la stimulation de la coopération des éléments qui la constituent»[1132].

1126 - Louise Lalonde et Georges A. Legault, Note 58, p.2

1127 - Jacques Faget, Note 9, p.263

1128 - Paul Martin, Note 57, p.172

1129 - Sur la nouvelle grève de 2013 à Marikana voir le lien suivant http://www.jeuneafrique.com/actu/20130514T073542Z20130514T073537Z/afrique-du-sud-les-mineurs-de-lonmin-en-greve-apres-l-assassinat-d-un-syndicaliste.html

1130 - Thomas Fiutak, Note 60, p.196

1131 - Michele Guillaume- Hofnung, Note 18, p.42

1132 - Ibid

C- Le particularisme de la médiation

La particularité de la médiation réside principalement au niveau de ses avantages qui peuvent se résumer au tryptique confidentialité(1), rapidité et faiblesse des couts (2) et survivance de la relation d'affaires (3).

c- La confidentialité

Elle est un élément essentiel de la médiation[1133] dans la mesure où dans les milieux des affaires, les parties doivent se sentir en sécurité eu égard à diverses informations. En effet la confidentialité de la médiation est importante pour les entreprises, car elle assure une meilleure protection des secrets de fabrication, des données sur les couts de production et de tous les autres renseignements financiers qui seraient rendus publics en cas de procès[1134] et les parties se doivent d'être rassurées. Si les parties sont inquiètes à ce sujet, on risque d'accroitre la rétention d'information[1135], ce qui aura pour effet de fausser la médiation, car toutes les informations ne seront pas alors dévoilées. L'obligation confidentialité est consacrée en matière de médiation commerciale par Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale qui prévoit que «Sauf convention contraire des parties, toutes les informations relatives à la procédure de conciliation doivent demeurer confidentielles…»[1136], par ailleurs au Québec, le code éthique des médiateurs oblige à la confidentialité lorsqu'il prévoit que «Le médiateur, les parties, ainsi que toute personne ayant pris connaissance d'un fait ou d'un renseignement au cours ou à l'occasion de la médiation, doivent respecter son caractère confidentiel.».[1137]On peut alors déduire ici que la confidentialité s'impose non seulement au médiateur, mais aussi aux parties et même à tout autre tiers ayant participé à la médiation. La responsabilité du médiateur est absolue[1138], ce qui veut dire qu'en principe rien ne doit permettre la remise en cause de la confidentialité tant de son côté que de celui des parties. La responsabilité des parties ici consiste à s'engager à ne pas divulguer les informations auxquelles ils auraient eu accès dans le cadre de la médiation et de ne pas les utiliser dans une autre instance même si la médiation venait a échoué. Comment le médiateur assure-t-il la confidentialité de la médiation?

La confidentialité est assurée par le médiateur qui peut montrer son attachement à celle-ci en validant à la fin de chaque entretien ce qui est du domaine du confidentiel, et ce qu'il peut faire circuler[1139]. Le médiateur en le faisant est sûr qu'avec les parties il est sur la même longueur d'onde. Par ailleurs le médiateur peut dès le début de la médiation expliquer aux parties ce qu'elle est et l'inclure dans l'entente de service qu'elles signent. La confidentialité évite donc de porter sur la place publique des problèmes liés aux organisations, et est capitale notamment « lorsque la connaissance du conflit par les milieux professionnels risquerait de porter préjudice à l'image de l'un ou des deux

---

1133 - Thomas Fiutak, Note 60 , p.171

1134 - Helene De Kovachich, Howie Clavier, Marisa Esposito, Pierre Renaud, Guide pratique de la médiation, carswell, 1997, p.31

1135 - Arnaud Stimec, Note 15, p.26

1136 - Art 9 de la Loi type de la CNUDCI sur la conciliation commerciale internationale

1137 - Art 3.8.3 du code des médiateurs de l'Institut de Médiation et d'Arbitrage du Québec

1138 - Thomas Fiutak, Note 60, p.173

1139 - Arnaud Stimec, Note 15, p.26

partenaires»[1140], de faire une publicité négative sur les entreprises comme ce fut le cas dans la mine de Marikana ou le durcissement de la grève a entrainé des conséquences en cascades comme la chute du prix de l'action de Lonmin ou par effet domino une grève dans la mine de platine. In fine le principe de confidentialité « crée un climat de confiance (…) il protège les intérêts des partenaires»[1141].

d- La rapidité et la modicité des couts

Un processus moins long et moins couteux est un des avantages de la médiation[1142], en effet par rapport aux modes juridictionnels de règlement de différends, la médiation a cet avantage de pourvoir dénouer assez rapidement les litiges et ce à moindre cout. Pour les opérateurs économiques, les délais sont assez importants dans la mesure où ils sont tenus par des commandes et autres contraintes liées au monde des affaires et la durée d'un conflit n'est pas en leur avantage. À titre d'exemple,« au Gabon, il faut compter 1 070 jours pour la résolution d'un litige commercial devant le Tribunal de première instance de Libreville »[1143], en Côte d'Ivoire, il faut onze mois pour obtenir un jugement dans une affaire commerciale et treize mois et demi pour le faire exécuter soit près de 24 mois pour trancher un litige commercial[1144] tandis qu'au Cameroun les délais sont de près de 800 jours[1145], tous ces exemples rendent compte de ce que les litiges à résoudre devant une juridiction durent pas moins de deux ans et demi dans l'espace OHADA. Ce qui a notre avis est assez long, car avec de tels délais l'entreprise a le temps de péricliter sans que l'affaire ait été tranchée et par ailleurs plus l'affaire dure, plus elle entraine des émoluments pour les avocats chargés de s'en occuper. De telles contraintes ne sont pas existantes avec la médiation dans la mesure ou « les heures et les dates des séances de médiation sont déterminées d'un commun accord entre les parties et le médiateur»[1146], autrement dit ce sont les parties elles-mêmes fixent le timing de déroulement du processus, ce qui n'est pas le cas avec le judiciaire ou tout dépend du calendrier du tribunal.

Quant aux couts, vu que ce sont les parties qui fixent l'échéancier, elles limitent également par-là les couts associés à la médiation dans la mesure où ce n'est qu'en fonction du nombre de séance que le médiateur sera payé. Bien plus les parties supportent à parts égales les frais de la médiation sauf si elles en décident autrement. Au vu de tous ces éléments, il nous parait loisible de penser de la médiation qu' « elle est économique, en temps et en argent»[1147].

e- Les solutions créatives

Dans une procédure judiciaire, les solutions au litige émanent de l'autorité dont est revêtu le magistrat, ce qui n'est pas le cas en médiation, ou ce sont les parties qui ont

---

1140 - Jacques Faget, Note 9, p.262

1141 - Michele Guillaume- Hofnung, Note 18, p.30

1142 - Helene De Kovachich, Howie Clavier, Marisa Esposito, Pierre Renaud, Note 90, p.35

1143 - Doing Business 2012 dans l'OHADA, 2012, p.2

1144 - Id, p.72

1145 - Id, p.70

1146 - Helene De Kovachich, Howie Clavier, Marisa Esposito, Pierre Renaud, Note 90, p.34

1147 - Sur les avantages de la pratique de la médiation, se référer au lien; http://fr.wikimediation.org/index .php?title=Les_avantages_de_la_m%C3%A9diation

l'initiative et qui décident de la manière par laquelle va se régler le différend. Celles-ci en vue de résoudre la situation doivent alors envisager l'examen des « problèmes existants en adoptant à la fois une perspective rétrospective, prospective et périphérique »[1148]. Ce qui signifie que les parties à la médiation ne doivent pas se focaliser sur le passé, mais se projeter dans l'avenir. À cet effet le médiateur doit les amener à se détacher de leurs propres convictions, des normes pour se projeter bien plus loin. Ici, « les parties doivent regarder droit devant et non pas rester ancrées dans le passé »[1149], elles ne doivent pas rester enchainées par leur passé.

En guise de conclusion de notre propos, nous pouvons dire que le développement d'une pratique professionnelle de la médiation au sein de l'espace OHADA semble être un impératif que le législateur ne peut plus ignorer. Il est en effet nécessaire de promouvoir d'autres modes pacifiques de règlement des différends, des modes qui accordent une plus grande participation des parties à la résolution du différend et la médiation répond parfaitement à cette caractéristique. De nombreux avantages lui sont d'ailleurs reconnus dans la mesure où elle « réduit les cas où un litige aboutit à la cessation d'une relation commerciale, facilite aux parties commerciales l'administration des opérations internationales et permet aux États de faire des économies dans l'administration de la justice »[1150].

1148 - Jamie Chicanot et Gordon Sloan, Note 48, p.82

1149 - Paul Martin, Note 57, p.184

1150 - Loi type de la CNUDCI, Note 4, voir à cet effet son préambule

Analyse du statut de membre d'une société coopérative et ses implications juridiques au regard de l'acte uniforme de l'OHADA.

Alioune Badara THIAM*

Résumé

Choisir de créer, d'adhérer ou de travailler dans une entreprise coopérative, c'est faire le choix d'un engagement ambitieux et responsable. Ambitieux parce qu'il nécessite un investissement prometteur, responsable parce qu'il implique des devoirs strictement règlementés auxquels chaque membre devra obligatoirement veiller.

Une coopérative est une association autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs au moyen d'une entreprise dont la propriété est collective et où le pouvoir est exercé démocratiquement. Au regard des sept principes coopératifs définis par l'Alliance Coopérative Internationale (ACI) et repris par l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif aux Sociétés Coopératives (AUSCoop), il apparait nettement que le membre constitue la pierre angulaire de la coopérative. Il intervient dès l'entame, participe activement au fonctionnement de l'entreprise jusqu'à son dénouement et en est le principal bénéficiaire. Les membres d'une société coopérative sont alors dotés de plusieurs qualités. Ils sont à la fois associés, clients, producteurs et salariés. Au regard de ces diverses connotations, cet article démontre comment le statut de membre est-il encadré dans l'Acte Uniforme et quelle sont les implications juridiques.

Mots clés *: OHADA, Société Coopérative,Membres, Droits et Obligations, Responsabilités.*

Introduction

L'acte uniforme de l'OHADA relatif aux droits des sociétés coopératives (AUSCoop) définit la société coopérative comme un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs universellement reconnus[1151] Les membres d'une société coopérative ont alors un rôle socio-économique spécifique qui correspond au type de besoins économiques, sociaux ou culturels et aux aspirations qui les lient. Les sociétés coopératives sont alors parmi les entreprises de l'économie sociale et solidaire en cela qu'elles ne sont pas seulement basées sur le profit mais aussi sur l'homme.[1152]Elles se soucient non seulement d'assurer leur rentabilité, mais également de répondre aux besoins de leurs membres et d'améliorer leur qualité de vie. Elles procurent divers

---

1151 * Docteur en droit - Université de Macau (Chine), bayeline@yahoo.fr. Article 4 et 6 de l'AUSCoop. Voir aussi ci-dessous, les sept principes coopératifs, extrait de la Déclaration sur l'identité coopérative, adoptée par l'assemblée générale de l'Alliance coopérative internationale en 1995, déclaration approuvée lors du congrès de Manchester en septembre 1995, Réseau coop, vol. 3, No. 2, Novembre-Décembre 1995.

Adhésion volontaire et ouverte à tous

Les coopératives sont des organisations fondées sur le volontariat et ouvertes à toutes les personnes aptes à utiliser leurs services et déterminées à prendre leurs responsabilités en tant que membres, et ce sans discrimination fondée sur le sexe, l'origine sociale, la race, l'allégeance politique ou la religion.

Pouvoir démocratique exercé par les membres

Les coopératives sont des organisations démocratiques dirigées par leurs membres qui participent activement à l'établissement des politiques et à la prise de décisions. Les hommes et les femmes élus comme représentants des membres sont responsables devant eux. Dans les coopératives de premier niveau, les membres ont des droits de vote égaux (en vertu de la règle – un membre, une voix) et les coopératives d'autres niveaux sont aussi organisées de manière démocratique.

Participation économique des membres

Les membres contribuent de manière équitable au capital de leurs coopératives et en ont démocratiquement le contrôle. Une partie au moins de ce capital est habituellement la propriété commune de la coopérative. Les membres ne bénéficient habituellement que d'une rémunération limitée du capital souscrit comme condition de leur adhésion. Les membres affectent les excédents à tout ou partie des objectifs suivants: le développement de leur coopérative, éventuellement par la dotation de réserves dont une partie au moins est impartageable, des ristournes aux membres en proportion de leurs transactions avec la coopérative et le soutien d'autres activités approuvées par les membres.

Autonomie et indépendance

Les coopératives sont des organisations autonomes d'entraides, gérées par leurs membres. La conclusion d'accords avec d'autres organisations, y compris des gouvernements, ou la recherche de fonds à partir de sources extérieures, doit se faire dans des conditions qui préservent le pouvoir démocratique des membres et maintiennent l'indépendance de leur coopérative.

Education, formation et information

Les coopératives fournissent à leurs membres, leurs dirigeants élus, leurs gestionnaires et leurs employés l'éducation et la formation requises pour pouvoir contribuer effectivement au développement de leur coopérative. Elles informent le grand public, en particulier les jeunes et les leaders d'opinion, sur la nature et les avantages de la coopération.

Coopération entre les coopératives

Pour apporter un meilleur service à leurs membres et renforcer le mouvement coopératif, les coopératives œuvrent ensemble au sein de structures locales, nationales, régionales et internationales

Engagement envers la communauté

Les coopératives contribuent au développement durable de leur communauté dans le cadre d'orientations approuvées par leurs membres.

1152 L'économie sociale et solidaire regroupe les entreprises qui cherchent à concilier activité économique et utilité sociale. Pour cette précision voir http://www.economie.gouv.fr/economie-sociale-et-solidaire-de-quoi-parle-t-on (dernier accès le 4 juin 2013).

avantages incontestables, tels que le partage des coûts ou le versement des ristournes ainsi que le partage des excédents en fin d'exercices. Elles offrent aussi des satisfactions personnelles en cela que le fait d'appartenir activement à une coopérative permet aux membres propriétaires de solidifier leurs rôles socio-économiques au sein de leur collectivité, unissent les membres à la cause commune et développent leurs habiletés et leur confiance mutuelle. La finalité première de la société coopérative est de soutenir l'entreprise et de rendre des services individuels et collectifs à ses membres. Au même titre que les autres formes d'économie sociale (mutuelle, association et fondation), les coopératives donnent la primauté aux membres sur la recherche du profit. Elles sont donc organisées autour d'une solidarité collective.[1153]Cette forme d'entreprise fonctionne sur des principes d'égalités (une personne une voix), de solidarité entre membres et d'indépendance économique.

Du fait du fonctionnement spécifique des sociétés coopératives, des engagements réciproques et durables se nouent entre celles-ci et ses membres. Ces derniers sont à la fois associés, coopérateurs, clients, producteurs ou salariés.[1154]Au regard des sept principes coopératifs définis par l'Alliance Coopérative Internationale (ACI) et repris par l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif aux Sociétés Coopératives (AUSCoop), il apparait clairement que le membre constitue la pierre angulaire de la coopérative. Il intervient dès l'entame, participe activement au fonctionnement de l'entreprise jusqu'à son dénouement. En tant que propriétaires, les membres assument ensemble les responsabilités liées à la propriété, ils participent à l'exercice des pouvoirs ainsi qu'aux résultats. En tant qu'usagers, ils se procurent des biens et des services offerts par la coopérative. La participation à l'exercice des pouvoirs et aux résultats peut être analysée au moins suivants deux variables. Les membres initiateurs d'une part et les membres « simples coopérateurs » d'autre part. Les membres en général ont en principe les mêmes droits et obligations mais la teneur de leurs obligations ainsi que les responsabilités qui y sont afférentes différents selon les variables susmentionnées.
Cette étude se propose d'analyser un ensemble de questions pratiques certes prisent en compte par l'acte uniforme mais de façon éparses ou sèches de sorte qu'elles méritent d'être synthétiser pour mémoire.
La première partie s'intéresse à la capacité et la qualité de membre d'une société coopérative. La deuxième partie s'interroge sur l'étendue des droits et des obligations des membres ainsi que leurs responsabilités vis-à-vis de société coopérative.[1155]

La troisième partie évaluera la perte de la qualité de membres et les suites y afférentes.
Autour de cette analyse, cette étude permettra de passer au peigne fin comment l'Acte Uniforme règlemente ses différentes implications liées au statut de membres dans les différentes types de sociétés coopératives.

[1153] Pour une étude détaillée sur l'économie sociale, voir Laurie Mook, Jack Quater et Sherida Ryan, *Researching the Social Economy,*University of Toronto Press, 2010.
[1154] Voir déclaration sur l'identité coopérative en France en 2010. Il faut aussi comprendre que tout salarié de la société coopérative n'est pas forcement coopérateur. Il peut seulement être lies à celle-ci par un contrat de travail.
[1155] Ici, il conviendra entre autre de mettre l'accent sur l'étendue des responsabilités des représentants ou dirigeants et initiateurs de la société coopérative.

Chapitre 1. La capacité et la qualité de membre d'une société coopérative.

L'article 6 de l'AUSCoop dispose que l'adhésion à une société coopérative est libre et ouverte à tous. Cette disposition va dans le sens du premier principe coopératif tel que prévu dans la déclaration sur l'identité coopérative, adoptée par l'assemblée générale de l'Alliance Coopérative Internationale (ACI) en 1995. Les coopératives sont donc des organisations fondées sur le volontariat et ouvertes à toutes les personnes aptes à utiliser leurs services et déterminées à prendre leurs responsabilités en tant que membre. Ceci, sans discrimination fondée sur le sexe, l'origine sociale, la race, l'allégeance politique ou la religion. Ce principe coopératif entraîne une situation dynamique en ce qui concerne l'implication et l'engagement du membre. Pour des raisons de commodités pratiques, il convient à la lecture des précisions de ce principe qui du reste sont cumulatives, clarifier en quoi consiste cette libre volonté d'adhérer à une société coopérative, l'aptitude à utiliser les services de la coopérative et la détermination à prendre les responsabilités en tant que membres.

a. La liberté d'adhérer à une Société Coopérative

Ce principe d'adhésion libre ou volontaire signifie qu'aucune demande d'adhésion à une société coopérative ne peut, être refusée. Malgré sa clarté, ce principe cache pourtant quelques exceptions sous-entendues aux regards de la qualité, de la capacité requises et des devoirs nécessaires pour devenir membre. Au sens du droit civil et des obligations, peuvent être des causes de nullités des engagements ou des contrats, l'incapacité et les vices du consentement (violence, Dol ou erreur).Pour ce qui concerne le régime des incapacités, l'AUSCoop renvoie aux dispositions des Etats membres y afférentes. C'est dire en général que toute personne dont les engagements, soit en raison de son jeune âge, soit en raison de la défaillance de ses facultés mentales, sont nuls ou annulables et qui, pour ce motif se trouve placer sous un régime légal de protection ne peut être membre d'une société coopérative. Il faut cependant considérer la souplesse des dispositions du titre 8 de l'Acte Uniforme sur la nullité de la société coopérative et des actes sociaux.[1156]Afin de promouvoir la liberté de l'adhésion, l'AUSCoop précise à l'article 198 le principe selon lequel la nullité des sociétés coopératives ne peut résulter ni de vice du consentement ni de l'incapacité d'un coopérateur, à moins que cette incapacité touche tous les coopérateurs ayant constitué la société.[1157] Pour autant, même si la qualité de membre est libre et volontaire elle n'est pas moins encadrée. L'admission dépend du type de coopérative et des associés coopérateurs mais aussi des objectifs des membres reflétant le lien commun autrement appelés base sociale homogène.[1158]Ainsi donc, dans une coopérative agricole les candidats ne peuvent être motivés que par les objectifs liés à l'agriculture s'ils ne sont pas simplement des agriculteurs. Dans une coopérative de transporteurs, les membres doivent aussi être motivés par le même objet lié aux transports.

1156 Alioune Badara THIAM, Aspects conceptuels et évaluation de l'acte uniforme de l'OHADA relatif aux sociétésCoopératives, Revue de l'ERSUMA No spécial Novembre/ Décembre 2011. p. 103

1157 Voir Article 198 de l'AUSCoop. Cet article devra être lu conjointement avec l'Article 201 qui prévoit des possibilités de régularisation lorsque les traditionnelles causes de nullité sont établies.

1158 Au sens de l'AUSCoop, le lien commun est le critère objectif que les coopérateurs possèdent en commun et sur la base duquel ils se regroupent. Article 8 paragraphe 2.

Le mode d'acquisition de la qualité de membre est décrit de manière assez détaillée aux articles 7 à 10 de l'AUSCoop. La demande d'adhésion doit être étudiée par l'organe d'administration de la société. Celle-ci devra d'abord vérifier si le postulant jouit de ses droits civiques et s'il adhère au critère du lien commun. L'adhésion devra ensuite être entérinée par le l'assemble générale.
Un autre critère non moins important à prendre en compte au moment de l'adhésion du membre est son aptitude à utiliser les services de la coopérative.

b. Aptitude à utiliser les services de la coopérative

Cette faculté renvoie à la jouissance des droits civiques et des facultés mentales nécessaires pour l'utilisation des services de la coopérative. En effet l'adhésion à une société coopérative requiert une certaine moralité fondée sur l'honnêteté, la transparence, la responsabilité sociale et une dynamique d'activités qui engage tous les membres. En règle générale, les membres d'une société coopérative en sont aussi les travailleurs. Le travail coopératif incombe des responsabilités entrepreneuriales auxquelles tous travailleur associé sera confronté comme copropriétaire et cogérant. Il exige alors une capacité de discernement ainsi que la majorité requise en droit civil conformément aux règles prévues par chaque Etats membres de l'OHADA.[1159]
Sous réserve de ces précisions aucune forme de discrimination n'est possible. Au-delà là des formalités transcrites, c'est l'acquisition des parts sociales qui donnent la latitude à utiliser les services de la coopérative.[1160] La part sociale est, pour une société coopérative, ce qu'est « l'action » dans les sociétés de capitaux. Une précision de taille est nécessaire sur ce point. Contrairement à l'action d'une société de capitaux qui représente un placement pour son détenteur, la part sociale d'une coopérative est simplement la contribution que chaque coopérateur apporte aux ressources de la coopérative afin que celle-ci soit en mesure de lui rendre service. En conséquence, la part sociale n'est pas source de plus-value comme l'est l'action dans une entreprise de type capitalistique.
Le membre doit en outre pour son adhésion être déterminé à prendre des responsabilités en tant que membre.

1.3. La détermination à prendre des responsabilités en tant que membre

Cet aspect non moins important mais sous-entendu dans le premier principe coopératif, rappel que la qualité de membre d'une société coopérative est aussi corolaire de prise de responsabilité au quelle s'ajoute la nécessité d'une bonne conduite collective « en tant que membre ». Il peut d'ailleurs être mieux compris à l'article 10 de l'AUSCoop qui prévoit *in fine* l'obligation pour le candidat de mentionner l'acceptation des dispositions légales réglementaires et statutaires régissant la coopérative. Les valeurs fondamentales des coopératives sont la prise en charge et la responsabilité personnelle et mutuelle, la démocratie, l'égalité, l'équité et la solidarité. Fidèles à l'esprit des fondateurs, les membres des coopératives adhèrent à une éthique fondée sur l'honnêteté, la transparence, la responsabilité sociale. Le terme de propriété commune de la

---

1159 Article 7 de l'AUSCoop.
1160 Article 9 de l'AUSCoop.

coopérative, synonyme de propriété collective, signifie que les membres endossent la responsabilité de la structure qui est appelée même à leurs survivre. Les repères et références de la coopérative sont destinés à identifier ses membres par des caractéristiques communes et leur donner des règles identiques dans leurs principes sinon dans leur formulation et les détails de leur application. La conduite coopérative reflète alors une manière d'être de penser et d'agir pour le compte de la coopérative. Georges Fauquet, qui fut en 1920 le créateur du service des coopératives répondait en 1938, dans la coopération comme force morale : "La conduite coopérative, la manière d'être, de penser et d'agir du coopérateur est de peu de valeur, même du point de vue des affaires, si elle n'est déterminée que par des mobiles d'intérêts économiques : à ces mobiles doivent être joints et associés d'autres mobiles tirés des principes coopératifs, et par principes j'entends non les règles fixées par la coutume coopérative, mais les postulats moraux d'où ces règles dérivent".[1161]

En somme, il convient de noter que dès son adhésion le membre de la société coopérative devra être résolu à :

• faire vivre les valeurs morales de la coopération : solidarité, responsabilité, équité et transparence
• porter la responsabilité économique et financière de la coopérative
• veiller à la pérennité de la coopérative
• faire vivre la dynamique coopérative
• recevoir et transmettre les enseignements nécessaires aux nouveaux associés-coopérateurs

La volonté d'adhésion à une société coopérative implique des obligations. Dès lors que l'adhésion du candidat est entérinée en assemblée générale, celui-ci devient membre soumis aux droits et obligations comme tout autre coopérateur.

[1161] François Espagne, " PRINCIPES COOPERATIFS ? LESQUELS ? Histoire et lecture des principes coopératifsSelon l'Alliance Coopérative Internationale". Accessible en ligne sur http://www.les-scop.coop/export/sites/default/fr/_media/documents/histoire-principes-cooperatifs.pdf,(dernier accès le 06 Juin 2013)

Chapitre 2. Les obligations et droits liés au statut de membre

Dans le prolongement de l'adhésion du coopérateur se dessine déjà ses obligations vis-à-vis de la coopérative. Ainsi, l'adhésion à une coopérative implique l'achat de parts sociales qui constituent les fonds propres de la société. Chaque coopérateur est débiteur envers la société de tous ce qu'il s'est engagé à lui apporter en numéraire en nature ou en industrie.[1162] La coopérative en retour dans le respect des principes coopératifs veille au respect des droits du coopérateur.

2.1. Les obligations des coopérateurs vis-à-vis de la coopérative

Une coopérative se caractérise par la mise en commun des ressources, un fonctionnement démocratique, une responsabilisation des membres, la participation économique et l'autonomie. Bref, la coopérative est une entreprise qui permet à ses membres de combler leurs besoins dans des conditions qui répondent à leurs aspirations. Pour cela chaque coopérateur a des obligations à l'égard de la coopérative.
Les parts des membres sont généralement la première source de capital dans une coopérative. Ainsi, les membres de la coopérative ont l'obligation d'apporter à la coopérative de l'argent par apport en numéraire, des droits portant sur des biens en nature : mobiliers ou immobiliers, corporels ou incorporels par apport en nature ou une main d'œuvre ou savoir-faire par apport en industrie.[1163] Les apports en numéraire et en nature doivent en principe être intégralement libères lors de la constitution de la société. Dans une société coopérative simplifiée, les coopérateurs ne disposant pas de fond nécessaires à la libération du capital au moment de la constitution, peuvent procéder à des cotisations périodiques dans les conditions fixées par les statuts.[1164] Pour les sociétés coopératives avec conseil d'administration, les parts sociales représentant les apports en numéraire doivent être libérées lors de la souscription du capital (avant la tenue de l'assemblée générale constitutive) d'un quart au moins de la valeur nominale.[1165] Les coopérateurs doivent ainsi veiller à l'équilibre financier de leur coopérative car une coopérative déficitaire serait une menace pour la pérennité de leurs exploitations présente et future. En outre, les coopérateurs ont également l'obligation de de faire des transactions avec la coopérative.[1166]En cas de perte, les coopérateurs participent à titre égale aux pertes sociales tel que prévue par l'Acte Uniforme, les statuts et règlement intérieur pour chaque type de société.[1167]
Au-delà de l'aspect financier, les coopérateurs ont l'obligation de s'impliquer dans la vie, la gouvernance et le projet de leur coopérative, être à l'écoute de leur coopérative, afin de lui permettre de remplir au mieux sa mission. C'est d'ailleurs ce qui est sous-entendu par la détermination (pour les coopérateurs) à prendre des responsabilités en tant que membre, et l'éducation et la formation et l'information.[1168] Le mécanisme d'autogestion de la société coopérative traduit aussi l'idée de participation collective des membres. La

---

1162 Article 30 de l'AUSCoop.
1163 Article 33 de l'AUSCoop.
1164 Article 207 de l'AUSCoop.
1165 Article 269 et 270 de L'AUSCoop.
1166 Article 47 alinéa 2 de l'AUSCoop.
1167 Article 47 alinéa 1 de l'AUSCoop.
1168 Voir les détails sur les 7 principes coopératifs susmentionnés.

déclaration de 1995 réitère non seulement la nécessite pour les membres de voter mais aussi de participer à la définition des politiques de l'entreprise et la prise des décisions essentielles. Cette implication se justifie en outre par la nature *sui generis* de l'entreprise coopérative à la fois association de personne à vocation sociale et entreprise à fonction économique qui génère des profits aussi bien pour sa propre survie que pour ses membres.[1169] Les membres ont intérêt à participer aux Assemblées Générales. Dans les sociétés coopératives simplifiés les coopérateurs ont à peine de nullité participer en personne à l'assemble générale constitutive.[1170]Le coopérateur a un devoir de diligence de loyauté et de fidélité. Ainsi, il ne devra pas porter préjudice à l'activité de la coopérative ou s'opposer aux décisions de l'assemblée générale ou des organes élus. Les membres qui, par une action, porte atteinte aux intérêts de la coopérative pourront en être exclus.[1171]

2.2. Les obligations spécifiques des dirigeants

Tous les coopérateurs ont tel qu'identifier plus haut l'obligation de participer à la gestion collective de la société coopérative. Ils existent cependant des tâches supplémentaires laissées à la l'attention des dirigeants des sociétés. Ces derniers ont le devoir d'assurer les tâches de gestion et d'administration pour lesquelles ils sont élus. Le terme dirigeant renferme dans le cadre de cette étude, les membres du comité de gestion et du conseil d'administration. Ces derniers sont des membres des sociétés au même titre que tous les coopérateurs mais ont des rôles spécifiques et déterminants à jouer pour assurer la bonne marche des sociétés coopératives. Ils répondent par ailleurs de leurs actes.

D'abord dans la rédaction des statuts, les membres du comité de gestion et du conseil d'administration ont un devoir de diligence. Ils sont en effet solidairement responsables au même titre que les initiateurs soit pour défaut d'une mention obligatoire dans les statuts, soit par l'omission ou l'accomplissement irrégulier d'une formalité prescrite pour la constitution de la société coopérative.[1172] En cours de fonctionnement de la société coopérative, les membres du comité de gestion du conseil d'administration peuvent prendre des actes qui peuvent engager la société.[1173] Ainsi à l'égard des personnes de bonne-foi autres que les coopérateurs, les organes de gestion ou d'administration ont, dans les limites fixées par l'Acte Uniforme pour chaque type de société coopérative, tout pouvoir pour engager la société coopérative, sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Dans les rapports avec les personnes autres que les coopérateurs, les organes de gestion, ou d'administration engagent la société coopérative par les actes entrant dans l'objet social, sauf dispositions contraires du présent Acte uniforme. La société coopérative est engagée par les actes de gestion ou d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que les personnes autres que les coopérateurs savaient que l'acte dépassait cet objet ou qu'elles ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des

---

1169 Voir François Espagne, « Principes Coopératifs ? Lesquels ? Histoire et lecture des principes coopératifsSelon l'Alliance Coopérative Internationale" op.cit. p 17.

1170 Article 215 de l'AUSCoop.

1171 Article 13. C de l'AUSCoop.

1172 Article 65 de l'AUSCoop.

1173 Voir les dispositions générales relatives au pouvoir des dirigeants sociaux aux articles 95 à 98 de l'AUSCoop.

statuts suffise à constituer cette preuve. Dans les rapports entre associés et sous réserve des dispositions légales spécifiques à chaque forme de société coopérative, les statuts peuvent limiter les pouvoirs des organes de gestion et d'administration. Le dirigeant ne peut pas prendre de décision excédant l'objet social ou compromettant la poursuite de celui-ci. Le dépassement de l'objet social n'est pas par principe opposable aux tiers. Ces limitations sont aussi inopposables aux personnes autres que les coopérateurs qui sont de bonne foi.

De façon plus spécifique, dans les sociétés coopératives simplifiées, l'Article 228 de l'AUSCoop précise que dans les rapports entre coopérateurs et en l'absence de détermination de ses pouvoirs par les statuts, le comité de gestion peut faire tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société coopérative simplifiée. Dans les rapports avec les personnes autres que les coopérateurs, le comité de gestion engage la société coopérative simplifiée par les actes entrant dans l'objet social. Les membres du comité de gestion doivent ainsi obéir à leur obligation de loyauté de diligence et de transparence vis-à-vis de la société. Les conventions qu'ils forment doivent en principe entrer dans le cadre de l'objet social. C'est d'ailleurs pour veiller à cette obligation de loyauté de diligence et de transparence que l'AUSCoop précise que les conventions non approuvées par l'assemblée générale produisent néanmoins leurs effets, à charge pour les membres du comité de gestion ou le coopérateur contractant, de supporter individuellement ou solidairement, selon le cas, les conséquences du contrat préjudiciable à la société coopérative.[1174] Pour des besoins de transparence, l'Article 251 interdit aux gérants ou coopérateurs, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société coopérative simplifiée, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner, avaliser ou garantir par elle leurs engagements envers d'autres personnes.[1175]

Dans le même ordre d'idées, les membres du conseil d'administration d'une société coopérative avec conseil d'administration sont également tenus à l'obligation de diligence. Ainsi au même titre que les initiateurs, les administrateurs en fonction doivent veiller au respect strict des conditions de fond et de forme pour le respect de la tenue de l'assemble générale constitutive.[1176]Le devoir de transparence et le souci d'une bonne gestion, justifient l'interdiction pour les administrateurs de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société coopérative avec conseil d'administration, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner, avaliser ou garantir par elle leurs engagements envers d'autres personnes.[1177]

En résumé, le statut de membre en général implique certaines obligations à l'égard de la coopérative. En retour, celle-ci confère au membre un ensemble de droits qu'il convient de passer au peigne fin.

2.3. Les droits afférant au statut de membre

Des devoirs préétablis des membres, dérivent des droits afférents ce statut. Certains le qualifieront comme étant les avantages que confèrent le statut de membre, d'autres y verront les spécificités d'une société coopérative.

1174 Article 250 de l'AUSCoop.
1175 Article 251 de l'AUSCoop.
1176 Article 290 de l'AUSCoop.
1177 Article 313 de l'AUSCoop.

Tel qu'il est prévu à l'Article 46 de l'AUSCoop, Les parts sociales confèrent à leur titulaire:
- un droit sur les excédents réalisés par la société coopérative lorsque leur répartition a été décidée conformément aux dispositions statutaires ;
- un droit à tous les avantages et prestations de la société coopérative ;
- le droit de participer aux décisions collectives des associés et de voter ;
- le droit, en tout état de cause, d'exercer ou de bénéficier, dans la limite des dispositions De l'Acte Uniforme, des statuts, des droits attachés à la qualité d'associé.

2.3.1. Un droit d'usage des services de la coopérative

Une société coopérative est possédée, gérée et contrôlée par ses membres. Elle assure la distribution des profits (excédent des revenus) aux membres selon le niveau d'utilisation du service. Participer à la propriété d'une coopérative donne au membre le droit d'usage des services offerts par la coopérative.[1178]Ce droit est déterminé par la notion de propriétaire-utilisateur ou associé coopérateur et en tant que telle, constitue un des caractéristiques majeures de la coopérative. Tel qu'il est libellé dans le cinquième principe coopératif, les coopératives fournissent à leurs membres, leurs dirigeants élus, leurs gestionnaires et leurs employés l'éducation et la formation requise pour pouvoir contribuer effectivement au développement de leur coopérative. Les coopératives doivent alors être à l'écoute des associés-coopérateurs afin de répondre au mieux à leurs besoins d'informations, de conseils et de solidarité, donner aux associés-coopérateurs élus les moyens d'exercer pleinement leur mandat et les inciter à suivre des formations organisées dans ce but.

2.3.2. Un droit de contrôle et de gestion

La notion de contrôle, vise dans cette étude un doit de contrôle des activités de la coopérative et de l'exercice des fonctions de dirigeants. Elle implique à la fois le droit de décision des associés sur les mouvements globaux du capital (augmentation, reconstitution en cas de pertes, remboursement) et sur les mouvements individuels, au niveau des associés (autorisation ou refus des cessions). Elle implique en outre les divers droits de communication et de revendication qui peuvent être déclenché par les membres pour la restauration de leurs droits. Le statut de membres d'une société coopérative donne droit à la prise de décisions en assemblée générale ordinaire ou extraordinaire suivant les conditions de forme et de fond prévues pour chaque type de société coopérative.[1179]Le membre dispose entre autre d'un droit de regard sur la gestion de la coopérative par le biais de la communication et du contrôle. L'assemblée générale ordinaire (approbation des comptes, nominations et révocations des dirigeants sociaux) ou extraordinaire (modification des statuts), la situation financière de l'exercice suivant les schémas classiques en matière de sociétés commerciales et les procédures de contrôle préventif (procédure d'alerte, expertise de gestion et commissariat aux comptes).

1178 Article 4 alinea 2 de l'AUSCoop.
1179 Article 103 de l'AUSCoop.

2.3.2.1. Le Droit de Vote : principe et exceptions.

Dans une entreprise coopérative, il est nécessaire d'élire ou de nommer et d'autoriser des individus à servir l'entreprise en tant que dirigeants ou directeurs. Ils agiront alors au nom des membres et représenteront l'organisation dans ses relations auprès d'autres organismes. En aucun cas, il ne s'agit d'une perte de contrôle des membres vis-à-vis de leur entreprise car l'une des obligations légales des coopératives est l'équité. Ainsi telle que précisée par l'A.C.I. les coopératives sont des organisations démocratiques dirigées par leurs membres qui participent activement à l'établissement des politiques et à la prise de décisions. Les hommes et les femmes élus comme représentants des membres sont responsables devant eux. Dans les coopératives les membres ont des droits de vote égaux (en vertu de la règle – un membre, une voix). Ces votes sont aussi organisés de manière démocratique.[1180] L'AUSCoop précisera suivant cette direction que tous les coopérateurs doivent disposer des mêmes droits. Toute clause statutaire contraire est réputée non écrite.[1181]Le processus décisionnel dans une coopérative est ainsi donc calqué sur celui de la démocratie parlementaire. Peu importe combien d'actions le membre dispose ou le volume d'affaires de ces parts sociales, la règle «une personne, une voix» doit être impérativement respecté.[1182] De cette façon chaque membre participe au processus de prise de décision, s'exprime à travers l'élection du comité de gestion ou du conseil d'administration. La participation aux réunions de l'assemblée générale est personnelle. Toutefois, les coopérateurs empêchés peuvent voter par procuration sauf clauses contraires des statuts. Dans cette hypothèse, les statuts de la société coopérative déterminent les modalités du vote par procuration dont notamment, le nombre de coopérateurs et/ou de voix qu'un mandataire peut représenter.[1183]Si deux membres sont copropriétaires d'une part sociale, ils doivent en principe être représentés par un mandataire unique, choisi parmi les indivisaires. En cas de désaccord, le mandataire est désigné par la juridiction compétente dans le ressort de laquelle est situé le siège social, à la demande de l'indivisaire le plus diligent.[1184]

Il convient de rappeler quelques exceptions relatives au droit de vote. Pour les sociétés coopératives en formation, La reprise des actes et engagements accomplis pour le compte de la société coopérative en formation fait l'objet d'une résolution spéciale de l'assemblée générale constitutive. L'assemblée doit être complètement informée sur la nature et la portée de chacun des actes et engagements dont la reprise lui est proposée. A cet effet, les membres ayant accompli lesdits actes et engagements ne prennent pas part au vote et il n'est pas tenu compte de leurs voix pour le calcul du quorum et de la majorité.[1185]
Dans une société coopérative simplifiée, il est possible que les dirigeants ou l'un de ses coopérateurs passe directement ou par personne interposée des conventions avec la société. Il appartient à l'assemblée générale ordinaire de se prononcer sur l'approbation de ces conventions. Dans ce cas pour répondre aux exigences d'équité et de

---

1180 Voir deuxième principes coopératifs,extrait de la Déclaration sur l'identité coopérative, adoptée par l'assemblée générale de l'Alliance coopérative internationale en 1995, op. cit.
1181 Article 99 de l'AUSCoop.
1182 Article 102 de l'AUSCoop.
1183 Article 100 de l'AUSCoop.
1184 Article 101 de l'AUSCoop.
1185 Article 91 de l'AUSCoop.

transparence, le coopérateur concerné ne prend pas part au vote de la délibération relative à la convention et sa voix aussi ne compte pas pour le calcul du quorum et de la majorité.[1186]
Dans une société coopérative avec conseil d'administration, lorsque l'assemblée générale apprécie des apports, notamment les apports en nature, l'apporteur ne participe pas au vote.[1187]
Une autre exception concerne le vote pour ou contre la transmission des parts sociales. Suivant les conditions prévues à l'Article 380 de l'AUSCoop, l'assemblée générale doit procéder à une délibération pour la validation de la cession mais le cédant n'a pas le droit de participer au vote et sa voix est aussi déduite pour le calcul du quorum et de la majorité.
L'absence de libération complète de part sociale fait également obstacle au droit de vote des membres qui n'ont pas entièrement libérés leurs parts lors de la souscription. L'Article 384 *in fine* dispose que seuls les coopérateurs à jour de leurs versements ont un droit de vote dans les assemblées générales et peuvent faire partie du conseil d'administration.
Suivant toujours le principe de la démocratie, le statut de membre offre un droit de contrôle sur la gestion des affaires de la coopérative.

2.3.2.2. Un droit de contrôle et de revendication au sujet de la gestion

Les membres contribuent de manière équitable au capital de leurs coopératives et en ont démocratiquement le contrôle.[1188] Pour assurer donc une meilleure gestion de la coopérative, assurer la transparence et la démocratie, les membres d'une coopérative disposent d'un droit de communication et peuvent même faire procéder à une expertise de gestion. S'ils estiment que leurs droits ont été violés dans l'exercice des fonctions des dirigeants, les membres peuvent déclencher une action individuelle ou collective suivant les procédés suffisamment décrites par l'AUSCoop.

2.3.2.2.1. Le droit de communication des membres

La gestion coopérative est l'art de diriger les activités d'un groupe de personnes vers un objectif arrêté de commun accord, conformément aux principes coopératifs.[1189]La réussite de cette gestion, exigent entre autre une information à l'égard du grand public et une communication entre les membres notamment entre les dirigeants et autres coopérateurs. C'est ainsi que les membres d'une société coopérative disposent d'un droit

---

1186 Article 245 et 249 de l'AUSCoop.

1187 Article 284 de l'AUSCoop. Cette évaluation se fait autrement dans une société coopérative simplifiée. Il ne s'agit pas de vote. Cette évaluation est faite sous le contrôle de la société faîtière s'il en existe. En cas de nécessité, tout coopérateur peut saisir la juridiction compétente et, à défaut, l'autorité chargée des sociétés coopératives, aux fins de désigner un expert chargé d'évaluer les apports en nature. Voir article 211 de l'AUSCoop.

1188 Voir détails sur le troisième principe coopératif tel que décrit par l'A.C.I. Op cit.

1189 Guy Tchami, Manuel sur les Coopératives à l'usage des Organisations de Travailleurs, Organisation Internationale du Travail, Genève, 2004, P 25. Disponible en ligne sur http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---coop/documents/instructionalmaterial/wcms_173354.pdf#page=1&zoom=auto,0,747 (dernier accès le 04 Juin 2013).

de communication des documents utiles permettant d'éclairer le coopérateur sur la gestion administrative et financière de la coopérative[1190]ils peuvent en outre faire procéder à une alerte ou une expertise de gestion pour situer au cas échéant les défaillances dans les affaires communes dans les conditions prévues aux articles 119 et 120 de l'AUSCoop.[1191]

C'est aux articles 351 à 353 que le législateur précise la nature et le contenu des dits documents tel qu'il suit. Pour la tenue de l'assemblée générale ordinaire annuelle, tout coopérateur a le droit de prendre connaissance au siège social :

- de l'inventaire, des états financiers de synthèse et de la liste des administrateurs;
- des rapports du commissaire aux comptes et du conseil d'administration qui sont soumis à l'assemblée ;
- le cas échéant, du texte de l'exposé des motifs, des résolutions proposées, ainsi que des renseignements concernant les candidats au conseil d'administration;
- de la liste des coopérateurs ;
- du montant global des rémunérations versées aux dix ou cinq dirigeants sociaux et salariés les mieux rémunérés selon que l'effectif de la société coopérative avec conseil d'administration excède ou non deux cent salariés.

Sauf en ce qui concerne l'inventaire, le droit pour le coopérateur de prendre connaissance comporte celui de prendre copie à ses frais. Le droit de prendre connaissance s'exerce durant les trente jours qui précèdent la tenue de l'assemblée générale.

En ce qui concerne les assemblées autres que l'assemblée générale ordinaire annuelle, le droit de prendre connaissance porte sur le texte des résolutions proposées, le rapport du conseil d'administration et, le cas échéant, le rapport du conseil de surveillance, du commissaire aux comptes ou de l'organisation faîtière.

1190 Article 238 de l'AUSCoop.

1191 L'Article119 de l'AUSCoop dispose Le conseil de surveillance ou la commission de surveillance, selon le type de société coopérative concernée, demande par écrit ou oralement des explications au comité de gestion ou au conseil d'administration qui est tenu de répondre, dans les délais et conditions fixés à l'alinéa suivant du présent Article, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de la société coopérative qu'il a relevé à l'occasion de l'exercice de sa mission.

Le comité de gestion ou le conseil d'administration répond par écrit ou oralement à l'occasion d'une réunion spéciale, dans le mois qui suit la réception de la demande d'explication. Dans sa réponse, il donne une analyse de la situation et précise, le cas échéant, les mesures envisagées.

En cas d'inobservation des dispositions prévues à l'alinéa précédent ou si, en dépit des décisions prises, le conseil de surveillance ou la commission de surveillance constate que la continuité de la société coopérative demeure compromise, il établit un rapport spécial qu'il soumet à l'assemblée générale à l'occasion de la prochaine réunion de celle-ci ou, en cas d'urgence, d'une réunion qu'il convoque spécialement à cet effet. Cette faculté est dévolue, sous les mêmes conditions, aux organisations faîtières auxquelles est affiliée la société coopérative.

L'Article 120 de l'AUSCoop dispose

Les coopérateurs peuvent, à condition qu'ils atteignent au moins le pourcentage de vingt-cinq pour cent des membres de la société coopérative, en se groupant sous la forme qu'ils jugent appropriée, demander au président de la juridiction compétente du siège social, la désignation d'un ou de plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. S'il est fait droit à la demande, le juge détermine l'étendue de la mission et les pouvoirs des experts. Les honoraires des experts sont supportés par la société coopérative. Lerapport est adressé au demandeur et aux organes de gestion ou d'administration de la société coopérative.

Tout coopérateur peut, en outre, à toute époque prendre connaissance et copie, à ses frais :
- des documents sociaux visés à l'article 351 concernant les trois derniers exercices ;
- des procès-verbaux et des feuilles de présence des assemblées tenues au cours de ces trois derniers exercices ;
- de tous autres documents, si les statuts le prévoient.[1192]
Si la société coopérative refuse de communiquer tout ou partie des documents visés ci-dessus, il est statué sur ce refus, à la demande de l'associé, par le président de la juridiction compétente statuant à bref délai.[1193]
Au-delà du droit de communication pour la bonne tenue des assemblés, les coopérateurs peuvent déclencher des actions en responsabilité civile lorsqu'ils estiment que la gestion leur fait grief. Ces actions visent entre autre à inviter le dirigeant à plus de retenue dans l'exercice des pouvoirs.

2.3.2.2.2. Les droits de revendication : Action individuelle et/ou collective

Afin de mieux encadrer la gestion des dirigeants et de limiter ainsi les écarts et les griefs, les membres peuvent engager des actions en responsabilités civiles contre le dirigeants de la société au terme de l'article 124,l 'action individuelle est l'action en réparation du dommage subi par un tiers ou par un coopérateur, lorsque celui-ci subit un dommage distinct du dommage que pourrait subir la société coopérative, du fait de la faute commise individuellement ou collectivement par les dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions coopératives.[1194] Cette action peut être intenté par le membre (ou le tiers) ayant subi le fait dommageable devant la juridiction compétente dans le ressort duquel est situé le siège de la coopérative. Cette action se prescrit dans un délai de trois ans à compter de la découverte du fait dommageable.[1195] Contrairement à l'action individuelle, l'action sociale ne peut être enclenchée que lorsque le dommage atteint directement la société coopérative du fait de la faute commise par un ou des dirigeants sociaux dans l'exercice de leurs fonctions.[1196]Trois conditions cumulatives doivent être réunies pour l'exercice de l'action sociale :

- un fait dommageable commis par un ou des dirigeants sociaux dans l'exercice de leur fonction et faisant grief à la société coopérative ;
- une mise en demeure des organes compétents non suivie d'effets dans le délai de trente jours ;
- la saisine de la juridiction compétente dans un délai de 3 ans à compter de la découverte du fait dommageable ou dans un délai de 10 ans si le fait dommageable est un crime.

Dans la société coopérative avec conseil d'administration, les coopérateurs peuvent, individuellement ou en se groupant, intenter l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs. S'ils représentent au moins la moitié des coopérateurs de la société

1192 Article 352 de l'AUSCoop.
1193 Article 353 de l'AUSCoop.
1194 Si plusieurs dirigeants sociaux ont participé aux mêmes faits, leur responsabilité est solidaire à l'égard des tiers ou des coopérateurs. (Article 122 de l'AUSCoop)
1195 Article 14 a 126 de l'AUSCoop.
1196 Article 128 de l'AUSCoop.

coopérative avec conseil d'administration, les coopérateurs peuvent, dans un intérêt commun, charger à leurs frais un ou plusieurs d'entre eux de les représenter pour soutenir, tant en demande qu'en défense, l'action sociale.[1197]L'exercice de ses deux actions peut être cumulatif lorsqu'un membre subit un dommage direct auxquelles s'ajoute un dommage direct subi pas la société coopérative.[1198]
Un autre droit qui dérive du statut de membre et donc de la souscription de parts sociales est le droit à la répartition des excédents.

2.2.3. Un droit à la répartition des excédents

L'objectif d'une société coopérative n'est pas la recherche des profits mais plutôt le bien être des membres qui le forment et de la société en générale. Les membres d'une société n'ont ensemble la propriété que d'une partie de ce capital-actif, celle qui correspond à leur capital-actions. Une autre partie du capital de la coopérative est l'objet d'un droit de propriété de la coopérative elle-même. Elle dispose de ce droit de propriété non pas au nom et pour le compte des membres en tant que propriétaires associés, mais comme moyen d'assumer son obligation de servir ses associés-usagers et son obligation envers la communauté. Autrement dit, ce droit de la coopérative est dit commun ou collectif parce qu'il appartient à une communauté ou collectivité qui englobe mais dépasse ses membres.[1199]L'excédent d'exploitation à la fin de chaque année financière peut être considéré comme étant dû à tous les membres, un excès de recettes perçues ou un «surplus» généré sur la base des prix des biens et services qui ont été achetés et vendus par les membres à la coopérative. L'AUSCoop prévoit à l'Article 112 que les statuts peuvent prévoir le versement de ristournes aux coopérateurs proportionnellement aux opérations faites par eux avec la société coopérative ou au travail effectué en faveur de cette dernière. Ces ristournes sont différentes des excédents disponibles et distribuables. Constituent les excédents distribuables, les dotations de la réserve générale d'une part, de la réserve destinée à la formation, à l'éducation ainsi qu'à la sensibilisation aux principes et techniques de la coopération, d'autre part, éventuellement diminué des sommes ristournées et augmenté des reports bénéficiaires.[1200]Les membres ont droit à ces excédents disponibles dans l'ordre et la proportion déterminés par les statuts.[1201]
La question qui mérite par ailleurs d'être élucider est de savoir si les coopérateurs qui ont perdu la qualité de membres ont-ils droit aux droits précités ; sont-ils indemnes des obligations susmentionnés ?

1197 Article 375 de l'AUSCoop.
1198 Article 132 de 'AUSCoop.
1199 François Espagne, les Principes Coopératifs ? Lesquels ? Histoire et lecture des principes coopératifs selon l'Alliance Coopérative Internationale, op cit. p. 21.
1200 Article 239 de l'AUSCoop.
1201 Article 240 de l'AUSCoop.

Chapitre 3. La perte de la qualité de membres et ses implications juridiques

La qualité de membre d'une société coopérative s'éteint par la démission, l'exclusion, la mort du membre coopérateur ou part la dissolution de la société coopérative donnant fin aux activités. La perte de la qualité de membre ouvre en principe droit au remboursement de sa part du capital souscrit, réduite en proportion de toute perte imputable sur le capital social. L'Acte Uniforme encadre cette perte de la qualité de membre à laquelle il rattache des implications juridiques selon les cas.

3.1. La démission du membre coopérateur

L'Article 11 de l'AUSCoop réglemente le retrait du coopérateur. Ce retrait ne peut intervenir qu'après avoir avisé l'organe administratif de la société coopérative par écrit. Le retrait prend effet à la date indiquée dans l'avis ou à la date de sa réception, si celle-ci est postérieure. L'organe d'administration de la société coopérative devra constater par écrit le retrait du coopérateur au cours de l'année suivant la date de prise d'effet du retrait. Ce délai permet à la société coopérative de faire en sorte que le retrait n'affecte pas la bonne marche de la société et de prendre le temps de réagir à cette perte de ressource. Lorsque le comité de gestion ou le conseil d'administration estime que le remboursement des parts sociales ou des prêts du coopérateur qui se retire est de nature à nuire à la santé financière de la coopérative, celui-ci peut porter le délai de remboursement à deux ans par décision motivée susceptible de recours devant la juridiction compétente. Le membre qui se retire a droit au remboursement de ses parts sociales conformément au statut. La coopérative rembourse également au coopérateur tous les prêts et les autres sommes portées à son crédit, le solde des prêts qu'elle lui a consentis ainsi que les intérêts courus sur ces sommes jusqu'à la date du paiement.
Certaines obligations du coopérateur persistent. Par exemple, en cas d'engagement envers la société coopérative le membre démissionnaire reste tenu à ses obligations de coopérateur jusqu'à l'apurement de sa dette. Il reste également et solidairement tenu à l'égard de la coopérative des dettes contractées par celle-ci avant son retrait tel que prévue par les règlements intérieurs et les statuts de chaque type de coopérative.

De la même façon que le membre simple, le président et les autres membres du comité de gestion d'une société coopérative simplifiée, peuvent librement démissionner. Toutefois, si la démission est faite dans une intention malveillante, la société coopérative peut demander en justice réparation du préjudice qu'elle subit de ce fait.[1202]Il va de soi qu'à compter de la date indiquée dans l'avis de démission, le membre démissionnaire perd l'étendue de ses droits tel que prescrit l'Article 46 de l'AUSCoop, il en va de même pour le coopérateur exclue tel que prévue a l'Article 116 de l'AUSCoop.[1203]

[1202] Article 227 de l'AUSCoop.

[1203] Les coopérateurs démissionnaires ou exclus ne peuvent prétendre à aucun droit sur les sommes affectées à la réserve générale et à la réserve de formation, d'éducation et de sensibilisation. De même, les réserves facultatives prévues à l'article 115 ci-dessus ne peuvent pas être réparties entre les coopérateurs.

3.2. L'exclusion du membre coopérateur

L'Article 13 à 16 de l'AUSCoop règlemente les implications juridiques du coopérateur exclue. Ce texte dispose que la société coopérative peut, après un avis écrit adressé au coopérateur, exclure celui-ci lorsque :
a) le coopérateur est une personne morale à l'égard de laquelle une procédure de liquidation des biens a été ouverte ;
b) le coopérateur ne fait pas volontairement de transactions avec la société coopérative pendant deux années consécutives ;
c) le coopérateur, aussi bien par son comportement que par ses actes, au sein ou en dehors de la société coopérative, méconnaît les obligations qu'il a contractées conformément aux dispositions de l'acte uniforme et aux statuts, notamment les obligations de loyauté et de fidélité envers la société coopérative et préjudicie de la sorte aux intérêts de celle-ci.
Cette exclusion doit être prononcée par l'assemblée générale par une résolution spéciale dûment motivée. Lorsque l'exclusion est prononcée, par le comité de gestion ou par le conseil d'administration, l'exclusion ne devient définitive que lorsqu'elle a été confirmée par l'assemblée générale ordinaire par une résolution spéciale dûment motivée.
Dans les dix jours suivant la date de la résolution spéciale de l'assemblée générale décidant ou confirmant l'exclusion, la société coopérative notifie au coopérateur un avis écrit de son exclusion qui en précise les motifs. Cette exclusion prend effet à la date précisée dans l'avis écrit, mais au plus tard trente jours après sa réception. Le coopérateur exclut par résolution du conseil d'administration ou du comité de gestion peut saisir l'assemblée générale des coopérateurs d'un recours en annulation de cette décision. L'effet de la décision spéciale du conseil d'administration ou du comité de gestion est suspendu jusqu'à la résolution spéciale prise par l'assemblée générale. L'assemblée générale statue par résolution spéciale sur ce recours dans les conditions prévues par les statuts, en annulant ou en confirmant l'exclusion. L'exclusion prononcée par l'assemblée générale est, dans tous les cas, faite sans préjudice des voies de recours de droit commun dont dispose le coopérateur contre la décision d'exclusion.
Au sujet des droits sociaux du coopérateur exclu et des engagements en cours, la société coopérative rembourse intégralement les sommes dues dans les mêmes conditions que le coopérateur qui se retire. Toutefois, l'exclusion d'un coopérateur ne le libère pas de ses dettes ou de ses obligations envers la société coopérative ou d'un contrat en cours avec celle-ci. En outre, la société coopérative n'est pas obligée de verser au coopérateur avant l'échéance le solde de tout prêt à terme fixe qui lui a été consenti et qui n'est pas échu.

3.3. Le décès du membre coopérateur

Il ressort de toute évidence que la qualité de membre s'éteint pour cause de décès. L'Acte Uniforme ne règlemente que la transmission de part sociale à cet effet. En cas de décès d'un coopérateur, l'admission d'un ou plusieurs héritiers ou d'un successeur de ce dernier à la société coopérative, à condition qu'ils partagent le lien commun. Même si l'acte uniforme n'est pas allé en détail sur ce point, on peut comprendre que l'admission de l'héritier obéit aux mêmes conditions qu'une nouvelle adhésion sauf qu'il n'est pas tenu de souscrire de nouvelles parts sociales. Qu'advient 'il aux droits du coopérateur décédé lorsque l'adhésion du ou de ses héritiers est rejetée par la société coopérative. En

l'absence d'une réponse expresse à cette possibilité, il est possible d'imaginer que ses parts sociales seront remboursées à ses héritiers au même titre que le coopérateur démissionnaire.

3.4. Dissolution de la société coopérative

La société coopérative prend fin pour les causes prévues aux articles 177 et 178 de l'AUSCoop. L'arrivée du terme entraîne la dissolution de plein droit de la société coopérative. En cas de dissolution de la coopérative, la qualité de membre prend fin avec la radiation de la société au registre des sociétés coopératives.[1204] La dissolution entraîne de plein droit sa mise en liquidation mais la personnalité morale subsiste pour les besoins de la liquidation et jusqu'à la clôture de celle-ci.[1205]Les droits des membres ainsi que les obligations susmentionnés s'éteignent et une autre étape s'ouvre pour l'épuration du patrimoine. Cette liquidation peut être amiable lorsqu'elle est prévue par les statuts[1206] ou judicaire. Dans cette dernière hypothèse la liquidation sera effectuée conformément aux dispositions pertinentes et compatibles des articles 203 à 241 de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales.[1207] Lorsqu'elle est amiable les membres de la Société coopérative n'ont pas droit de boni de liquidation.[1208] Celui-ci devra être dévolu à d'autres sociétés coopératives régies par les dispositions de l'AUSCoop ou à des institutions ou organismes œuvrant pour la promotion du mouvement coopératif. L'actif de la société coopérative en liquidation peut être céder à une personne ayant eu dans cette société la qualité de membre du comité de gestion ou de membre du conseil d'administration. Cette cession ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation de la juridiction compétente à moins que celle-ci ne fasse l'objet d'un consentement unanime des coopérateurs.[1209]La cession globale de l'actif de la société coopérative ou l'apport de l'actif à une autre société coopérative, notamment par voie de fusion, est autorisée à la majorité exigée pour la modification des statuts.[1210]

Pour ne pas conclure

Au sujet des statuts de Membre et des implications juridiques y afférents, l'AUSCoop s'est limitée à de sèches formulations. Des précisions liées au statut de membres paraissaient nécessaires afin d'édifier sur les processus d'adhésion, les droits et obligations des membres à l'égard de la coopérative ainsi que les implications juridiques suivant la perte de la qualité de membre. Comme toute entreprise d'économie sociale et solidaire, la société coopérative est essentiellement basée sur l'homme. Les membres y jouent en conséquence un rôle de premier plan. Ils doivent apprendre à travailler

---

1204 Article 84 de l'AUSCoop.
1205 Article 180 de l'AUSCoop.
1206 Article 182 de l'AUSCoop.
1207 Article 196 de l'AUSCoop.
1208 "Boni de liquidation" est une expression par laquelle on désigne les sommes que se partagent les associés d'une société dissoute, après que les actifs aient été réalisés, que les créanciers et le personnel aient été payés et que les apports aient été repris. Le "boni" représente les bénéfices qui n'ont pas été distribués au cours de la vie de l'entreprise. Voir dictionnaire Juridique de serge Braudo, 1996-2013
1209 Article 188 de l'AUSCoop.
1210 Article 190 de l'AUSCoop

ensemble et à associer leurs intérêts personnels aux intérêts du groupe et de la communauté en générale. Les dirigeants de la coopérative qui sont d'abord des membres ont une grande responsabilité tout comme ils sont détenteurs d'un large pouvoir encadrer par les principes coopératifs. Les sociétés coopératives possèdent entre autres deux des aspects essentiels nécessaires à toute organisation désirant défendre des intérêts collectifs et communautaires. Ils s'agissent de la représentativité de totalité des membres dans les assemblées générales et de la transparence pour un contrôle de la gestion démocratique.

ETUDES

L'INSCRIPTION DE FAUX DOUANIERE DANS L'ESPACE OHADA

Par **Beauclair Njoya Nkamga** (Ph.D. Droit des affaires)
Consultant
Cabinet **Zoll & Legal**

1- L'inscription de faux douanière est une procédure qui vise à contester la véracité de la pièce de la procédure douanière qui porte l'appellation de procès-verbal, lorsque celui-ci fait foi jusqu'à inscription de faux ; c'est à dire lorsqu'il a été rédigé par au moins deux agents de douane[1211]. L'inscription de faux vient ainsi *« au secours des prévenus de contraventions qui prétendent avoir de justes motifs d'attaquer les faits constatés par des procès-verbaux dirigés contre eux »* [1212]. L'action à laquelle elle donne lieu constitue plus exactement un moyen pour dénoncer les éléments consignés dans le procès-verbal par l'administration des douanes, comme étant erronés ou mensongers.

En ceci, l'inscription de faux constitue un outil de sécurisation des affaires. C'est l'un des rares moyens de défense offerts par le législateur douanier aux opérateurs économiques, pour les prémunir contre l'autorité supérieure des procès-verbaux de douanes et, notamment la force probante particulière qui les éloigne du régime de droit commun des actes de procédure.

2- L'évocation de l'analyse de la procédure d'inscription de faux douanière dans l'espace de l'OHADA suscite de prime abord une curiosité consubstantielle au cliché qui voudrait que le droit OHADA soit antagonique des matières expressément étrangères à son champ d'application. A fortiori lorsqu'il est constant que le droit douanier a la particularité d'être un droit spécifique et, un droit que les Etats de la CEMAC[1213], de l'UEMOA[1214] et de la CEDEAO[1215], les trois principales entités communautaires de

---

1211 Voir infra, n°17 et 26 pour les extensions possibles de cette définition.

1212 Cass. Crim. 19 février 1825, Doc. Jur., n° 238 ; ALIX (E.), *Cours de science financière de 1929-1930*, Les droits de douane, Les cours de droit, 1930, p. 260 ; JEANNARD (S.), *Les transformations de l'ordonnancement juridique douanier en France*, LGDJ, Lextenso édition, Tome 52, n°1009, p. 374

1213 Communauté Economique et monétaire de l'Afrique Centrale. La CEMAC est une union douanière et monétaire composée de six pays : le Cameroun, le Tchad, le Congo, le Gabon, la République Centrafricaine et la Guinée Equatoriale. Ces pays ont en commun un Code des douanes communautaire plus global que celui de l'UEMOA, dénommé Code des douanes de la CEMAC, un Tarif des douanes communautaire, etc.

1214 Instituée par un Traité de Dakar le 10 janvier 1994 entré en vigueur le 1er août 1994, l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine est un territoire douanier qui réunit sept Etats francophones et un Etat lusophone de l'Afrique de l'Ouest : le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée-Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo. Ces Etats ont entre eux un Code des douanes communautaire (Annexe au règlement n°09/2001/CM/UEMOA) qui est moins global que celui de la CEMAC. Les Codes des douanes nationaux y ont ainsi une place plus notoire que dans la CEMAC.

1215 La C.E.D.E.A.O., en anglais ECOWAS, est née du Traité de Lagos du 28 mai 1975, entré en vigueur en juin de la même année. Ce Traité, révisé à Cotonou le 24 juillet 1993, est entré en vigueur le 23 août 1995. La CEDEAO réunit 15 des 16 Etats de la région Ouest-africaine à savoir : le Bénin, le Burkina Faso, la Côte d'Ivoire la Guinée, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Togo (pays francophones), le Ghana, la Gambie, le Liberia, le Nigeria, la Sierra Leone, (pays anglophones), le Cap Vert, la Guinée Bissau (pays lusophones) ; En ce sens, voir MARIUS IBRIGA (L.), *La problématique de la juridictionnalisation des processus d'intégration en Afrique de l'Ouest,* http://www.institut-idef.org/IMG/pdf/

l'espace de l'OHADA, ont entendu légiférer dans le cadre du droit communautaire et, notamment, des unions économiques et douanières.

Dès lors, entreprendre une telle analyse peut sembler dévoyé. Au demeurant cependant, n'est-ce pas aussi une obligation pour la communauté scientifique de l'espace OHADA d'intégrer dans son agenda, non seulement les travaux permettant d'accompagner les mutations qui s'opèrent en raison de l'immixtion du législateur de l'OHADA dans des matières n'entrant pas dans son champ[1216], mais aussi ceux portant sur d'autres aspects du droit communautaire de cet espace pouvant constituer des entraves ou des compléments fructueux à l'objectif de sécurisation des affaires poursuivi par le droit OHADA ?

3- Une lecture des différents codes des douanes de l'espace OHADA laisse noter que d'une part, la procédure d'inscription de faux douanière est en général consacrée et, d'autre part, elle fait l'objet d'une pratique qui interpelle non seulement sur son caractère apparemment suranné, mais aussi sur l'impact des approches textuelles divergentes qui ponctuent son régime juridique dans cet espace. Ainsi par exemple, on se rend compte que, contrairement aux autres codes des douanes, un seul article du code des douanes de la République Démocratique du Congo (RDC) évoque, de manière d'ailleurs très imprécise, cette procédure[1217]. Ceci, dans un contexte où l'heure est à la modernisation des procédures douanières et à la limitation des pouvoirs exorbitants de l'administration douanière, à l'aune des travaux effectués par les organisations telles que l'OMC[1218], l'OMD[1219] et l'OHADA, la doctrine et la jurisprudence.

4- Contrairement à la procédure pénale qui connaît de multiples formes de procès-verbaux, soumis à un formalisme particulier[1220], le droit douanier ne prévoit que deux types de procès-verbaux répondant à des phases procédurales bien distinctes : le procès-verbal de saisie et le procès-verbal de constat. Le Code des douanes (CD) de la CEMAC, celui de l'UEMOA et notamment les codes de douanes des Etats membres de cette entité et de la CEDEAO[1221], distinguent la force probante des procès-verbaux, non pas en raison de la nature de l'acte, mais en raison du nombre de ses signataires. Ils précisent à cet effet, par exemple à l'article 310 du CDCEMAC que : *« 1. Les procès-verbaux de douane rédigés par deux agents des douanes font foi jusqu'à inscription de faux des constatations matérielles qu'ils relatent.*

1216 A l'instar de l'Acte uniforme portant droit des sûretés qui impose certaines de ses dispositions au cautionnement douanier ; Voir en ce sens Njoya Nkamga (B.), *Le cautionnement douanier CEMAC au lendemain de la réforme de l'Acte uniforme portant des sûretés OHADA*, Revue de Droit des Affaires OHADA, n°01, Sept 2012.

1217 Article 361 de l'Ordonnance-Loi N° 10/002 du 20 août 2010 portant Code des douanes de la RDC : *« 1. Les procès-verbaux d'infraction en matière douanière font foi jusqu'à ce que fausseté en soit prouvée, en tant qu'ils relatent des opérations ou des constatations faites par les verbalisateurs.2. Ils valent titre pour prendre toutes mesures conservatoires utiles à l'encontre des personnes pénalement ou civilement responsables, à l'effet de garantir les créances douanières de toute nature résultant desdits procès-verbaux. »*

1218 Organisation Mondiale du Commerce

1219 Organisation Mondiale des Douanes

1220 Procès-verbal de perquisition, d'audition, de notification, de placement en garde à vue, etc.

1221 qui sont des Etats parties de l'OHADA

2. Ils ne font foi que jusqu'à preuve contraire de l'exactitude et de la sincérité des aveux et déclarations qu'ils rapportent. »[1222]. Simplement, les procès-verbaux de douane constituent des actes authentiques[1223].

5- Les articles 313 à 315 du CDCEMAC, 186 à 188 du CD du Burkina Faso, 214 à 216 du CD de la Côte d'ivoire, 118 à 120 du CD du Niger, 277 à 279 du CD du Mali, 235 à 237 du CD du Sénégal, 264 à 266 du CD du Benin, 239 à 240 du CD de la Guinée Bissau, 213 à 215 du CD du Togo indiquent le régime procédural de l'inscription de faux douanière. Il en résulte que le principe est celui d'attaquer en faux ces procès- verbaux par la procédure spéciale de faux incident. Le Code des douanes indique bien l'inapplicabilité en matière douanière du régime général de l'inscription de faux ; lequel régime veut que le faux puisse être soulevé à titre principal ou à titre incident et seulement à l'encontre des actes authentiques[1224].

Ainsi, l'inscription de faux douanière ne doit être recevable que si elle est incidente à un procès à l'occasion duquel la pièce arguée de faux est produite. Cette procédure a ainsi le caractère d'un incident auquel il ne peut être donné suite par la juridiction saisie qu'autant qu'il se rattache à une instance principale et qu'il est de nature à exercer une influence sur la solution de cette instance.

6- Cette réalité est particulièrement problématique dans l'espace de l'OHADA où le contentieux douanier semble avoir perdu sa nature fondamentale de contentieux judiciaire en faveur de la prégnance pratique des règlements administratifs des litiges douaniers liés à la place de la transaction en matière de règlements des litiges douaniers.

En outre, le régime de l'inscription de faux découlant des dispositions précitées met en place un régime de délai[1225] pour agir très rigoureux. Bien plus, il comporte des variations textuelles selon les législations et suppose un contrôle approfondi exercé par le juge sur les motifs avancés par les prévenus pour établir la fausseté des constatations de l'administration des douanes.

1222 Article 310 du Code des douanes de la CEMAC, Article 211 du Code des douanes de la Côte d'ivoire (Loi n° 64-291 du 1er Août 1964 modifiée par l'ordonnance n°88-225 du 2 Mars 1988, Article 183 du Code des douanes du Burkina Faso (Loi 03/92/ADP du 3 décembre 1992 portant révision du Code des douanes), Voir infra pour les autres Codes.

1223 Les agents de douane établissent les procès-verbaux en vertu de leur serment exigé par les articles 63 et suivant du CDC

1224 Voir à cet effet, en matière civile, l'article 1319 du Code civil : *« - L'acte authentique fait pleine foi de la convention qu'il renferme entre les parties contractantes et leurs héritiers ou ayants cause.Néanmoins, en cas de plaintes en faux principal, l'exécution de l'acte argué de faux sera suspendue par la mise en accusation; et, en cas d'inscription de faux faite incidemment, les tribunaux pourront, suivant les circonstances, suspendre provisoirement l'exécution de l'acte ».* La procédure d'inscription en faux n'est pas la seule voie par laquelle l'irrégularité d'un acte authentique peut être établie (Arrêt n°287/p du 8 juin 1995. Aff. Veuve Monthé née Tchato Louise c/ MP. Tribune du droit n°015, p.20». Par un arrêt de principe, prononcé le 26 mai 1964, la Cour de cassation a précisé le champ d'application de l'article 1319 du Code civil (Cass. 1ère civ., 26 mai 1964 ; JCP 64, II, 13758) : « L'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux de l'existence matérielle des faits que l'officier public y a énoncé comme les ayant accomplis lui-même …. dans l'exercice de ses fonctions ».

1225 Ce délai varie selon le législateur. Dans la CEMAC, il est de trois jours. Dans les Etats de la CEDEAO et de l'UEMOA, il varie : cinq jours pour la Côte d'Ivoire, huit jours pour le Burkina, etc.

En pratique ces caractéristiques ne favorisent pas la mise en œuvre de cette procédure. Pire, elles donnent l'impression d'une situation de plusieurs poids et mesures dans un espace où la protection des opérateurs économiques devrait être harmonisée ou uniformisé.

7- Dans un contexte où les enjeux de la modernisation de la Douane ainsi que la garantie des droits de la défense des prévenus et la sécurisation harmonisée des affaires sont plus que d'actualité, la question se pose alors de savoir si l'inscription de faux douanière dans l'espace de l'OHADA demeure un moyen de défense nécessaire. Plus précisément, n'est-ce pas une technique de défense surannée qui mériterait d'être ignorée dans les réformes douanières futures ? Autrement dit, cette procédure mérite-telle au contraire d'être revigorée ?

8- Dans un tel contexte, l'intérêt de la présente étude est indéniable. Ce d'autant plus qu'au regard des évolutions qui ont été perçues dans les droits douaniers étrangers à l'OHADA, la procédure d'inscription de faux constitue un mécanisme procédural particulier de défense des droits des opérateurs économiques prévenus à une instance. Dans une certaine mesure, cette réalité est également vraie dans l'espace OHADA. Ici, l'inscription de faux est un moyen de défense certain et relativement constant (I). Cette procédure qui a connu des fortunes diverses en raison des mutations textuelles et de la pratique contentieuse douanière de l'espace OHADA mérite cependant d'être revigorée (II).

I- L'inscription de faux douanière : un moyen de défense certain et relativement constant

9- Les mutations observées dans les dispositions régissant l'inscription de faux douanière dans les Etats parties de l'OHADA n'ont pas immolé ce moyen de défense dans cet espace. Il demeure certain dans son principe (A) et relativement constant dans ses finalités (B).

A- Un moyen de défense certain

10- Cette certitude découle de la conservation de son mécanisme particulier (1) et de son champ d'application qui demeure relativement précis (2) dans la quasi-totalité des Etats membres de l'OHADA.

1- Le mécanisme particulier de l'inscription de faux douanière : le faux incident

11- L'inscription de faux contre les procès-verbaux de douanes faisant foi jusqu'à inscription de faux est une procédure qui procède du faux incident devant le tribunal qui est saisi d'une affaire de douane fondée sur les constatations matérielles du procès-verbal. Il s'agit d'une procédure qui impose au juge de vérifier si le procès-verbal argué de faux est utile ou inutile au jugement dès lors que le défendeur à l'incident entend s'en prévaloir.
Cette procédure équivaut à une production incidente d'observations écrites en démonstration du faux contesté. Elle a le caractère d'un incident auquel il ne peut être donné suite par la juridiction saisie qu'autant qu'elle se rattache à une instance

principale et qu'elle est de nature à exercer une influence sur la solution de cette instance. L'hypothèse est celle où le prévenu a été sommé de comparaitre devant le tribunal qui doit connaitre de l'infraction relevée dans le procès-verbal.

12- Ce caractère impose une distinction entre l'inscription de faux incident, qui seule est admise en matière douanière contre les procès-verbaux de douane faisant foi jusqu'à inscription de faux, et la poursuite en faux principal[1226]. L'objet de l'inscription de faux ouverte contre les procès-verbaux de douane est de permettre aux personnes qui, sur le fondement de procès-verbaux, sont devenus des « prévenus » à un procès, d'attaquer les faits constatés par les procès-verbaux dirigés contre eux[1227].

Sa démarche telle qu'indiquée par les différents Codes des douanes[1228] est la suivante :

- Celui qui veut s'inscrire en faux contre un procès-verbal doit en faire déclaration par écrit ;
- Cette déclaration doit être faite au plus tard à l'audience indiquée par la sommation de comparaitre devant le tribunal qui doit connaitre de l'infraction ;
- Le déclarant doit, dans un très bref délai, faire au greffe dudit tribunal le dépôt des moyens de faux et des noms et qualités des témoins qu'il veut faire entendre ;
- Cette déclaration doit être reçue et signée par le juge et le greffier dans le cas où le déclarant ne sait ni écrire ni signer.

13- La déclaration d'inscription de faux doit être faite en personne ou par un fondé des pouvoirs spécial passé devant notaire. Cette exigence pourrait avoir pour conséquence que même les avocats investi du traditionnel monopole de la représentation des parties à l'instance devraient veiller à ne faire cette déclaration qu'en vertu d'un pourvoir spécial passé devant notaire.

En outre, la déclaration d'inscription de faux doit être accompagnée, dans le délai imparti[1229] des moyens de faux ainsi que des pièces visées, que le déclarant invoque pour établir le faux. Ainsi, s'il s'agit d'un faux matériel, le déclarant doit indiquer en quoi il consiste : raturage, surcharge, etc., et s'il s'agit d'un faux intellectuel, il se doit d'indiquer expressément les faits tendant à établir la fausseté des énonciations contenues dans le procès-verbal litigieux.

14- Par ailleurs, l'inscription de faux est un moyen de défense qui doit être utilisé ou présenté *in limine litis*, avant toute défense au fond[1230]. Lorsqu'une inscription de faux est régulièrement introduite contre un procès-verbal douanier constatant l'infraction, matérialisant la fraude, l'autorité compétente[1231] doit faire en sorte qu'il soit statué sans délai sur l'inscription de faux.

1226 Les deux actions diffèrent en effet dans leurs objets, dans leurs formes et sont absolument indépendantes l'une de l'autre.

1227 BERR (Cl.J.) et TREMEAU (H.), Le *droit douanier communautaire et national*, 7ème éd., Economica, n°981, p. 540 ; Cass. crim., 7 mars 1996, Bull. crim. n°108, p.31

1228 A l'exception du Code des douanes de la RDC ; Voir par exemple l'article 313 du CD CEMAC.

1229 Trois jours qui suivent la déclaration pour le CD CEMAC, Cinq ou huit jours pour d'autres. Voir infra pour plus de précisions sur les différents délais.

1230 Article 313 CDCEMAC ; Cass. com., 6 mars 1989, Bull. Crim. 102

1231 Procureur de la République dans la CEMAC et dans quelques autres pays, Juge ailleurs.

En droit douanier français, ont été admis à ce titre par exemple comme moyen de preuve l'alibi disculpant entièrement le prévenu[1232], la preuve qu'une voiture était sur la route légale et non sur un chemin détourné du bureau[1233]. Cette jurisprudence justifierait que le prévenu auquel il est reproché, sur procès-verbal, d'avoir effectué le transit Ex8 sans respecter la route à utiliser dans le cadre du système de GPS tel qu'exigé au Cameroun par l'Instruction ministérielle n° 170/MINFI/DGD du 19 mars 2009 instituant un dispositif douanier de suivi par GPS des marchandises sous douane en circulation[1234] puisse se disculper en s'inscrivant en faux pour rapporter la preuve qu'il a bel et bien respecté la route légale. La juridiction saisie de l'infraction peut alors surseoir à statuer jusqu'au jugement de l'inscription de faux.

15- Sur un autre plan, cette action judiciaire douanière spéciale qu'est l'inscription de faux est particularisée par son champ d'application.

2- Le champ d'application de l'inscription de faux douanière

16- En matière d'inscription de faux, c'est le procès-verbal lui-même qui doit être attaqué si le justiciable entend contredire les éléments qu'il contient. Cette règle tire son fondement non seulement de la force probante attachée au procès-verbal de douane établi par au moins deux agents de douane, mais aussi dans le fait que « le procès-verbal doit suffire pour asseoir un jugement » en raison du fait que les infractions douanières n'ont souvent aucun témoin et ne laissent aucune trace[1235]. Au regard des textes en vigueur, seules les « constatations matérielles » (1) que relatent les procès-verbaux de douane rédigés par deux agents assermentés (2) font foi jusqu'à inscription de faux.

a- Seules les constatations matérielles font l'objet de l'inscription de faux

17. Pour préciser ce à quoi cette affirmation renvoie, les professeurs Claude J. BERR et Henri TREMEAU dans leurs ouvrages sur le droit douanier[1236] formulent le problème en ces termes : « *Que faut-il entendre par constatation matérielle ? La force probante s'attache-t-elle à la rédaction elle-même ou à la constatation effectuée par les agents rédacteurs ?* »

En guise de réponse ces éminents auteurs précisent qu' *« il est généralement admis que les constatations matérielles auxquelles est reconnue un effet probatoire privilégié sont celles qui tombent sous le sens des observateurs, telles que le lieu où l'infraction a été constatée, la nature des marchandises, les circonstances dans lesquelles l'arrestation a*

[1232] Cass. crim., 1er février 1825, Bull. crim., n°61 ; BERR (Cl.J.) et TREMEAU (H.), op. cit., n°788, p. 460

[1233] Cass. crim., 30 juillet 1822, S. 1823,I, 54.

[1234] Et la Note de Service n°113/MINFI/DGD du 01 juin 2009 organisant la mise en œuvre du dispositif de suivi par GPS des marchandises sous douane en circulation.

[1235] MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, Tome II, n°235, p. 292 ; CREN (R.) *Poursuites et sanctions en droit pénal douanier,* Thèse de doctorat en droit privé spécialité droit pénal, Université de Panthéon-Assas, 16 nov. 2011, p. 142, n°25

[1236] *Le droit douanier communautaire et national*, 7ème édition, Economica, n° 987, p. 543 ; *Le droit douanier, Régime des opérations de commerce international en France et dans la CEE,* LGDJ, 1981, 2ème édition revue et augmentée, n°794, p. 482.

été opérée[1237]*, la reconnaissance d'un fuyard*[1238]*. En revanche, dès lors que les agents ont été conduits à faire œuvre de déduction intellectuelle*[1239] *ou lorsqu'ils se sont contentés de faire état de leurs impressions personnelles, les solutions de la jurisprudence varient suivant les circonstances et les décisions manquent parfois de cohérence. Ainsi, a –t-il été jugé que la mention de l'heure légale supposait un effort d'abstraction dépassant le cadre de la simple constatation*[1240]*, que l'identité des fraudeurs ne peut résulter d'une simple constatation par les sens*[1241]*, que la mention dans un procès-verbal relatant saisie effectuée à proximité de la côte, que l'état de la mer au large était propre à la navigation, n'est que l'expression d'une opinion et n'empêche pas que le prévenu soit admis à prouver par témoins que la grosse mer avait contraint son navire à se rapprocher de la côte*[1242]*. De même, sont exclues du champ des simples constatations matérielles celles qui supposent une compétence scientifique ou technique dont est normalement dénué un profane »*.

Il en résulte pour l'essentiel que par constatations matérielles, il faut entendre notamment le lieu où l'infraction a été constatée, la nature des marchandises, les circonstances dans lesquelles une arrestation a été opérée...

b- Seules les constatations faites personnellement par au moins deux agents de douane font l'objet de l'inscription de faux

18- Le législateur est assez constant quant à ce critère portant sur le nombre de personnes assermentées requis pour que le procès-verbal puisse faire l'objet d'une procédure d'inscription de faux. Seules les constatations faites personnellement par au moins deux agents assermentés de douane ou, dans un certain nombre de pays[1243], d'autres administrations, peuvent faire l'objet d'une inscription de faux douanière. C'est que la force probante particulière qu'il s'agit de paralyser par cette procédure particulière n'est reconnue qu'aux constatations que deux agents assermentés ont pu faire personnellement, et non à la relation de fait rapportée par les tiers.

C'est dire qu'il faut que deux critères cumulatifs soient réunis : d'une part, les constatations consignées doivent être effectuées par deux agents assermentés et, d'autre part, ces constatations matérielles doivent être effectuées simultanément par l'un et l'autre agent.

1237 Cass. crim., 26 juin 1952, Doc. cont., n°1009.- 8 janvier 1952, *ibid,* n° 1033- 25 octobre 1945, *ibid., n°753*

1238 Pau 20 juin 1962, Doc. cont., n°1435.

1239 Une intéressante application de cette idée a été faite par la Cour de cassation (Cass. crim., 4 novembre 1975, Doc. cont., n°1617). En l'espèce, la relaxe des prévenus a été prononcée sans encourir la censure de la cour de cassation, car l'identité affirmée par le procès-verbal entre des marchandises importées de Belgique et d'autres marchandises originaires d'Espagne ne résultait que de la « conviction affirmée par les agents de douanes à la suite de déductions auxquelles ils se sont livrés ». La Cour ajoute que ces procès-verbaux, dès lors qu'ils ne contenaient aucune constatation matérielle et ne rapportaient ni déclaration ni aveux, ne pouvaient avoir valeur que de simples renseignements qui pouvaient être valablement combattus par la production de certificats d'origine réguliers qui contiennent une « présomption d'égale importance ».

1240 Trib. corr. Nice, 19 février et 3 avril 1951, Aix-en-Provence 10 décembre 1951, Doc. cont., n°994

1241 Cass. crim., 9 janvier 1958, Doc. cont., n°1248.

1242 Cass. crim., 28 janvier 1851, DP 1851, I, 90.

1243 Voir infra, n°26 notamment

19- Il convient de relever que le législateur ne fait pas en général de précision ou de discrimination quant au grade de l'agent de douane et des autres agents. Mais, dans tous les cas, il devrait s'agir de personnes effectivement habilitées et pouvant donner un caractère d'acte authentique au procès-verbal de douane.

Ne peuvent en conséquence pas faire l'objet de la procédure d'inscription de faux douanière : les procès verbaux dressés par un seul agent des douanes ou par plusieurs agents non assermentés, ainsi que ceux dont les constatations matérielles ne sont pas effectuées simultanément par l'un et l'autre agent assermenté.

B- Un moyen de défense relativement constant

20- Le régime juridique de l'inscription de faux douanière a subi des variations dans plusieurs législations de l'OHADA (1). L'analyse de ces variations révèle qu'en dépit des modifications qu'elles entraînent, l'inscription de faux conserve sa quintessence en raison de leur faible impact (2).

1- Les variations législatives intervenues

21- Elles s'observent à travers les différents Codes douaniers et tiennent soit de l'augmentation du délai de la production des moyens de faux par le prévenu, soit de la suppression ou la non reprise des certaines dispositions classiques, soit d'un souci de clarification.

a- L'augmentation du délai de la production des moyens de faux par le prévenu

22- Contrairement à l'UEMOA dont le Code communautaire des douanes[1244] a préféré renvoyer aux législations nationales pour ce qui est de la procédure de l'inscription de faux[1245], le Code des douanes de la CEMAC organise lui-même ce régime. Ses dispositions y relatives sont apparemment semblables à celles des Etats de l'UEMOA et de la CEDEAO. Mais une lecture comparée de ces différents textes révèle les variations textuelles suivantes, dont les conséquences sont plus ou moins importantes sur les principes et les enjeux de l'inscription de faux.

L'article 313 du CD CEMAC[1246] fixe le délai de production des moyens de faux à trois jours à compter de la déclaration d'inscription de faux. Ainsi, celui qui entend s'inscrire en faux dans la CEMAC a, sous peine de déchéance de cette procédure, trois jours pour déposer ses moyens de faux ainsi que les informations et pièces requises au greffe du tribunal concerné. Au Burkina Faso, ce délai est de huit jours. En côte d'ivoire, il est de cinq jours. Au Mali, il est de dix jours[1247]. Au Sénégal, il est de cinq jours[1248]. En Guinée

---

1244 Annexe au règlement n°09/2001/CM/UEMOA

1245 Voir Articles 2 : *« - La réglementation douanière en vigueur au sein de l'UEMOA est constituée par le présent Code et les dispositions légales ou réglementaires édictées pour son application par les instances communautaires, ou par les instances nationales.»* et 189 du CDU **: « -** *Demeurent applicables les dispositions du code des douanes des États qui ne sont pas contraires au présent règlement ».*

1246 Issu du Règlement n°05/01-UDEAC-097-CM portant révision du Code des douanes de la Communauté Economique et Monétaire d'Afrique Centrale entré en vigueur le 1er janvier 2004

1247 Article 277(2) du Code des douanes issu de la Loi N° 01-075 du 18 Juillet 2001

Bissau, il est de dix jours[1249]. Au Togo, il est de huit jours[1250]. Au Benin, il est de trois jours[1251] et au Niger, il est huit jours[1252].

Il en résulte qu'en dehors du législateur Béninois, tous les autres législateurs ont opté pour un délai plus long que celui adopté dans la CEMAC en 2001.

2- La suppression ou la non reprise des certaines dispositions classiques

23- Une lecture des codes de douanes précités révèle également des variations des dispositions régissant l'inscription de faux, tenant à la suppression ou la non reprise de certaines dispositions. Les premières portent sur certains termes utilisés alors que les secondes correspondent à des suppressions ou non reprises des dispositions entières.

a- La variation des termes

24- Les différents législateurs ont opté pour tels ou tels termes dans la formulation du régime de l'inscription de faux. Nous nous limiterons ici aux variations qui peuvent avoir des implications fortes. Sont donc ignorées celles qui ne tiennent qu'au vocabulaire, à l'instar de l'utilisation des expressions *« le déclarant ne sait ni écrire ni signer »* et « *le déclarant ne sait écrire ni signer »* qui, en fin de compte, renvoient à la même chose.

25- Il en est en revanche ainsi de l'expression «, le *Procureur de la République fait les diligences convenables pour y statuer sans délai »* utilisé à l'article 314 du CD CEMAC pour obliger les autorités judiciaires compétentes à statuer sans délai pour ce qui est de l'inscription de faux contre un procès-verbal constatant la fraude. En effet, dans d'autres législations telle que le CD du Sénégal, c'est l'expression : « …, *le juge fait les diligences y relatives pour y statuer sans délai »* qui est consacrée[1253].

26- D'autres variations sont plus larges encore. C'est le cas par exemple des articles 236 du Code des douanes Sénégalais qui comporte plusieurs expressions distinctes de celles de l'article 314 du CD CEMAC. Tandis que l'article 314 énonce que : *«1. Dans le cas d'une inscription de faux contre un procès-verbal constatant la fraude, si l'inscription est faite dans le délai et suivant la forme prescrite par l'article précédent et en supposant que les moyens de faux, s'ils étaient prouvés, détruisent l'existence de la fraude à l'égard de l'inscrivant, le Procureur de la République fait les diligences convenables pour y faire statuer sans délai.*
2. Il pourra être sursis au Jugement de l'infraction jusqu'après le jugement de l'inscription de faux; dans ce cas, le tribunal saisi de l'infraction ordonne provisoirement la vente des marchandises sujettes à dépérissement et des animaux qui auront servi au transport.»,

---

1248 Article 235(2) du Code des douanes du 8 Décembre 1987. Ce code des douanes est en cours de révision

1249 Article 239(2) de l'ordonnance N° 091/PRG/SGG du 8 janvier 1991, portant mise en vigueur du Code des douanes de la République de Guinée.

1250 Article 213(2) du Code des douanes issu de la Loi N ° 66-22 du 23 décembre 1966 modifié

1251 Article 264(2) du Code des douanes du 28 décembre1967.

1252 Article 118(2), Loi n° 61-17 du 31 mai 1961, déterminant le Régime douanier de la République du Niger, modifications subséquentes et textes réglementaires d'application, Mise à jour, Juillet 2000

1253 Article 187

l'article 236 énonce : « 1. *Dans le cas d'une inscription de faux contre un procès-verbal constatant la fraude, si l'inscription est faite dans le délai et suivant la forme prescrite par l'article précédent, il est statué sur le faux dans les formes du droit commun.*
2. La juridiction saisie de l'affaire de douane décide, après avoir recueilli les observations du ministère public et des parties, s'il y a lieu ou non de surseoir jusqu'à ce qu'il ait été prononcé sur le faux par la juridiction compétente.
S'il décide qu'il y a lieu de surseoir, le tribunal ordonne provisoirement la vente des marchandises sujettes à dépérissement et des animaux qui ont servi au transport. ».

Ces variations peuvent avoir des implications différentes, par exemple suivant l'organisation judiciaire des pays concernés.

b- Les suppressions ou non reprises de certaines dispositions

27- La principale catégorie porte sur l'utilisation de l'expression « *ou de toute autre administration* » à l'article qui indique que les procès-verbaux rédigés par deux personnes compétentes font foi jusqu'à inscription de faux.

Chaque législateur y va suivant qu'il entend ou non assurer une cohérence ou une certaine clarté par rapport aux autres dispositions du code des douanes. C'est ainsi que tandis que le CD CEMAC énonce à l'article 310 simplement que : *« 1. Les procès-verbaux de douane rédigés par deux agents des douanes font foi jusqu'à inscription de faux des constatations matérielles qu'ils relatent. »,* l'article 183 du CD du Burkina Faso énonce que : *« 1. Les procès-verbaux de douane rédigés par deux agents des douanes ou de toute autre administration font foi jusqu'à inscription de faux des constatations matérielles qu'ils relatent »* et, l'article 274 du CD du Mali que : *« 1. Les procès-verbaux de douane rédigés par deux agents des Douanes ou par deux agents de toute autre administration habilitée font foi jusqu'à inscription de faux des constatations matérielles qu'ils relatent »*[1254]*.* De même l'article 211 du CD de la Côte d'ivoire énonce que : *« 1° Les procès - verbaux de douane rédigés par deux agents assermentés des douanes ou de toute autre administration, font foi jusqu'à inscription de faux des constatations matérielles qu'ils relatent ».*

Il en résulte que bien que tous ces codes de douanes consacrent le concours que peuvent apporter les autres administrations dans la constatation des infractions douanières par les procès-verbaux, chacun le met en relief plus ou moins impérativement suivant la place qu'il entend donner à ce concours. Ainsi, dans la mesure où préalablement, et contrairement à la plupart des autres législateurs, il a pris la peine, à l'article 220, de préciser les administrations ainsi investies, le Code des douanes Sénégalais insiste particulièrement sur la soumission des procès- verbaux des autres administrations à cette procédure. Sa formule énoncée à l'article 232 est la suivante : *«1. Les procès-verbaux de douane rédigés par deux agents des Douanes et les procès-verbaux constatant des infractions douanières rédigées par deux agents assermentés parmi ceux visés à*

1254 Il en est également de l'article 261 du CD du Benin.

l'article 220[1255] *du présent Code font foi jusqu'à inscription de faux des constatations matérielles qu'ils relatent ».*

c- Le caractère imprécis et incomplet de la consécration congolaise

28- Comme indiqué ci-dessus, contrairement aux autres législations de l'espace de l'OHADA, une seule disposition du Code des douanes de la RDC fonde le principe ou la possibilité de la procédure d'inscription de faux douanière contre les procès-verbaux de douane : l'article 361 de l'Ordonnance-Loi n° 10/002 du 20 août 2010 portant Code des douanes de la RDC.

29- Cependant, bien que rappelant en partie le premier alinéa de l'article 310 du CD CEMAC, qui énonce : « *Les procès-verbaux de douane rédigés par deux agents des douanes font foi jusqu'à inscription de faux des constatations matérielles qu'ils relatent »,* l'article 361du CD RDC est extrêmement sommaire. De même, il ne fait pas, contrairement aux dispositions des autres codes qui posent le principe de cette procédure, de distinction entre les procès-verbaux qui font foi jusqu'à inscription de faux et les procès- verbaux qui font foi jusqu'à preuve du contraire. Il énonce en effet simplement que : *« 1. Les procès-verbaux d'infraction en matière douanière font foi jusqu'à ce que fausseté en soit prouvée, en tant qu'ils relatent des opérations ou des constatations faites par les verbalisateurs.*
2. Ils valent titre pour prendre toutes mesures conservatoires utiles à l'encontre des personnes pénalement ou civilement responsables, à l'effet de garantir les créances douanières de toute nature résultant desdits procès-verbaux. ».

30- Il en résulte à la fois une certitude et une incertitude.
L'incertitude est celle de l'existence pratique de la procédure d'inscription de faux en RDC. En effet, d'une part, la procédure et les modalités de l'inscription de faux douanière ne sont pas prévues par le Code des douanes, ni par un autre texte à notre connaissance. Ceci est de nature à poser un problème sérieux dans la mesure où on sait qu'assez classiquement l'inscription de faux douanière est une procédure très formaliste qui impose à celui qui en prend l'initiative des délais très brefs[1256] et oblige le juge à prendre des mesures adéquates et diligentes.

[1255] Article 220 « *1. La mission de recherche et de constatation des infractions en matière douanière relève à titre principal de la compétence des inspecteurs et officiers, contrôleurs et sous-officiers et, d'une manière générale, des agents de l'Administration des Douanes.Toutefois, les agents assermentés de la force publique et des autres administrations habilités à constater des infractions à la loi, peuvent apporter leurs concours à l'Administration des Douanes conformément aux conditions et limites fixées par le présent Code.*

Les agents assermentés visés ci-dessus sont :
- les officiers, sous-officiers et gendarmes de la Gendarmerie nationale,
- les agents de la Sûreté nationale,
- les agents des Eaux et Forêts et Chasses,
- les agents du Contrôle économique,
- les agents des Parcs nationaux,
- et d'une manière générale tous les fonctionnaires assermentés. »

[1256] BERR (Cl.J.) et TREMEAU (H.), *Le droit douanier communautaire et national*, 7ème éd., Economica, n°981, p. 540 ; Cass. crim., 7 mars 1996, Bull. crim. n°108, p.31.

D'autre part, dans la mesure où on sait que la procédure d'inscription de faux de droit commun est une procédure qualifiée de chicanière, la question se pose de savoir si un opérateur économique, qui a ainsi le choix entre deux moyens de défense (la preuve contraire et l'inscription de faux), pourrait choisir le moyen de défense le plus difficile. La réponse sensée étant bien évidement négative, ceci ne pourrait que porter un sérieux coup à l'existence de l'inscription de faux en droit douanier congolais.

31- La certitude quant à elle est celle de la possibilité, sur la base de cette disposition, d'exercer une procédure d'inscription de faux autant qu'une procédure permettant la simple preuve contraire des constatations des procès-verbaux. En pratique en effet, l'utilité de la procédure du faux incident pourrait s'affirmer au regard de la force probante attachée aux procès-verbaux d'infraction douanières par l'alinéa 2 de l'article 361 du CD RDC.

2- Le faible impact des variations législatives : la survivance de la procédure d'inscription de faux douanière

32- Une lecture de l'impact des variations législatives ci-dessus présentées impose de constater qu'en général, il s'agit de variations qui n'altèrent ni l'essence, ni le but, ni la procédure d'inscription de faux au point de l'en priver de sa spécificité et de son originalité. Il s'agit pour l'essentiel de variations mineures qui sont rassérénées par une certaine résistance de cette procédure. Cette dernière survit et est relativement constante.

Qui plus est, la majorité des variations semble motivée soit par le souci de clarification, soit par celui d'adapter l'inscription de faux aux règles de l'organisation judiciaire en vigueur dans l'Etat concerné, soit par le souci de donner plus de temps au prévenu afin qu'il s'inscrive en faux.

A titre d'exemple, pour ce qui est de l'allongement du délai de production des moyens de faux, en considérant le but essentiel de l'enfermement de la procédure d'inscription de faux douanière dans des délais brefs, à savoir, garantir les agents de douane contre des actions téméraires[1257], on se demande en quoi un délai plus long d'une semaine, pour les plus long délais consacrés, pervertit-il fondamentalement le régime de l'inscription de faux ? Un tel allongement de ce délai, bien qu'étant plus respectueux des droits des prévenus, change-t-il grand-chose au régime de l'inscription de faux douanière dans l'espace OHADA ? Le faible impact de ces allongements de délais sur la nature de cette procédure est de nature à assurer la survivance de cette procédure.

II- L'inscription de faux : une procédure à revigorer

33- La procédure d'inscription de faux douanière est éprouvée par la pratique contentieuse douanière en vigueur dans les Etats de l'OHADA (A). Pourtant, l'idée de la revigorer, loin de simplement séduire, semble s'imposer et appeler certaines évolutions (B).

1257 BERR (Cl.J.) et TREMEAU (H.), op. cit. ; Cass. crim., 7 mars 1996, Bull. crim. n°108, p.31

A- Une procédure éprouvée par la pratique contentieuse douanière des Etats de l'OHADA

34- La pratique contentieuse douanière des Etats parties de l'OHADA n'est pas très riche en matière d'utilisation de la procédure d'inscription de faux. Cette carence ne saurait avoir pour seule explication l'évitement de cette procédure par les opérateurs économiques en raison de sa relative complexité. L'autre explication, d'ailleurs plus probante et inhérente à la spécificité du faux incident qu'incarne cette procédure, réside dans le fait que le juge judiciaire ne soit pas en pratique très saisi des contentieux douaniers. Or, il est impossible d'utiliser la procédure d'inscription de faux douanière en dehors de son champ d'application. Plus concrètement, deux principales pratiques concourent à reléguer l'inscription de faux au second plan : la prégnance de la procédure administrative de règlement des litiges douaniers (1) et le recours plus aisé à la solution de la nullité du procès-verbal de douane (2).

1- La prégnance de la procédure administrative de règlement des litiges douaniers

35- Assez classiquement, en matière de douane, comme des droits indirects, il est de principe que les tribunaux de l'ordre judiciaire sont compétents. Cette règle qui remonte aux premiers temps de la Constituante en France a été clairement posée par la législation douanière[1258], de sorte que, sauf à préciser exactement les limites de leur incompétence, les tribunaux administratifs sont radicalement incompétents en matière de litiges douaniers, à moins que ce soit exceptionnellement, en application des principes généraux du droit public.

36- Cependant, soucieuse d'utiliser de manière optimale les instruments non juridictionnels de résolution des litiges douaniers à l'instar de la transaction, la Douane œuvre de plus en plus pour une gestion administrative des litiges douaniers. C'est ainsi qu'en plus de la généralisation de la pratique des appels à "clôturer administrativement"[1259] les litiges douaniers, elle n'hésite pas de faire adopter par le législateur des règles de procédure qui confirment de manière obligatoire l'administration au centre de certaines procédures contentieuses douanières. Ce qui a pour effet, entre autre, de créer confusion tant au niveau des agents de douanes que des opérateurs économiques et autres acteurs du droit et du contentieux douanier, quant à la prégnance ou non de cette tendance en matière de litige portant sur les procès-verbaux faisant foi jusqu'à inscription de faux.

37- Cette réalité mérite une certaine attention, ne serait-ce qu'en raison de l'inexistence d'un mécanisme de recensement et de diffusion des solutions appliquées par la Douane aux litiges douaniers clôturés administrativement par elle. Mais, cette attention ne doit pas aller au-delà de la réalité. Elle doit se limiter à cette tendance à la dénaturation de la

---

1258 Pour la CEMAC, voir par exemple les articles 334 et suivants du Code des douanes.

1259 Cette technique utilisée par l'administration des douanes trouve sa légalité sur le particularisme de la transaction en matière douanière. Elle est tellement utilisée que l'éclosion d'une jurisprudence du contentieux douanier dans ces Etats semble relever du rêve.

procédure contentieuse douanière, sans lui accorder plus d'importance qu'elle n'en a réellement. En effet, les reformes intervenues n'ayant pas touché aux fondamentaux de la procédure d'inscription de faux, la survivance du caractère essentiellement judiciaire de cette procédure mérite d'être rappelée.

2- Le recours plus aisé à la solution de la nullité du procès-verbal de douane

38- La constatation des infractions douanières donne lieu à un important contentieux portant sur la validité du procès-verbal de douane. Dans cette hypothèse où le différend porte plutôt sur la validité du procès-verbal, il est prévu une procédure spéciale de contestation : le recours en annulation prévu entre autre par l'article 312 du CD CEMAC.

Ce texte a le mérite de préciser la compétence des tribunaux en la matière en énonçant que : *« les tribunaux ne peuvent admettre contre les procès- verbaux de douane d'autres nullités que celles résultant de l'omission des formalités prescrites par les articles 299 § 1, 300 à 306 et 308 ci-dessus »*[1260]. En pratique, il s'agit pour l'intéressé d'exercer une simple action en nullité contre le procès- verbal qui lui fait grief devant le tribunal judiciaire compétent.

Cette procédure, à l'évidence simplifiée, est de nature à être préférée à la procédure plus élaborée de l'inscription de faux[1261].

B- Les évolutions nécessaires

39- De ce qui précède, il résulte que le régime juridique de la procédure d'inscription de faux douanière nécessite clarification (1) et harmonisation (2) dans l'espace OHADA.

1- La clarification de la disposition qui indique la nature des procès-verbaux susceptibles de faire l'objet d'une inscription de faux douanière

40- Le besoin de clarification s'impose beaucoup plus relativement à la disposition qui pose le principe de l'inscription de faux. En effet au regard de ce qui précède, il convient de mettre fin aux variations législatives portant sur la nature des procès-verbaux qui tombent sous le coup de l'inscription de faux douanière.

Au lieu d'assister à cette divergence, il importe de clarifier dans chaque législation la question de savoir si la procédure d'inscription de faux est possible ou non contre les procès-verbaux des agents d'autres administrations que la Douane. En effet, il n'est pas compréhensible que pendant que dans la CEMAC, allusion n'est pas directement et expressément faite à la possibilité de s'inscrire en faux contre les procès-verbaux rédigés par les agents d'autres administrations, les autres législateurs le font

---

1260 L'article 299 §1 est relatif au lieu de dépôt des marchandises saisies, l'article 300 aux mentions qui doivent obligatoirement figurer sur un procès- verbal de constat ainsi que sa forme. L'article 306 quant à lui est relatif aux mentions spéciales que doit avoir tout procès- verbal de saisie en cas de saisie après poursuite à vue et l'article 308, aux mentions obligatoires que doit comporter tout procès-verbal de constat suite aux enquêtes et interrogatoires effectués par les agents de douane.

1261 Il existe cependant des divergences au niveau de leurs causes.

explicitement. Pour mémoire, les autres Code des douanes, à l'instar du Code Sénégalais, vont jusqu'à préciser nommément de quelles administrations s'agit-il.

41- Plus profondément, cette situation pose le problème fondamental de savoir si les agents assermentés d'autres administrations devraient rédiger des procès-verbaux de douane faisant foi jusqu'à inscription du faux. Cette question se pose d'autant plus que des textes tels que le Code des douanes Sénégalais[1262] ou le code des douanes de la Guinée Bissau[1263] font une relative distinction entre les procès-verbaux de douane et les procès-verbaux constatant des infractions douanières rédigés par deux agents assermentés parmi ceux visés par le code des douanes. Il en est également du code des douanes du Niger qui énonce quant à lui à l'article 115 que : *« 1. - Les procès-verbaux de douane rédigés par deux agents des douanes ou par deux agents de toute autre administration ayant qualité pour verbaliser en d'autres matières, font foi jusqu'à inscription de faux des constatations matérielles qu'ils relatent».*

42- Dans ce contexte, une harmonisation de cette question dans les législations douanières des Etats parties de l'OHADA est souhaitable. Une telle opération devrait contribuer à la sécurisation des affaires dans cet espace. Dans cette optique, le législateur devrait opter clairement pour une formule telle que celle du code des douanes sénégalais précité[1264].

2- L'harmonisation des délais de production du moyen de faux

43- Comme relevé plus haut, l'existence de délais de production des moyens de faux variables d'un législateur à un autre n'est pas compréhensible pour une procédure qui est fondamentalement la même dans tous ces pays à l'exception de la RDC. Une harmonisation de ces délais pourrait contribuer à l'objectif de réduction des disparités textuelles cher à l'OHADA.

44- Dans cette logique, ce délai devrait être revu à la hausse. L'adoption du délai de huit jours choisi par certaines législations est indiquée. D'une part, il est plus propice à la production des moyens de faux que celui de trois ou cinq jours, et d'autre part, il n'est pas de nature à annihiler l'objet recherché par la technique des brefs délais, à savoir garantir les agents de douanes contre les actions téméraires.

3- La consécration explicite de la procédure d'inscription de faux douanière dans tous les Etats de l'OHADA

45- Au regard de son utilité et son importance, d'une part, et de la place que son existence a dans la distinction opérée en matière douanière entre les procès- verbaux de douane faisant foi jusqu'à inscription de faux et ceux faisant foi jusqu'à preuve du contraire, la procédure d'inscription de faux conserve toute son importance en matière de contentieux douanier.

1262 Article 232

1263 Article 236 (1)

1264 Il convient de rappeler que l'actuel Code des douanes sénégalais est actuellement en cours de révision.

Aussi, est-il indiqué de plaider pour son extension explicite dans les Etats de l'OHADA où elle n'est pas explicitement consacrée.

Cette opération qui devrait s'effectuer dans le cadre des textes actuels, est également possible dans le cadre d'une opération d'extension du champ d'intervention du Code des douanes de l'UEMOA ; lequel devrait, à l'image du Code des douanes de la CEMAC être plus global.

Ces solutions permettraient une certaine harmonisation de l'inscription de faux dans les Etats de l'OHADA. La République Fédérale Islamique des COMORES, qui n'est membre ni de la CEMAC, ni de l'UEMOA ne resterait pas pour autant sur la touche, car le régime l'inscription de faux que son code des douanes[1265] prévoit aux articles 220 et suivants est quasi-identique à celui de la CEMAC.

La solution ne pourrait-elle pas être plus audacieuse encore, à travers une harmonisation des dispositions douanières de tous les Etats de l'OHADA sans effet de création d'une union douanière entre les Etats parties ? Les avantages d'une telle initiative pourraient être bien nombreux./.

[1265] Issu de l'Ordonnance n° 92-008/PR du 7 septembre 1992

DÉCOUVRIR ET FAIRE DÉCOUVRIR LA FRONTIÈRE ENTRE LA PRÉVENTION ET LE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS ET LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL UNIFORME

par

Louis Marquis

Il y a plus ou moins vingt-cinq ans, j'ai entrepris une quête intellectuelle à la frontière de deux disciplines : la prévention et le règlement des différends, d'une part, et le droit commercial international uniforme[1266], d'autre part. Mon double objectif a toujours été le même : découvrir pourquoi les choses se présentent telles qu'elles sont et concevoir d'autres choses assorties des justifications appropriées. En d'autres mots, m'étonner, d'abord, et construire, ensuite.

Une quête intellectuelle n'est pas une démarche désincarnée et abstraite. Dans les faits, je crois que c'est tout le contraire. Bien qu'elle permette de théoriser des connaissances, elle interagit intimement avec la personne de son auteur. C'est du moins comme cela que j'ai vécu les dernières années. Je rejoins ainsi l'esprit de R. Sattler qui disait que « (c)e que je (fais) en science (va) dans la même direction que ma vie personnelle ».[1267] Sattler ne niait aucunement l'apport des savoirs neutres et objectifs dans la vie en général. Il est fort utile de pouvoir différencier les champignons vénéneux des comestibles, avançait-il! Mais il faisait valoir que les façons d'entrevoir et de capter la réalité ne sont pas indifférentes aux valeurs qui permettent d'apprécier cette réalité. Il y a une certaine fusion entre ces deux facettes. En accord avec cette prémisse, j'ai donc choisi de présenter ma quête intellectuelle à partir de quelques-unes de mes expériences et situations de vie.

1266 Il existe trois sources de droit commercial international uniforme. La première est consacrée sous l'appellation de lex mercatoria. Elle postule l'existence de règles transnationales faites d'usages et de principes. Ceux-ci constitueraient un véritable ordre juridique spécifique aux opérateurs du commerce international. La seconde source résulte de la codification pluri-étatique d'un seul et unique droit commercial international. Cette codification est destinée à mettre fin au phénomène de diversité des régimes juridiques nationaux. La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises figure parmi ses expressions les plus achevées et connues (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html). La troisième source se situe entre les deux précédentes en ce sens qu'elle est issue d'une étude savante produite par des organisations privées. Les Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international en sont un exemple éloquent (http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm). Ci-après désigné « droit uniforme ».

1267 A. Cuerrier, « Le nouvel esprit scientifique », (1997) 18(6) Interface, à la p. 20.

Au tout début

Le concours d'un intérêt, d'une intuition et d'un besoin explique le mieux le début de ma quête intellectuelle. Nous sommes en 1986. Au terme de mes études de premier cycle et d'une initiation à la pratique juridique, le droit commercial m'intéressait grandement, il me semblait que l'arbitrage pouvait occuper une importance grandissante au Québec comme ailleurs, et j'avais franchement envie d'approfondir ma connaissance du droit et de vivre à l'étranger. C'est Cambridge qui allait me permettre de consolider cet intérêt, de confirmer cette intuition et de satisfaire ce besoin : j'ai été captivé par la vision constructive du droit qui se dégageait du cours de *Pacific Settlement of Disputes*; le voisinage entre l'autorégulation des marchés financiers londoniens et le nouveau *Financial Services Act* ouvrait une perspective inédite du droit commercial tout en jetant un éclairage additionnel sur le droit et le non-droit, tel qu'il ressortait des séances de *Company Law and Securities Regulation*; et que dire du reste, sinon que j'ai pu réfléchir intensément sur les possibilités et les limites du droit, et m'épanouir au sein d'un environnement exceptionnel. Maîtrise en poche, je suis parti de Cambridge la tête pleine d'idées et de projets.

L'embauche à Sherbrooke

La suite de mon expérience britannique se déroule à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. J'y suis embauché en 1989. Dès lors et pendant environ cinq ans, mes écrits sont caractérisés par les quelques grands traits suivants. Premièrement, je consacre beaucoup de temps et d'énergie à expliquer les choses. En arbitrage, ce souci m'apparaît nécessaire afin d'amener la communauté juridique et les utilisateurs à saisir tout le renouveau procuré, notamment, par la Loi modèle de la CNUDCI.[1268] Deuxièmement, je cherche à dégager des principes d'interprétation de l'arbitrage qui en fassent ressortir la pleine légitimité, les bonnes raisons d'y recourir et les éléments à la base d'une relation mutuellement avantageuse avec les tribunaux. Troisièmement, j'explore les fondements de l'arbitrage et, plus largement, du recours à des instances autres que les tribunaux. Le pluralisme juridique, l'histoire du droit et une approche transdisciplinaire m'amènent alors à la formulation de plusieurs propositions théoriques. Et, quatrièmement, j'approfondis la commercialité en examinant ses liens avec l'émergence de l'arbitrage ainsi que son impact sur l'uniformisation formelle et informelle du droit.

Pousser encore plus loin : le doctorat

Ces grands traits sont autant de facteurs qui me permettent de réaliser jusqu'à quel point le travail intellectuel me passionne. Mais, vers 1993, je procède à un double constat. Dans un premier temps, ce qu'on désigne fréquemment sous le diminutif de ADR requiert un apport majeur en théorie du droit. Le degré de réceptivité à son endroit par la pratique dépend, pour son évolution future, de solides argumentations d'ordre fondamental. Et, dans un deuxième temps, le droit uniforme est le lieu de nombreuses questions suscitées par le phénomène de la mondialisation, qu'elle soit applaudie ou contestée. Où ce droit s'en va-t-il? Quelles fins poursuit-il?... Mes deux constatations me portent à entreprendre un doctorat à UBC sous la direction de Pitman Potter à l'automne 1994. Je profite de la scolarité d'une année pour expérimenter une vision éclatée du

---

1268 http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

droit fort précieuse pour mes activités éventuelles en ADR. J'écris des essais où se côtoient Habermas, Durkheim, Foucault, Aristote, … C'est le temps de l'acquisition d'une connaissance sans frontières et de la mise à l'épreuve de mes perceptions et raisonnements. Quant à la thèse, son domaine central est le droit uniforme. Celui-ci vit alors des transformations importantes sous les influences nouvelles de la Convention de Vienne sur la vente et d'instruments apparentés.[1269] Sur la base d'une critique post-moderne, je mets de l'avant une théorie de la normativité contractuelle. Elle établit un équilibre entre les aspirations uniformisatrices de stabilité et de sécurité juridiques, d'un côté, et celles aux effets hétérogènes de diversité culturelle au sens large, d'un autre côté. La soutenance se déroule le 26 juin 2000 avec succès.[1270]

Concevoir la prévention et le règlement des différends

Tout en rédigeant ma thèse, je revisite l'arbitrage dans la perspective de la quête intellectuelle qui a caractérisé ma scolarité de doctorat. Ce retour sur lui-même s'opère à la faveur d'une impression que d'autres voies – négociation, médiation, …- vont jouer, de concert avec l'arbitrage, un rôle grandissant dans la configuration d'avenir du droit du commerce international uniforme et du droit en général. J'en viens à une conclusion : il me faut intégrer l'arbitrage à l'intérieur d'une conception plus large, c'est-à-dire qui anticipe adéquatement les changements futurs et sache être à la hauteur des attentes qui se profilent. Cette conception, que je mets au point, s'appelle la prévention et le règlement des différends.[1271] Je lui attribue un potentiel considérable dans la transformation du droit et fournit les justifications en ce sens. Ce potentiel repose sur l'espace de dialogue qu'elle procure, la pluralité des solutions qu'elle permet d'envisager, l'auto-détermination des personnes intéressées qu'elle rend possible et le rapport au futur plutôt qu'au passé qu'elle établit. Il s'en dégage une dynamique à redécouvrir, celle de la coopération, qui suppose une lecture relationnelle des rapports juridiques fondée sur la collaboration et la confiance. Le concept sera au centre de l'infrastructure en prévention et règlement des différends que je crée vers la fin des années 1990 à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Elle comprend un programme d'études supérieures, une chaire de recherche et des partenariats.

1269 http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts.html

1270 La thèse est intitulée *Why Is There An International Uniform Commercial Law Rather Than Nothing? A Post-Modern Manifesto*.

1271 En mettant au point cette conception, j'avais notamment en tête de la distancer d'autres appellations connues, dont celle de *méthodes alternatives de règlement des conflits (MARC)*. En résumé, mes arguments étaient les suivants : i) dans son ensemble, la prévention et le règlement des différends décrivent une *vision* de la justice, fort utile sur les plans de l'interprétation et de la cohérence du droit québécois, plutôt que de mettre d'emblée l'emphase sur des applications concrètes comme le connote le terme *méthodes*; ii) la vision portée par la prévention et le règlement des différends n'est pas *alternative*. Au contraire, elle s'intègre pleinement au droit et au système judiciaire en particulier. De concours avec ce dernier, elle participe à la poursuite de l'objectif d'une justice accessible et de la meilleure qualité qui soit; iii) dans une société libre et démocratique, la prévention des différends est toute aussi importante que leur règlement. La conjonction de ces deux dimensions crée donc un champ d'application à la mesure des besoins et des défis qui caractérisent une société libre et démocratique comme celle du Québec; iv) tout en se présentant dans la perspective d'une vision de la justice, l'expression *prévention et règlement des différends* se décompose en de nombreux modes, chacun ayant ses facettes propres et son utilité. Elle combine ainsi prospective et pragmatisme; v) le terme *différend* présente, par rapport à celui de *conflit*, les avantages de la souplesse et de la généralité. En d'autres mots, un différend couvre des situations plus nombreuses et diversifiées que ne le fait un conflit, rendant ainsi plus vraisemblable l'émergence d'une véritable culture de prévention et de règlement.

Ensemble, ces trois composantes forment désormais l'un des traits caractéristiques du droit à Sherbrooke. Le concept de prévention et de règlement des différends est repris par d'autres, pour diverses applications. Moi-même ne le réserve pas qu'aux fins de ma stricte démarche intellectuelle. Elle est utilisée, par exemple, comme titre de la revue que je crée avec mon collègue J. Poitras.[1272]

La prévention et le règlement des différends en action

À compter des années 2000, je fais une place plus grande à la recherche appliquée. À partir de là, j'ai rempli plusieurs mandats pour les fins de réformes législative, judiciaire et de projets de développement international. Au Canada, j'ai pu vivre de l'intérieur la transformation de la fonction de juger, en accompagnant les membres de la magistrature vers l'apprentissage de la médiation, de la justice réparatrice et d'une gestion d'instance productive. À l'étranger, et plus particulièrement en Afrique, mon approche conceptuelle et pratique consiste à proposer des interventions sous l'angle transdisciplinaire du développement. Au moins deux avantages importants découlent de cet amalgame droit, économie et société : les interactions entre l'arbitrage, le droit uniforme et les autres sphères sociales deviennent plus nettes et faciles à comprendre; et les retombées de la réforme envisagée sont élargies au point de concerner la société dans son ensemble plutôt que d'apparaître comme étant exclusivement juridiques ou commerciales. Mes séjours à l'étranger m'ont régulièrement amené à m'adapter à des contextes différents et à trouver les bonnes façons d'amorcer des relations fructueuses. Ils m'ont procuré une connaissance précieuse des facteurs qui expliquent le succès et l'insuccès des rapports interculturels, qu'ils soient personnels ou juridiques. Tout ne coule pas de source à cet égard. À titre d'exemple, mon souvenir de l'implantation du Centre d'arbitrage et de médiation de Madagascar est définitivement celui d'un univers où la complexité, les subtilités et les sensibilités dominent. Bref, l'ouverture au monde invite à aiguiser souplesse, écoute et esprit rassembleur.

Travailler sur la conscience du droit uniforme

Entretemps, je poursuis mes travaux en matière de commerce. Les Principes d'UNIDROIT retiennent notamment mon attention.[1273] J'y vois un terrain particulièrement propice afin de pousser plus loin l'étude de l'interaction entre l'arbitrage, la médiation, etc. et le droit uniforme. On connaît l'héritage historique issu des relations entretenues par ces composantes du droit, mais qu'en sera-t-il dans l'avenir? À un certain moment, je sens que mes travaux ont atteint le degré de mûrissement voulu afin d'en regrouper l'essentiel et de faire un autre pas en avant. Je publie donc, en 2005, *International Uniform Commercial Law. Toward a Progressive Consciousness*.[1274] Méthodologiquement et fondamentalement, travailler sur la conscience consiste à capter l'arrière-plan de ce droit uniforme, c'est-à-dire le réservoir de propositions implicites qui expliquent pourquoi il se présente tel qu'il est. Je choisis d'agir ainsi afin de parvenir à construire une théorie cosmopolite du droit uniforme, ce dernier entendu dans son acception la plus large qui soit. Cette construction comporte

---

1272 Il s'agissait de la *Revue de prévention et de règlement des différends*. Depuis, la *Revue d'arbitrage et de médiation* a pris le relais.

1273 Voir, supra, à la note 1.

1274 *International Uniform Commercial Law: Toward A Progressive Consciousness* (Aldershot: Ashgate, Applied Legal Philosophy Series, 2005).

trois étapes inspirées des travaux de M. Koskenniemi : l'analyse régressive, la critique et la reformulation.[1275] C'est à l'intérieur de cette troisième étape que je pose les jalons d'une conscience progressiste du droit uniforme. Celle-ci définit de nouveaux ancrages pour le contrat commercial international, soit le maillage, le projet et l'osmose. Et elle rattache cette définition à une vision globale des mondes dans lesquels le droit uniforme est effectif, une vision où coexistent le bien commun, l'épanouissement et la solidarité.

Un programme à long terme

Après la publication du volume en 2005, j'ai tracé les suites de ma démarche intellectuelle en identifiant différentes pistes de recherche, tout en m'assurant que celles-ci constituent un tout cohérent susceptible de m'accompagner à long terme. Voici les grands pans de ce tracé, exposés de manière interrogative, puis systématique.

i) À quoi ressemblerait le droit uniforme dans l'optique de ce que j'ai appelé le possible juridique?[1276] Selon moi, un tel droit devrait :

D- être le reflet et le vecteur d'une société à la mesure de l'être humain. Des valeurs et des principes de pensée humanistes, largement partagés, doivent être présents dans ce droit. Dès lors et en contrepartie, ce dernier peut agir sur l'organisation sociale et politique en l'imprégnant de ses différents attributs;

E- concourir à une vision progressiste du développement. Il est solidement tenu pour acquis que le droit uniforme représente un moteur du développement. Or, l'analyse critique de cette assertion est assez réduite. Il importe, à la faveur de la riche littérature sur la relation droit-développement en général et de théories de la justice, comme celle récente de A. Sen[1277], de renverser la vapeur et d'aller au fond des choses;

F- se placer en position d'éclatement, sans renier le passé. Cette position porte en elle plusieurs significations dont l'une emporte l'adhésion à l'exploration constante de représentations de la normativité contractuelle qui privilégient la complexité à la simplification. De même, dans la sphère hautement névralgique de l'interprétation, elle propose un type d'application qui délaisse le concept déjà connu de précédent au profit de celui de subséquent. Ce délaissement marque un rapport au temps davantage en correspondance avec ce qui se passe en prévention et règlement des différends, où les parties travaillent, sur la base d'éléments du passé et du présent, en fonction du futur;

G- être reconnu comme un agent de changement. Ici, le possible juridique interpelle le droit uniforme en invitant ses acteurs, peu importe leur rôle, à participer aux débats de l'heure. Il y a là un pragmatisme nécessaire à une implication dans la définition des enjeux et l'élaboration des solutions relativement à une foule de sujets;

1275 *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (Helsinki: Lakimiesliiton Kustannus, 1989).

1276 "Le droit uniforme et le possible juridique" (2007) Revue de la recherche. Droit prospectif 1.

1277 *L'idée de justice* (Paris : Flammarion, 2010).

H- être en état de questionnement constant. Complément du dernier point, celui-ci prend la forme d'une veille juridique sur ce qui devrait retenir l'attention dans le domaine et susciter la réflexion sur les orientations à venir. Les grandes questions et thématiques sont au rendez-vous, de la globalisation au libéralisme en passant par l'environnement;

I- renouveler sa contribution à l'évolution d'un droit a-étatique. La *lex mercatoria* demeure d'actualité et elle mérite de l'être. Son apport à la configuration du droit uniforme et du droit dans son ensemble peut continuer d'être fort appréciable, voire indispensable, tout particulièrement dans la compréhension des régimes formels et informels de régulation.

ii) Compte tenu de l'évolution accélérée de la prévention et du règlement des différends, il m'est apparu justifié de l'associer à une théorie encore plus large et englobante; quelle est cette théorie? La réponse tient dans la justice participative. Très généralement, elle correspond aux idées centrales suivantes, lesquelles forment la trame commune à toute expérience de justice participative :

J- les personnes qui font l'expérience de la justice participative sont mues par une *conscience*. Celle-ci est le centre névralgique à partir duquel sont ressentis les sentiments positifs et négatifs dans le cadre, par exemple, d'une médiation. C'est aussi le siège mental à partir duquel une solution est envisagée, proposée, fignolée et, finalement, acceptée;

K- ces mêmes personnes ont la possibilité de bénéficier de la justice participative parce qu'elles sont libres. Plus encore, elles y jouent un rôle actif et décisif. Si tel est le cas, c'est grâce à la *démocratie* et aux principes qu'elle met de l'avant;

L- conscience et démocratie ont besoin, afin de se manifester pleinement, d'un vecteur essentiel. Ce vecteur est la *communication*. C'est par son entremise que l'échange des idées est réel, que le dialogue est fécond et que la participation inhérente à la justice participative prend tout son sens;

M- il va de soi que le droit uniforme fasse partie du contenu normatif de la justice participative. Mais les personnes impliquées vont toujours l'intégrer dans un ensemble plus vaste constitué essentiellement de *valeurs*. Ce sont elles, en effet, qui orienteront les paramètres d'une solution et finiront par en être la fondation;

N- ce faisant, les personnes n'évoluent pas en vase clos. Leurs comportements respectifs et les solutions qu'elles élaborent sont nécessairement influencés, voire guidés, par une vision du monde. En d'autres mots, elles se raccrochent, de près ou de loin, à une *philosophie*;

O- la justice participative est un appel à l'imagination et un tremplin vers la *créativité*. Cet appel et ce tremplin s'opposent à toute forme de déterminisme au profit d'un objectif motivant à travailler en fonction de l'inédit.

Une quête intellectuelle en parallèle

Parallèlement à tout ce qui précède, j'ai accordé une attention croissante à la gouvernance et à la responsabilité des organisations, et plus particulièrement celles des entreprises et des universités. À l'époque de Cambridge, les cours déjà mentionnés ainsi

que celui intitulé *International and Comparative Labour Law* m'avaient permis de mieux comprendre les principes et les mécanismes à partir desquels les organisations peuvent définir des règles de bonne conduite en matière d'investissement, de ressources humaines et des autres facettes de leur existence. Par la suite, j'ai particularisé cette perspective générale en m'intéressant, tout d'abord, aux conditions propices à l'élaboration de codes d'éthique au sein des entreprises et aux processus de renforcement interne qui les accompagnent. Cet intérêt pour l'éthique s'est élargi, subséquemment, pour embrasser le thème de la gestion de la qualité. Enfin, je me suis intéressé à la transformation du fonctionnement juridique des organisations qui résulte de pressions et influences extérieures. Globalement, cette réflexion a été le lieu de nombreux recoupements avec l'ensemble de ma démarche et elle a contribué à l'enrichir. Bref, j'entends poursuivre cette quête intellectuelle en parallèle.

Ici et maintenant

Dans l'immédiat, je mets la touche finale à deux projets : un, aller à la rencontre du cosmopolitisme ; deux, publier mon volume intitulé *Droit de la prévention et du règlement des différends*. Parlons du premier. Le cosmopolitisme postule que l'union politique à l'échelle mondiale nécessite l'instauration d'un droit commun. Pour y parvenir, le cosmopolitisme a traditionnellement privilégié l'élaboration de règles par l'entremise d'institutions officielles. Il ne s'est pas intéressé aux tribunaux, voire pas du tout à l'arbitrage et à la médiation. Or, sous l'action de ces instances, il existe plusieurs signes que le droit contemporain se mondialise effectivement en marge des voies institutionnelles. Dans la mesure où le cosmopolitisme, déjà tributaire d'une longue histoire, suscite un nouvel intérêt à la faveur de la mondialisation ambiante,[1278] il devient donc urgent d'analyser comment négociation, médiation et arbitrage peuvent servir à fonder une justice universelle au-delà du territoire défini par les frontières des États. Le second projet est représentatif de l'évolution de la prévention et du règlement des différends au Québec ces dernières années. Cette évolution me convainc que le temps est venu de parler d'un *droit* spécifique à ce champ de connaissances aux multiples applications. En effet, la légitimité du droit de la prévention et du règlement des différends est acquise : les pratiques existent, la doctrine afflue, les règles juridiques se précisent et le discours entendu au sein de la communauté juridique est affirmatif. Mon objectif consiste à identifier et à expliquer les principes constitutifs de ce droit à l'instar, par exemple, de ceux de primauté du droit ou de bonne foi qu'on retrouve dans d'autres secteurs.

Conclusion

Ma quête intellectuelle est faite d'observations et d'argumentations. Elle est aussi faite de conceptualisations et d'applications. Bref, je la vis tel un chassé-croisé entre le travail de réflexion et le travail sur le terrain. Par exemple, à titre de responsable des relations de travail concernant près de sept mille employés répartis dans huit syndicats alors que j'étais vice-recteur à l'Université de Sherbrooke entre 2005 et 2009, j'ai amplement pu expérimenter les principes et processus de la justice participative. En revanche, il y avait devant moi un terrain d'observation formidable pour raffiner mes visées dans le domaine.

1278 G. Nootens, R. Chung (dir.), *Le cosmopolitisme. Enjeux et débats contemporains* (Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2010).

Plus généralement, les années passées m'ont permis de vivre des expériences extraordinaires. Je ne compte plus les fois où *découvrir et faire découvrir la frontière entre la prévention et le règlement des différends et le droit commercial international uniforme* m'ont fait vivre ce qu'exprimait Marie-Victorin alors qu'il vivait les moments forts de ses recherches: « On voudrait crier, sauter, rire et pleurer, et l'on reste muet de joie ».[1279] Mais ce qu'il y a de tout aussi extraordinaire est que ces expériences m'ont mis en relation, de près ou de loin, avec des personnes que j'estime beaucoup. Sans qu'elles ne le sachent toujours, ces personnes m'ont grandement inspiré et influencé dans mes choix et mes décisions. En somme, elles ont rendu encore plus vrai l'esprit scientifique de type incarné que Sattler a prôné et qui m'a tant servi. C'est pourquoi, en guise de mot de la fin, je tiens à les remercier sincèrement.

[1279] Propos reproduit à l'endos du livre publié par les Cercles des Jeunes Naturalistes, *Les plantes. Le guide du collectionneur* (Montréal : Les Éditions du Jour, 1966).

« Le Ministère Public et la mise en mouvement de l'action civile en droit de la propriété intellectuelle dans l'espace OHADA »

Auteurs :

NGO'O Samuel Emmanuel

Juge d'Instruction au Tribunal de Première et Grande Instance de Nanga-Eboko, DESS en droit de la propriété intellectuelle

NGUELE MBALLA Fabrice

Juriste-Consult, Cabinet Isis Conseils, Mandataire agrée OAPI, Doctorant en droit, DESS en droit de la propriété intellectuelle

……

Résumé

Corps de magistrats établis près les juridictions de l'ordre judiciaire ayant pour mission de veiller, au nom de la société et dans l'intérêt général, à la bonne application de la loi et au respect de l'ordre public, le Ministère public ne peut pas en principe déclencher le procès civil. Il ne peut le faire que dans des cas limitativement prévus par la loi de façon explicite, le procès civil étant l'affaire des parties, seules celles-ci ont en règle générale la prérogative du déclenchement de l'action civile. Seulement fort est de constater qu'en matière de propriété intellectuelle une extension des cas de mise en mouvement du procès civil par le Ministère public est consacrée par l'Accord de Bangui Révisé, législation communautaire régissant cette matière dans tous les Etats membres de l'OHADA. Encore que face aux difficultés de mise en application pratique de cette extension, quelques solutions sont envisageables.

Plan sommaire

- La possibilité de mise en mouvement des actions civiles en nullité, en déchéance et en radiation par le Ministère Public : les mérites de l'Accord de Bangui Révisé

e- La consécration de l'Accord de Bangui Révisé
f- La formulation de la possibilité de mise en mouvement des actions civiles en nullité, en radiation et en déchéance par le Ministère Public
g- Les contours et significations de cette consécration

f- Les mérites de la consécration : la participation à une plus grande protection des intérêts de l'Etat.

- Des difficultés d'ordre procédural dans la mise en œuvre de cette extension

B. De la difficile matérialisation de cette extension
C. La question du mode de saisine du Tribunal civil par le Ministère Public
D. La question de l'information du Ministère Public

C. Quelques solutions envisageables

Conclusion

La propriété intellectuelle peut être comprise comme l'appropriation par l'homme de l'expression de son « génie créateur »[1280]. Elle s'insère en fait dans un vaste ensemble dont le socle repose sur le droit de la propriété tel que régi par les dispositions du code napoléonien. Toutefois, à la différence de la propriété au sens civiliste du terme qui est centrée sur une appropriation des biens matériels, la propriété intellectuelle porte sur une autre catégorie de biens axés sur l'appropriation du savoir dans tous les domaines de l'activité humaine (art, littérature, science, technologie, commerce, industrie…). On parlera ainsi de propriété industrielle lorsqu'il s'agira des créations nouvelles[1281] ou des signes distinctifs[1282], et de propriété littéraire ou artistique s'agissant des droits d'auteurs et des droits voisins.

Dans l'espace de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI)[1283]- espace dans lequel se retrouvent désormais tous les Etats parties au traité OHADA[1284]- le dispositif normatif régissant cette matière est constitué entre autre par l'Accord de Bangui Révisé (ABR)[1285] et les législations nationales relatives à la propriété littéraire et artistique ; cet *instrumentum* juridique octroi en fait aux créateurs et autres artistes, une exclusivité d'exploitation de leurs actifs, exclusivité au demeurant limitée dans le temps et dans l'espace. Néanmoins, l'exercice par ces derniers des droits exclusifs qui leurs sont ainsi conférés ne se fait bien souvent pas sans heurt. Des cas de violations des droits de propriété intellectuelle existent effectivement et donnent lieux à un contentieux notamment judiciaire, au pénal comme au civil. Le point focal de la présente étude est justement relatif au contentieux judiciaire civil de la propriété intellectuelle. De fait nous nous attardons sur l'office du Ministère Public dans la mise en mouvement des actions à fin civile en matière de propriété intellectuelle.

L'action civile désigne le moyen par lequel est introduite et partant déclenchée une instance judiciaire civile[1286]. Par principe général de droit, elle intervient en dehors de toute infraction pénale. Le Ministère Public ne peut donc qu'être partie jointe au procès civil qui par conception est l'affaire des parties ; c'est une suite du principe du dispositif sur lequel s'accorde le droit positif[1287]. Il ne peut en règle générale exercer cette action, ni en intenter une autre relativement à elle[1288]. Néanmoins une exception est faite à ce précepte. Corps de magistrats établis près les juridictions de l'ordre

---

1280 *OAPI, Le contentieux de la propriété intellectuelle dans les Etats membres de l'OAPI, Guide du magistrat et des auxiliaires de justice*, 1ere édition, collection OAPI, Yaoundé, 2009, P. 11.

1281 Inventions brevetables, modèle d'utilité, obtentions végétales, topographies des circuits intégrés

1282 Marques, dessins et modèles industriels, noms commerciaux, indications géographiques.

1283 Organisation crée en 1977 et révisée en 1999, constituée du Bénin, du Burkina Faso, du Cameroun, de République Centrafricaine, du Congo, de la Cote d'ivoire, du Gabon, de la Guinée, de la Guinée équatoriale, de la Guinée Bissau, du Mali, de la Mauritanie, du Niger, du Sénégal, du Tchad, du Togo et désormais des iles Comores.

1284 Notamment depuis le 25 mai 2013, avec l'adhésion des iles Comores au traité OAPI.

1285 L'Accord de Bangui du 2 Mars 1977 est issue de la réactualisation de l'Accord de Libreville du 13 septembre 1962 ayant mis en place l'Office Africain et Malgache de la Propriété Intellectuelle (OAMPI) ;

1286 In www.http://dictionnaire-juridique.jurimodel.com/Action%20civile.html , consulté le 03 juin 2013 à 17h03.

1287 G. Kere Kere, *droit civil processuel, la pratique judicaire au Cameroun et devant la Cour Communautaire de Justice commune et d'arbitrage*, 1ère édition, Yaoundé, SOPECAM, 2006, P.106 ; dans le même sens C. Renaud et V. Mikalef-Toudic, « le ministère public, partie principale dans le procès civil », article in *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 59, n° 3, 2007, pp.723-725 ;

1288 *Dictionnaire de droit*, Tome I, Paris Dalloz, 2ème édition, 1966, P.47

judiciaire ayant pour mission de veiller, au nom de la société et dans l'intérêt général, à la bonne application de la loi et au respect de l'ordre public, le Ministère public peut intervenir comme partie principale dans des cas limitativement prévus par la loi de façon explicite. En effet, le droit processuel civil prévoit des cas dans lesquels le Ministère public peut agir comme partie principale dans un procès civil et dans ce cadre mettre en mouvement cette action[1289]. C'est dire qu'en dehors de ces hypothèses, le Ministère public n'a manifestement aucun rôle à jouer dans le déclenchement de cette action en vertu des règles traditionnelles qui gouvernent la procédure civile. Seulement, fort est de constater qu'à la lecture attentive des dispositions de l'Accord de Bangui Révisé relatives aux actions judiciaires civiles[1290], une extension notable à ce principe est consacrée ici. Sous réserve des développements à suivre, le Ministère Public loin de n'être qu'une partie jointe au procès civil, semble même en devenir également une partie principale en matière de propriété intellectuelle[1291].

Ainsi entendu, dans la perspective d'apporter notre modeste pierre à l'amélioration de l'environnement juridique et judiciaire dans l'ensemble des Etats parties à l'Ecole Régionale Supérieure de Magistrature (ERSUMA), désormais rassuré par l'identité du droit matériel de la propriété intellectuelle dans les dits Etats [1292], et soucieux de participer à la formation et au perfectionnement des magistrats et des auxiliaires de justice de ces Etats en droit des affaires et en droit comparé, l'intérêt scientifique de notre présente contribution au Numéro 3 de la Revue scientifique de cette école régionale est à la fois théorique et pratique ; Dans une perspective théorique, il s'agit de relever pour s'en inspirer les atouts et limites de notre législation en matière de procédure civile. Toute chose qui sur un terrain pratique permettra à coup sûr de participer à l'édification et au meilleur outillage des acteurs du contentieux de la propriété intellectuelle que sont les magistrats notamment, pour un meilleur rendu de la justice en cette matière.

Au-delà de cet intérêt dual, il est constant que l'on puisse raisonnablement opposer la question de l'opportunité, sinon de la justesse de l'incorporation de notre contribution, relevant éminemment du droit de la propriété intellectuelle, dans une revue scientifique de droit des affaires en l'occurrence celle de l'ERSUMA. Le fondement de cette interrogation peut pour le moins s'expliquer par le fait qu'il n'existe jusqu'à ce jour aucun acte uniforme OHADA sur le droit de la propriété intellectuelle. Pour le reste, la justification de notre contribution à la présente revue réside entre autre sur le fait d'abord que les acteurs économiques du monde des affaires sont inévitablement saisis

---

1289 En droit processuel camerounais il en est ainsi précisément relativement à la protection des absents, disparus et personnes placées dans un établissement d'aliénés, à la protection des incapables mineurs et majeurs, relativement à la protection de l'institution du mariage, et à la protection de l'état civil et de la nationalité. Lire à ce propos M. Njoya Njumou, *le rôle du Ministère Public en droit Camerounais,* Mémoire de DEA droit privé fondamental, Université de Yaoundé II, 2006.

1290 Il s'agit notamment de l'article 43 de l'annexe I, de l'article 38 de l'annexe II , des articles 23 et 24 de l'annexe III, de l'article16 de l'annexe VI, de l'article 14 de l'annexe V et de l'article 40 annexe X.

1291 S.E Ngo'o « *le rôle du Ministère Public dans le contentieux judiciaire de la propriété intellectuelle* », Mémoire de DESS en droit de la propriété intellectuelle, Université de Yaoundé II, 2012, P.46.

1292 Depuis le 25 mai 2013, avec l'intégration des iles Comores dans l'espace OAPI, tous les états signataires du traité harmonisant le droit des affaires au sein de l'OHADA sont en effet également signataires du traité de l'OAPI et de ses annexes sur les différents droits de propriété intellectuelle.

par les questions liées au fonds de commerce[1293], à l'innovation, à la concurrence déloyale, bref à la propriété intellectuelle. Ensuite il importe de préciser avec les Professeurs Joseph ISSA SAYEGH et Paul-Gérard POUGOUE[1294], que la réforme projetée des missions et du fonctionnement de l'ERSUMA, recommande un élargissement *rationae materiae* du champ de formation au sein de cette école régionale, lequel élargissement est susceptible d'intégrer le droit de la propriété intellectuelle afin de compléter et de rendre plus cohérent le paysage juridique uniformisé des Etats membres de l'OHADA dont tous les Etats membres sont au demeurant désormais également signataires de l'ABR instituant l'OAPI.

Ainsi entendu, c'est par une approche descriptive et analytique, illustrée par une bibliographie actualisée, que nous examinons les singularités de l'office du Ministère Public dans le déclenchement de l'action civile en matière de propriété intellectuelle. Dans ce sens il importe de relever le mérite du législateur de Bangui dans sa consécration de la possibilité de déclenchement des actions civiles en nullité, en déchéance et en radiation par le Ministère Public (I), même si un minutieux regard critique nous impose de regretter des difficultés d'ordre procédural dans la mise en œuvre de cette extension (II).

*

* *

e- La possibilité de mise en mouvement des actions civiles en nullité, en déchéance et en radiation par le Ministère Public : les mérites de l'Accord de Bangui Révisé

En effet dans l'esprit de l'Accord de Bangui révisé, la considération des spécificités inhérentes au droit de la propriété intellectuelle est de nature à motiver une certaine inflation de l'office du Ministère Public dans cette matière. En fait, le droit de la propriété intellectuelle se particularise par la constante recherche de l'équilibre entre d'une part l'intérêt des créateurs et autres innovateurs, dont il importe d'encourager les créations et autres solutions apportées aux problèmes sociaux par l'octroi d'exclusivités d'exploitation, et d'autre part l'intérêt général de la société, qui souffrirait à coup sûr d'une extension abusive de privilèges accordés aux créateurs et innovateurs[1295]. Entendu comme le corps de magistrats établi auprès des juridictions de l'ordre

---

1293 Celui-ci étant considéré dans ses composantes et actifs corporelles ou incorporelles, matérielles comme immatérielles ; Cf. article 135 et s. Acte Uniforme sur le Droit Commercial Général.

1294 J. Issa Sayegh et P. G. Pougoué, *l'OHADA, défis, problèmes et tentatives de solutions* communication écrite préparée pour les Actes du Colloque sur "l'harmonisation du droit OHADA des contrats" tenu à Ouagadougou (Burkina Faso) du 15 au 17 novembre 2007, ayant notamment pour objet la discussion de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats (2005) in Revue de Droit Uniforme, 2008, P.461.

1295 Cf. S. Ngo Bem, *l'intérêt général et la protection des médicaments par le brevet dans les pays en développement,* Mémoire de DESS « Accords et propriété industrielle », Strasbourg, Université Robert Schuman- 2003, P. 9

judiciaire, ayant pour mission de veiller, au nom de la société et dans l'intérêt général, à la bonne application de la loi et au respect de l'ordre public, Il va sans dire que l'exercice de sa mission par le Ministère Public doive pour le reste tenir compte des droits et libertés des citoyens et de l'intérêt de la société. C'est dans ce sens qu'il faut certainement interpréter l'originale extension par l'ABR, de la possibilité de déclenchement de l'action civile par le Ministère Public. Cette consécration a été faite notamment en ce qui concerne les actions civiles en nullité, en radiation et en déchéance des titres de propriété industrielle. Il convient d'examiner les termes et contours de la consécration de l'ABR (A), afin d'en analyser les mérites (B).

- **La consécration de l'Accord de Bangui Révisé**

En fait, l'Accord de Bangui dans sa dernière révision de 1999, attribut au Ministère Public le droit d'exercer les actions civiles en nullité, en radiation ou en déchéance devant les juridictions civiles. Il importe de prime abord de présenter la terminologie et le cadre de la formulation de cette consécration (1) avant d'en élucider les contours et significations (2).

6- La formulation de la possibilité de mise en mouvement des actions civiles en nullité, en radiation et en déchéance par le Ministère Public

Le législateur communautaire formule cette possibilité tantôt implicitement, par l'emploi d'une terminologie vague et extensive dans la définition des personnes ayant le droit d'exercer ces actions, tantôt même de manière expresse et explicite dans l'énumération des titulaires de cette action concernant certains actifs de propriété intellectuelle.

Implicitement, dans ses dispositions relatives à l'exercice de l'action en nullité ou en déchéance tout comme dans celles relatives à la radiation, l'ABR parle de « **toute personne intéressée** » s'agissant des titulaires de ses actions civiles. Il en est ainsi notamment s'agissant tant des inventions brevetables[1296], des modèles d'utilité[1297], des marques[1298] ou des noms commerciaux[1299]. C'est dire que sont visées toutes personnes pouvant justifier d'un intérêt à voir les titres en question annulés, déchus, ou radiés. *De jure* et *de facto*, rien n'exclut ainsi que le Ministère Public ne soit visé par ces articles, considération étant faite de ce que c'est lui qui, par définition, a la charge de veiller au respect de la loi de l'ordre public et des intérêts de l'Etat. Telle peut justement être son intérêt dans de telles procédures. A titre d'illustration, dans l'hypothèse où un signe contraire à l'ordre public parvient à être enregistré comme marque tout porte à croire, d'après ce qui précède, que le Ministère Public puisse normalement mettre en mouvement l'action civile en nullité d'une telle marque ; c'est le sens qu'il faut implicitement donner à ces dispositions de l'Accord de Bangui Révisé.

1296 Article 43 alinéa 1 de l'annexe I.
1297 Article 38 alinéa 1 de l'annexe II.
1298 Article 23 et 24 de l'annexe III.
1299 Article 14 de l'annexe V.

De plus et de manière plus **explicite** et plus **expresse,** dans certains cas l'Accord énonce la possibilité pour le Ministère Public d'exercer les actions civiles susvisées. C'est ainsi que l'article 43 de l'annexe I sur les inventions brevetables, intitulé *exercice de l'action en nullité ou en déchéance*, après avoir énoncé en son alinéa 1 que :

« *L'action en nullité et l'action en déchéance peuvent être exercées par*

toute personne y ayant intérêt **»,**

stipule dans son alinéa 2 que :

« *Dans toute instance tendant à faire prononcer la nullité ou la déchéance d'un brevet, le Ministère Public peut se rendre partie intervenante et prendre des réquisitions pour faire prononcer la nullité ou la déchéance absolue du brevet ».*

D'ailleurs cet article renchérit d'ailleurs en postulant en son alinéa 3 que :

« *Il (**le Ministère Public**) peut même se pourvoir **directement par action principale** pour faire prononcer la nullité, dans les cas prévus par l'article 39.1) b)* **».**

Telle est formulée la possibilité de l'action même principale du Ministère Public dans le procès civil en matière de brevet, et précisément quant à la nullité ou la déchéance d'un titre de propriété intellectuelle.

Cette formulation n'est pas unique pour les inventions brevetables. On la retrouve en substance dans les dispositions de l'Accord pour ce qui est des autres catégories de la propriété intellectuelle. Ainsi notamment, l'article 38 de l'annexe II sur les modèles d'utilité énonce pareillement que :

« *1) L'action en nullité et l'action en déchéance peuvent être exercées par toute personne y ayant intérêt.*

2) Dans toute instance tendant à faire prononcer la nullité ou la déchéance d'un modèle d'utilité, le Ministère Public peut intervenir et prendre des réquisitions pour faire prononcer la nullité ou la déchéance absolue du modèle d'utilité.

3) Il peut même se pourvoir directement par action principale pour faire prononcer la nullité, dans les cas prévus par l'article 34.1(b). **»**

Il en va de même pour l'article 24 de l'annexe III sur les marques, intitulé « *nullité* » qui dispose que :

« *1) L'annulation des effets sur le territoire national de l'enregistrement d'une marque est prononcée par les tribunaux civils à la requête, soit du Ministère Public, soit de toute personne ou syndicat professionnel intéressé* **».**

Similairement en est-il pour ce qui est de la radiation de la marque. L'article 23 de l'annexe 3 intitulé « *Radiation* » dispose :

« *A la requête de tout intéressé, le Tribunal peut ordonner la radiation de toute marque enregistrée qui, pendant une durée ininterrompue de 5 ans précédant l'action, n'a pas été utilisée sur le territoire national de l'un des Etats membres pour autant que son titulaire ne justifie pas d'excuses légitimes* **».**

On pourrait ainsi poursuivre le même raisonnement relativement aux autres catégories de propriété intellectuelle[1300].

Au total, voilà comment se trouve formulé tant implicitement qu'explicitement, la consécration de la possibilité de mise en mouvement de l'action civile par le Ministère public. Il s'agit maintenant de préciser les contours et significations de cette consécration.

7- Les contours et significations de cette consécration

Les dispositions sus évoquées indiquent singulièrement que dans les hypothèses de nullité, de déchéance ou de radiation des titres de propriété intellectuelle, le Ministère public, en l'occurrence les Procureurs Généraux, les Procureurs de la République ou même leurs auxiliaires - les officiers de polices judiciaires, peuvent même d'office déclencher l'action civile devant les juridictions civiles. Il importe de s'arrêter un temps soit peu sur la signification des concept de nullités, déchéance et radiation en matière de propriété intellectuelle toute chose qui nous permettra à coup sûr de mieux cerner les contours de la consécration de cette singulière possibilité pour le Ministère public de déclencher l'action civile devant les juridictions civiles.

La nullité est la sanction prononcée à l'encontre d'un titre de propriété intellectuelle en l'occurrence de propriété industrielle, obtenue en ignorance des conditions de fond ou de forme prévues par l'ABR. D'après la législation communautaire[1301] elle est prononcée à l'issue d'une action civile exercée devant une juridiction civile. Sont limitativement concernées par l'action en nullité, l'invention

---

1300 Article 14 de l'annexe V pour ce qui est des noms commerciaux : « *L'annulation des effets sur le territoire national de l'un des Etats membres de l'enregistrement d'un nom commercial est prononcée par les tribunaux civils à la requête, soit du Ministère Public soit de toute personne physique ou morale intéressée* ». Article16 de l'annexe VI pour ce qui est des Indications Géographiques « *1) Toute personne intéressée ainsi que tout groupement intéressé de producteurs ou de consommateurs peuvent intenter les actions prévues à l'alinéa 2) contre l'auteur de l'utilisation illicite, au sens de l'article 15.3) et 5) d'une indication géographique enregistrée et contre les personnes contribuant à cette utilisation.* » et article 40 de l'annexe X pour ce qui est des Obtentions Végétales « *1) Toute personne qui justifie d'un intérêt peut saisir le Directeur Général d'une demande d'annulation.* »

1301

L'Accord de Bangui révisé..donne compétence aux juridictions civiles des Etats membres en matière de nul lité, de radiation et de déchéance. Le juge civil a par conséquent une compétence de droit commun en la m atière. Les articles 44 de l'annexe I, 39(1) de l'Annexe II, 47(1) de l'Annexe III, et 38(1) de l'Annexe IX en rendent notamment compte pour ce qui est respectivement des brevets d'invention, des modèles d'utilité, des marques de produits et de services, et des schémas de configuration.

brevetable, le modèle d'utilité, la marque, le nom commercial, l'obtention végétale et les schémas de configuration encore appelée topographie des circuits intégrés[1302].

Ainsi entendu et à titre d'illustration, d'après l'article 24 de l'annexe III de l'ABR, l'annulation des effets sur le territoire national de l'enregistrement d'une marque peut être prononcée par les Tribunaux Civils à la requête notamment du Ministère Public, à l'encontre d'une marque enregistrée en ignorance des dispositions des articles 2 et 3 de l'annexe III, lesquelles dispositions indiquent les signes admis en tant que marque, et les marques ne pouvant être valablement enregistrée. Il en est ainsi par exemple de la marque dépourvue de caractère distinctif notamment du fait qu'elle est constituée de signes ou d'indication constituant la désignation nécessaire ou générique du produit ou la composition du produit marqué[1303]. Aux termes des articles 24 et suivants susvisés, le Ministère Public peut raisonnablement et même expressément déclencher l'action civile visant l'annulation des effets de l'enregistrement d'un tel signe comme marque.

D'un autre côté, la déchéance se définit substantiellement comme la perte d'un droit soit à titre de sanction, soit en raison du non – respect des conditions d'exercice et d'exploitation d'un titre de propriété industrielle.

L'action en déchéance peut être engagée devant les tribunaux civils à l'encontre du titulaire d'un brevet, d'une marque ou d'un modèle d'utilité, qui n'a pas acquitté son annuité à la date anniversaire du dépôt de la demande, ni dans le délai de grâce de six mois suivant cette date et qui en outre a laissé passer le délai de restauration ; elle peut également être prononcée à l'encontre du titulaire d'une marque collective dans les cas où ce dernier a cessé d'exister, ou dans celui où le règlement qui en fixe les conditions d'utilisation est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

La radiation quant à elle peut être demandée par le Ministère Public devant une Juridiction civile pour une marque enregistrée non exploitée, une indication géographique enregistrée, un schéma de configuration enregistré ;

Elle peut également être requise pour la dénomination d'une variété végétale nouvelle, à la suite d'une décision judiciaire interdisant l'utilisation de la dénomination en relation avec la variété.

En définitive, telles se présentent les différentes hypothèses pour lesquelles l'Accord de Bangui Révisé consacre au Ministère Public la prérogative même d'office de déclencher l'action civile devant les juridictions civiles.

Ainsi entendu il importe de saluer en le fondant le mérite de cette consécration.

B- Les mérites de la consécration : la participation à une plus grande protection des intérêts de l'Etat.

En effet, la consécration de l'extension de saisine des juridictions civiles par le Ministère Public telle que sus-développée et dont on peut louer l'originalité, exprime pour notre

---

1302 In S.E Ngo'o, op. cit. P. 49

1303 In F. Nguele Mballa, *usage et droit des signes distinctifs dans l'espace OAPI : le cas des marques de produits et de service*, Mémoire de DESS en droit de la propriété intellectuelle, Université de Yaoundé II, 2011, P.28

législation communautaire une plus grande implication des autorités judiciaires dans la protection des intérêts des Etats membres partie à l'Accord de Bangui Révisé.

En fait, partant du postulat selon lequel les cas d'intervention à titre principal du Ministère Public sont prosaïquement et généralement constitués par les hypothèses de non-respect des dispositions légales visant la protection des intérêts étatiques, l'on est amené à apprécier cette consécration d'une extension des missions classiques du Ministère Public. A titre d'illustration, dans le cas des brevets d'invention, ainsi qu'il a été relevé plus haut, le Ministère Public peut se pourvoir directement par action principale pour faire prononcer la nullité, dans les cas prévus par l'article 39.1(b) de l'annexe I de l'ABR; il s'agit précisément des hypothèses d'inventions non susceptibles d'être brevetées, aux termes de l'article 6 du même annexe. La lecture de l'alinéa-a de cet article évoque justement :

« L'invention dont l'exploitation est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ».

On comprend dès lors la justesse de l'office du Ministère Public dans l'action civile en matière de nullité pour non-conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

Le même raisonnement peut être pareillement effectué dans les autres cas d'actions principales possibles par le Ministère Public. Evoquons ainsi le cas des objets non protégeables comme modèles d'utilité (article 4 alinéa 1 annexe II ABR), ou encore le cas des signes non protégeables comme marques dans le sens des alinéas c et e de l'article 3 de l'Annexe III ; ces dernières dispositions concernent les cas de marques contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux lois et les cas de marques qui reproduisent, imitent ou contiennent parmi leurs éléments des armoiries, drapeaux ou autres emblèmes, abréviation ou sigle ou un signe ou poinçon officiel de contrôle et de garantie d'un Etat ou d'une organisation intergouvernementale créée par une convention internationale, sauf autorisation de l'autorité compétente de cet Etat ou de cette Organisation.

Ainsi entendu, s'il faut certes saluer le brio de l'extension originale ainsi introduite dans l'office du Ministère Public par le législateur de Bangui, il reste que de farouches difficultés d'ordre procédural enrayent la mise en œuvre de cette extension.

f- Des difficultés d'ordre procédural dans la mise en œuvre de cette extension

Dans une perspective pratique, et nonobstant le mérite à reconnaitre à l'initiative du législateur OAPI, il importe de remarquer pour le critiquer, la difficulté de concrétiser l'exception de mise en mouvement de l'action civile par Ministère Public, en l'état actuel de notre législation. De fait il convient de relever la difficile matérialisation de cette extension afin d'oser quelques propositions pour le contournement de cette difficulté.

6- De la difficile matérialisation de cette exception

En effet, si la consécration de la faculté du Ministère Public de déclencher les actions civiles en nullité, en déchéance ou radiation des titres de propriété industrielle reste méritoire, il demeure concrètement peut évident de concevoir la réalité de l'exercice de telles actions. L'on se doit en effet de se poser inévitablement la question de savoir comment et par quel moyen juridique le Procureur de la République saisira-t-il en pratique le Tribunal statuant en matière civile ? De plus et de manière non limitative l'on peut raisonnablement se demander comment le Ministère Public sera informé de l'enregistrement d'un titre de propriété industrielle susceptible de faire l'objet d'une action civile dans le contexte actuel de délivrance de ces titres par l'Organisation Africaine de Propriété Intellectuelle ?

e- La question du mode de saisine du Tribunal civil par le Ministère Public

S'agissant du mode de saisine du Tribunal civil par le Ministère Public, la difficulté émane en effet ici du fait qu'en matière civile, classiquement compris, les modes de saisine des juridictions civiles généralement prévus par les codes de procédure civile et commerciale en vigueur dans l'espace OAPI-OHADA sont ordinairement constitués par l'assignation par voie d'huissier, la requête conjointe au greffe, la présentation volontaire des parties devant le Juge, et la déclaration au Greffe. Comme on peut s'en apercevoir ces modes de saisines sont difficilement envisageables pour le Ministère Public. Ce dernier obéit en fait à une toute autre typologie de moyens de saisine. Ordinairement en effet, dans son domaine de compétence par excellence, en l'occurrence la matière pénale, après avoir reçu une dénonciation, ou une plainte ou même d'office, le Procureur de la République saisit l'Officier de Police Judiciaire compétent pour enquête à l'issue de laquelle, un procès-verbal est dressé, lequel détermine l'option d'engagement des poursuites et de mise en mouvement de l'action publique par voie de citation directe, par voie de flagrant délit, ou encore par la saisine du juge d'instruction par un réquisitoire introductif d'instance, en vue de l'ouverture d'une information judiciaire. Aussi, dans le silence du législateur communautaire sur cet aspect du droit processuel de la propriété intellectuelle, on voit mal le Procureur de la République en passe de faire une assignation par voie d'huissier, une requête conjointe au greffe civile, ou même une déclaration aux dites greffes. Ainsi, en raison de cette inadéquation des moyens d'actions traditionnelles du Ministère Public avec les modes classiques de saisine du Tribunal civil, de réelles difficultés d'application de l'extension de compétence à titre principal du Ministère Public en matière civile sont à relever. Ces difficultés s'étendent d'ailleurs aux moyens d'information du Ministère Public de l'existence d'un titre de propriété industriel enregistré qui serait susceptible d'annulation, de radiation ou de déchéance.

f- La question de l'information du Ministère Public

En fait, il est concrètement nécessaire pour le Ministère Public d'être informé de ce qu'un titre de propriété industrielle enregistré est susceptible de subir la sanction de la nullité de la déchéance ou de la radiation, pour qu'il puisse mettre en mouvement l'action civile dans ces différentes hypothèses. En effet ceci est une des conditions *sine qua non* pour que la matérialité ce cette faculté soit réellement possible. A défaut, un

titre susceptible de sanction pourra subsister à l'insu du Ministère Public, et partant ne pourra pas faire l'objet d'une action civile de sa part.

La pertinence de cette préoccupation s'impose d'autant plus qu'aucune mesure pratique n'est légalement prévue par le législateur communautaire pour permettre une prompte information du Ministère Public sur la situation des actifs en cours d'enregistrement à l'OAPI ; ce qui handicape véritablement la faculté pour ce dernier de porter un regard critique sur ces actifs et de pouvoir ainsi mettre éventuellement en mouvement les actions civiles en nullité, déchéance, ou en radiation ainsi que le prévoit l'ABR. C'est dire que des mesures sont à prendre dans ce sens également.

Au demeurant, il ne reste qu'à concevoir des solutions originales pour réaliser cette extension prévue par le législateur communautaire.

7- Quelques solutions envisageables

Dans le silence du texte de l'Accord de Bangui Révisé, il semble essentiel de concevoir et suggérer, quelques solutions en vue de résorber ce vide juridique, et de réaliser cette exception prévue par le législateur communautaire. La première issue envisageable serait pour le législateur OAPI, de définir avec précision le mode de saisine du Tribunal civil par le Ministère Public. Seulement, en vertu du caractère éminemment national du droit processuel, cette prérogative semble devoir ressortir plutôt de la compétence des législations nationales. C'est donc à elles que pourrait revenir l'office de déterminer les modes de saisine du Tribunal civil par le Ministère Public dans ces cas.

Du reste, et en pratique, le mode de saisine du Tribunal Civil par le Ministère Public qui nous parait le plus indiqué semble être la simple requête adressée au Président du Tribunal concerné.

Ainsi dans le cas notamment du Cameroun la requête pourrait être adressée au Président du Tribunal de Première Instance, juridiction compétente pour statuer sur les demandes en nullité, radiation et déchéance.

En outre, relativement au moyen d'information du Ministère Public, c'est le lieu de susciter une plus grande communication entre les institutions en charge de l'enregistrement et du maintien en vigueur des titres, et celles en charge de veiller à leur conformité notamment à l'ordre public et aux intérêts des différents Etats membres de l'OAPI. Cette collaboration est indispensable pour que l'extension du déclenchement de l'action civile par le Ministère Public telle que prévue par le législateur communautaire soit rendue plus évidente.

*

* *

Conclusion

En conclusion, la question majeure qui constituait l'essence de notre problématique était relative à l'office du Ministère Public dans la mise en mouvement de l'action civile en matière de propriété intellectuelle dans l'espace OHADA. De fait nous avons été amené à constater que le législateur communautaire, tantôt implicitement, sinon même explicitement, donne prérogative au Ministère Public de déclencher les actions civiles en nullité, en déchéance ou en radiation des titres de propriété intellectuelles. Somme toute, une analyse critique de cette remarquable originalité, impose de relever le mérite de cette singulière extension relativement à la plus grande protection des intérêts des Etats, même s'il reste que dans la pratique des difficultés procédurales, rendent peu évidente la mise en œuvre de cette exception du droit processuel de la propriété intellectuelle. C'est dire que des mesures sont à prendre dans ce sens ainsi qu'il a été suggéré plus haut.

……

Le régime de l'insuffisance d'actif en droit OHADA des procédures collectives

Hubert TSAGUE DONKENG

Auditeur de justice

Doctorant en Droit (Université de Yaoundé II, Cameroun)

tsaguehub@yahoo.fr

Résumé

L'insuffisance d'actif est caractérisée lorsque le produit de la réalisation des actifs du débiteur en liquidation des biens ne permet plus de désintéresser, même partiellement, les créanciers. Dans ce contexte, il convient de s'interroger sur les solutions qui permettraient de sauvegarder les intérêts en présence et sortir de ce qui s'apparente à une impasse. La constatation de l'insuffisance d'actif emporte nécessité pour le juge de clôturer la procédure. Dès lors, la question du sort des créances impayées devient incontournable. En droit OHADA, contrairement au droit français, la clôture pour insuffisance d'actif n'entraîne pas l'extinction des droits des créanciers. A priori, cette solution est défendable. Encore faut-il distinguer savamment le cas des personnes morales de celui des personnes physiques. La liquidation des premières entraine leur dissolution et rend caduc tout recours éventuel en paiement. Finalement, le maintien des droits des créanciers impayés ne produirait d'effet qu'à l'égard des débiteurs personnes physiques.

Sommaire

Résumé

Introduction

g- La clôture pour insuffisance d'actif

g- La constatation préalable de l'insuffisance d'actif

h- Le prononcé du jugement de clôture

h- Le maintien des droits des créanciers impayés

h- L'ineffectivité du maintien des recours contre le débiteur personne physique

i- L'opportunité du maintien des recours contre le débiteur personne physique

Conclusion

Bibliographie sélective

Introduction

L'Acte uniforme OHADA[1304] du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (ci-après AUPC) institue trois procédures de traitement des difficultés de l'entreprise : le règlement préventif[1305], le redressement judiciaire[1306] et la liquidation des biens. Les deux premières sont applicables lorsque l'activité du débiteur peut se poursuivre, en dépit des perspectives économiques peu rassurantes. Quant à la dernière, elle s'ouvre au cas où l'entreprise en cessation des paiements n'offre aucune possibilité de redressement.

Procédure ayant pour finalité la réalisation des actifs du débiteur afin d'en répartir le produit au profit des créanciers, la liquidation des biens peut être prononcée *ab initio,* par le tribunal compétent lorsqu'il apparait, d'emblée, que le débiteur ne présente aucune proposition de concordat sérieux. Mais, le plus souvent, elle est prononcée à la suite de l'échec d'une procédure de règlement préventif[1307] ou de redressement judiciaire[1308]. Le rejet, l'annulation ou la résolution du concordat entraîne, en effet, la conversion de la procédure initiale en liquidation des biens[1309].

Dans tous les cas, la liquidation des biens ne peut être poursuivie avec efficacité que si le débiteur dispose des ressources permettant non seulement d'en couvrir les frais, mais aussi et surtout de procéder au paiement des dettes. Si tous les créanciers sont désintéressés, on est en présence d'une issue très heureuse. La procédure est clôturée pour extinction du passif, c'est-à-dire qu'il n'existe plus de dettes exigibles ou que l'on dispose des deniers suffisants pour les régler[1310]. Or, au moment où le débiteur traverse de graves difficultés financières, il est improbable qu'il puisse s'acquitter de

---

1304 Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (Née d'un traité signé à Port-Louis, Ile Maurice, le 17 octobre 1993, révisé le 17 octobre 2008 à Québec au Canada, l'OHADA compte aujourd'hui dix-sept pays africains membres. Sur la genèse et les objectifs de cette organisation, lire F. ANOUKAHA*, L'OHADA en marche, Ohadata D-04-36, www.ohada.com;* J. ISSA-SAYEGH, *Introduction au traité et aux Actes uniformes de l'OHADA*, Ohadata D-02-17, *www.ohada.com;* Pierre MEYER, *La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA*, Penant n° 855, p.151).

1305 Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif (article 2 alinéa 1 de l'AUPC).

1306 Le redressement judiciaire est une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement (article 2 alinéa 2 de l'AUPC).

1307 Pour le cas de conversion du règlement préventif en liquidation des biens, voir Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Jugement n° 1538 du 08/08/2000, liquidation des biens des Nouvelles Brasseries Africaines, Ohadata J-04-342, www.ohada.com; Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, jugement du 25 mai 2004 (note Filiga Michel SAWADOGO), Revue burkinabè de droit, n°45, Ohadata J-05-249, www.ohada.com.

1308 Pour un cas de conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, voir Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, jugement n° 100 bis du 24 janvier 2001, liquidation des biens des Établissements Korgo Issaka et frères, Ohadata J-02-59, *Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005* par J. ISSA-SAYEGH, p. 507-508

1309 Article 141 al. 2 de l'AUPC.

1310 Voir les articles 178 et 179 de l'AUPC. La proportion des procédures clôturées pour extinction du passif reste très faible. Une illustration isolée est celle du jugement du Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Dakar (Sénégal), jugement commercial n° 113 du 12 novembre 2004, affaire Société Industrielle de Confection Sénégalaise (SICS) où le juge décide : « *attendu qu'il ressort du rapport de clôture du syndic en date du 04 août 2004 que le passif de la SICS évalué à la somme de 246 000 000 a été totalement apuré* (…) ; *Qu'il y a lieu, (…) d'ordonner la clôture de la liquidation des biens de la SICS pour extinction du passif* ».

toutes ses dettes. Dans la grande majorité des cas, la liquidation des biens se heurte à l'insuffisance d'actif.

Il y a insuffisance d'actif lorsque, dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens, le produit de la réalisation des actifs du débiteur et des actions et procédures engagées ne permet plus de désintéresser, même partiellement, les créanciers[1311]. Autrement dit, soit il n'y a plus d'actif du tout, soit les frais de la procédure excèdent les recettes attendues[1312]. Ainsi définie, l'insuffisance d'actif se distingue de l'insuffisance de trésorerie[1313]. Contrairement à la lettre de l'article 173 de l'AUPC, elle ne signifie pas simplement que « les fonds manquent »[1314] mais, précisément que les opérations de liquidation sont devenues infructueuses. Au plan pratique, la quasi-totalité des procédures de liquidation des biens ouvertes en Afrique et même en Europe débouchent sur une insuffisance d'actif, le niveau de règlement du passif étant constamment bas. L'on a pu estimer le taux global de satisfaction des créanciers à 28%, dont seulement 5% pour les créanciers chirographaires[1315]. Dans un tel contexte, il y a lieu de s'interroger sur les solutions qui permettraient de sortir de ce qui s'apparente à une impasse, tout en sauvegardant les intérêts en présence. Même si la liquidation des biens entraine la disparition de l'entreprise, elle ne signifie pas que tout est perdu. Quelle que soit la procédure collective envisagée, le traitement des difficultés de l'entreprise doit intégrer des mécanismes permettant de recouvrer les créances de manière efficace et fiable. Il y a là un double enjeu de sécurité juridique et de productivité économique.

En tout état de cause, lorsque la procédure de liquidation des biens se heurte à l'insuffisance d'actif, elle ne peut se poursuivre, au risque de contribuer à aggraver davantage le passif du débiteur. La clôture pour insuffisance d'actif doit toutefois être prononcée suivant un processus déterminé (I). Elle donne, par ailleurs, l'occasion de se pencher sur le sort des créances impayées (II).

1311 Cf. Code de commerce français, art. L. 622-30). Il est à noter que l'AUPC ne dit pas ce qu'il faut entendre par insuffisance d'actif.

1312 F.M. SAWADOGO, Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in ISSA-SAYEGH, POUGOUE et SAWADOGO, *OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope,* 4ème éd., 2012, p. 1271-1272.

1313 En effet, les difficultés de trésorerie ou de disponibilités peuvent se résorber dans le court ou le moyen terme. Ce n'est pas le cas là où il y a insuffisance d'actif.

1314 L'article 173 al. 1 de l'AUPC dispose en effet que : « *Si les fonds manquent pour entreprendre ou terminer les opérations de la liquidation des biens, la juridiction compétente, sur le rapport du Juge-commissaire peut, à quelque époque que ce soit, prononcer, à la demande de tout intéressé ou même d'office, la clôture des opérations pour insuffisance d'actif* ».

1315 Voir le Rapport de l'Assemblée nationale française n° 727, Octobre 1993, p. 40. ; voir aussi M-J CAMPANA, *L'amélioration du sort des créanciers : les droits individuels*, Petites Affiches, 8 décembre 1993, n°147 pp. 10-13.

8- La clôture pour insuffisance d'actif

La clôture pour insuffisance d'actif est une issue doublement malheureuse, à la fois pour l'entreprise qui disparait et pour les créanciers qui restent sur leur faim[1316]. Mais, puisque la procédure de liquidation des biens repose sur un objectif de paiement, il apparait tout à fait raisonnable d'y mettre fin lorsque cet objectif ne peut plus être atteint[1317]. A cet effet, l'Acte uniforme prévoit que « *Si les fonds manquent pour entreprendre ou terminer les opérations de la liquidation des biens, la juridiction compétente, sur le rapport du Juge-commissaire peut, à quelque époque que ce soit, prononcer, à la demande de tout intéressé ou même d'office, la clôture des opérations pour insuffisance d'actif* »[1318]. L'interprétation de cette disposition suggère que ce mode de clôture n'est pas automatique. La constatation de l'insuffisance d'actif précède le jugement de clôture.

La constatation préalable de l'insuffisance d'actif

Conformément à l'article 173 précité, la juridiction compétente[1319] peut être saisie par toute personne intéressée aux fins de constater l'insuffisance d'actif. Toutefois, dans ce processus, l'avis du Juge-commissaire semble incontournable.

Certes, la juridiction compétente peut se saisir d'office. Il est toutefois probable qu'elle intervienne suite à l'alerte donnée par l'une des parties. Quoiqu'il en soit, l'Acte uniforme n'envisage aucune restriction quant à ce droit de saisine[1320]. Cela peut se comprendre : s'il y a insuffisance d'actif, il est préférable que la clôture de la procédure intervienne le plus tôt possible, de manière à éviter toute aggravation inutile du passif. En raison de ses multiples casquettes, le syndic est naturellement qualifié pour signaler tout blocage en perspective. Il en serait de même du créancier et du débiteur : ni l'un ni l'autre n'a intérêt à ce qu'une procédure qui n'apporte pas le résultat attendu se poursuive. En tant que défenseur privilégié de l'intérêt général en période normale comme en période de crise, le Ministère Public devrait également, en toute logique, attirer l'attention de la juridiction compétente sur des signes préoccupants qui lui parviennent. Il bénéficie, en effet, d'un droit d'information large lui permettant de requérir, à quelque époque que ce soit, communication de tous actes, livres ou

---

1316 Malgré tout, le processus de liquidation des biens permet de débarrasser le marché économique des entreprises moribondes.

1317 La nécessité de la clôture pour insuffisance d'actif apparait dans un jugement rendu par un Tribunal de Dakar. Le juge déclare qu'à supposer même que les créanciers revendiquant aient produit leurs créances, « *la clôture s'impose en l'état* » (Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, Sénégal, Jugement commercial n° 160 du 26 août 2005).

1318 Article 173 de l'AUPC.

1319 Il s'agit de la juridiction compétente en matière commerciale, suivant l'organisation judicaire propre à chaque pays membre de l'OHADA. Pour le cas du Cameroun, conformément aux articles 15 et 18 de la loi n°2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire, la compétence en matière civile, commerciale et sociale est partagée entre le Tribunal de Grande Instance (compétent lorsque le montant du litige excède dix millions FCFA) et le Tribunal de Première Instance (qui connait des litiges d'un montant inférieur ou égal à dix millions FCFA).

1320 *Ibid*.

documents relatifs à la procédure collective[1321]. Mais, quel que soit le niveau d'alerte, l'avis du Juge-commissaire est obligatoire.

Le rapport du Juge-commissaire est destiné à éclairer la juridiction compétente sur la situation de l'entreprise et sur la nécessité de la clôture de la liquidation des biens. En effet, l'insuffisance d'actif doit être clairement établie et non simplement supposée. Dans ce sens, le rapport du Juge-commissaire doit être suffisamment démonstratif ; il constitue la source essentielle de la motivation de la décision du juge.

La question pourrait se poser de savoir si le tribunal compétent, tenu de solliciter l'avis du Juge-commissaire est également tenu de le suivre. Le législateur OHADA ne fournit pas de réponse à cette question. Néanmoins, il prescrit que le juge « *peut* » prononcer la clôture pour insuffisance d'actif, ce qui laisse entendre qu'il conserve son pouvoir d'appréciation. Mais, le Juge commissaire est plus à même de suivre les opérations de liquidation des biens au jour le jour. De ce fait, il peut, mieux que quiconque, aider le tribunal à y voir clair. En ce sens, son avis pourrait être déterminant dans la plupart des cas. Un regard sur la jurisprudence permet de conforter cette analyse. Dans son jugement n° 179 du 26 avril 2006, le Tribunal de Commerce de Bamako, prononce la clôture pour insuffisance d'actif sur la foi des conclusions du Juge-commissaire[1322]. Dans le même sens, la Cour d'appel de l'Ouest (Cameroun) a eu à juger que la clôture des opérations de liquidation pour insuffisance d'actif est de droit dès lors que le liquidateur démontre, à travers son rapport qu'il ne dispose pas d'actif dont la réalisation pourrait générer des fonds à même de satisfaire les différents créanciers[1323]. Dans tous les cas, ce qui compte c'est la preuve de l'insuffisance d'actif ; si elle est acquise, le juge ne peut plus hésiter à clôturer la procédure.

Le prononcé du jugement de clôture

Expression du parallélisme des formes, la liquidation des biens ouverte par jugement doit être clôturée dans les mêmes conditions. Malheureusement, il arrive que des procédures judiciairement ouvertes se terminent « en queue de poisson », sans redressement de l'entreprise, sans paiement substantiel des créanciers et sans jugement de clôture[1324]. Cette pratique témoigne d'une prise en compte insuffisante par les acteurs judiciaires du poids de leurs responsabilités dans la mise en œuvre de la règlementation applicable aux entreprises en difficulté.

1321 Article 47 al. 1 de l'AUPC.

1322 Cf. Tribunal de Commerce de Bamako, jugement n° 179/ JUGT du 26 avril 2006, affaire collectif des travailleurs de Air Mali S.A. contre Air Mali S.A. ; Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Dakar (Sénégal), jugement commercial n° 113 du 12 novembre 2004, affaire Société Industrielle de Confection Sénégalaise (SICS).

1323 Cour d'appel de l'Ouest (Cameroun), arrêt n° 31/civ. du 11/12/2002, Affaire Sté U.P.S. c/ S.T.P.C., rendu sur appel contre le jugement civil n° 372 du 04/05/2000, Affaire liquidation FORACO CAMEROUN (Observations : Yvette R. KALIEU ELONGO).

1324 F.M. SAWADOGO, Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in ISSA-SAYEGH, POUGOUE et SAWADOGO, *OHADA : Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope,* 4ème éd., 2012, p. 1198.

L'analyse de l'article 173 de l'AUPC précité permet d'envisager le jugement de clôture pour insuffisance d'actif à travers ses conditions et ses effets. Étant donné le poids des conclusions du Juge-commissaire, on peut imaginer que la juridiction compétente se borne à constater l'insuffisance d'actif et à en tirer les conséquences de droit. Ce faisant, elle est tout de même appelée à trancher toute contestation éventuellement soulevée par l'une des parties[1325].

Il subsiste une incertitude quant au moment à partir duquel le juge peut prononcer la clôture pour insuffisance d'actif. Pour le législateur communautaire, ce mode de clôture peut intervenir *à quelque époque que ce soit.* Le juge n'est donc, en principe, pas tenu d'un délai et, la procédure de liquidation des biens pourrait être clôturée immédiatement après son ouverture, lorsque l'insuffisance d'actif est manifeste. Pourtant, l'Acte uniforme prévoit que la vérification des créances est obligatoire quelle que soit l'importance de l'actif et du passif [1326]. En conséquence, « *Même s'il lui apparaît que les deniers à provenir de la réalisation de l'actif seront entièrement absorbés par les frais de justice et les créances privilégiées, le syndic procède à l'établissement de l'état des créances* »[1327]. Il s'ensuit que la clôture pour insuffisance d'actif ne saurait intervenir tant que le syndic n'a pas procédé à la vérification des créances ou, en tout cas, tant que le délai de trois mois à lui imparti pour le faire n'est pas expiré[1328].

Pour être opposable aux tiers, le jugement de clôture pour insuffisance d'actif doit être publié[1329]. Il peut faire l'objet de recours. A cet effet, l'Acte uniforme admet qu'une telle décision « *peut être rapportée à la demande du débiteur ou de tout autre intéressé sur justification que les fonds nécessaires aux frais des opérations ont été consignés entre les mains du syndic* »[1330]. Peu probable, ce retournement est néanmoins envisageable. Il suppose, soit une erreur dans l'appréciation de la réalité de l'insuffisance d'actif[1331], soit un retour extraordinaire du débiteur à une meilleure santé financière. Par ailleurs, bien que le législateur ne le dise pas, la réouverture de la liquidation des biens est possible au cas où il y a lieu d'exercer contre les dirigeants sociaux des actions en responsabilité. Les actions en comblement du passif[1332] et en

---

1325 Cf. Article 177 de l'AUPC.

1326 Art. 84 al. 1 de l'AUPC. En vertu de l'al. 2 de ce texte, la vérification des créances a lieu dans les trois mois suivant l'ouverture de la procédure collective.

1327 Art. 146 al. 3 de l'AUPC.

1328 La solution parait inverse en droit français. Conformément à l'article L. 641-4 de la loi de 2005, « *il n'est pas procédé à la vérification des créances chirographaires s'il apparaît que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées, à moins que, s'agissant d'une personne morale, il n'y ait lieu de mettre à la charge des dirigeants sociaux de droit ou de fait tout ou partie du passif (…)*. ». Mais, l'option du législateur OHADA pour la vérification obligatoire de toutes les créances est cohérente dans la mesure où les créanciers ne perdent pas leurs droits en cas de clôture pour insuffisance d'actif.

1329 C'est ce qui résulte de la lecture combinée des articles 36, 37, 173 (2) de l'AUPC.

1330 Art. 175 de l'AUPC.

1331 La jurisprudence française a eu à se prononcer en faveur de la réouverture de la procédure en cas de découverte d'actifs antérieurement dissimulés (Tribunal de commerce de Paris, 27 septembre 1995, Revue de jurisprudence de droit commercial, 1996, 272, note Ch. GALLET) ; voir aussi P. PETEL, *Procédures collectives*, Cours Dalloz, 4è éd. 2005, n° 332 ;

1332 L'action en comblement du passif est consacrée par l'article 183 de l'AUPC en ces termes : « *lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette*

extension de la procédure collective[1333] peuvent toujours être initiées, tant qu'elles ne sont pas prescrites[1334]. L'hypothèse de réouverture de la procédure collective en vue de l'exercice d'une action en responsabilité suppose que les faits générateurs de cette responsabilité aient été découverts après la clôture pour insuffisance d'actif. Au cas où ils sont découverts en cours de la procédure, il n'y a pas de raison de procéder à la clôture, sauf en cas de dénouement de l'action engagée[1335]. Dans tous les cas, de telles actions ne peuvent être intentées que par le syndic bénéficiant du monopole de la défense de l'intérêt collectif des créanciers. C'est pourquoi il y aurait lieu à la réouverture de la procédure. En toute logique, il revient à la juridiction ayant prononcé la clôture de la liquidation des biens de juger de l'opportunité de la relancer et de restaurer les différents organes dans leurs fonctions. La réouverture de la procédure entraine, en outre, la reconstitution de la masse des créanciers et, à nouveau la suspension des poursuites individuelles et le dessaisissement du débiteur.

Un regard sur la pratique judiciaire confirme, toutefois, l'improbabilité de la réouverture de la procédure clôturée pour insuffisance d'actif. Dans la mesure où les créanciers sont munis de leurs titres exécutoires, ils s'en servent, individuellement, en cas d'amélioration de la situation financière du débiteur. Dans cette perspective, l'intérêt même de la réouverture de la liquidation des biens est discutable. Dans la majeure partie des cas, le jugement de clôture est définitif. Son effet immédiat est de mettre fin à la procédure de liquidation des biens ainsi qu'à la mission des organes constitués, sous réserve de la reddition des comptes. Les créanciers recouvrent, par la même occasion, l'exercice individuel de leurs droits.

---

insuffisance d'actif, décider, à la requête du syndic ou même d'office, que les dettes de la personne morale seront supportées en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux ». Si une telle action se rapproche du droit commun de la responsabilité civile, de par les conditions exigées (la faute, le dommage et le lien de causalité), elle s'en détache fondamentalement au regard des pouvoirs importants accordés au juge pour décider de l'opportunité et de la mesure de la condamnation.

1333 Voir Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Dakar (Sénégal), jugement commercial n° 128 du 21 janvier 2003, affaire Abdou DIOP contre Abdoul Khafiz FAKIH. Dans cette affaire, le défendeur s'était rendu coupable de manipulation de la dénomination de la société et des comptes dont il refusait d'ailleurs de délivrer l'état. Le juge en a déduit sa mauvaise foi manifeste et son intention de poursuivre ses intérêts personnels au détriment de la personne morale. En règle générale, l'action en extension de la procédure collective vise à sanctionner le fait d'« *avoir disposé des biens ou du crédit social contrairement à l'intérêt social* ; *avoir poursuivi contrairement à l'intérêt social une exploitation déficitaire* », ou encore « *exercé une activité commerciale personnelle, soit par personne interposée, soit sous le couvert de la personne morale masquant ses agissements* » (article 189 de l'AUPC).

1334 Alors que l'action en comblement du passif se prescrit par trois ans à compter de l'arrêté définitif des créances (article 186 de l'AUPC.), aucun délai de prescription n'est expressément prévu pour l'exercice de l'action en extension de la procédure collective.

1335 Cf. P. PETEL, op. cit., n° 332.

9- Le maintien des droits des créanciers impayés

La clôture de la liquidation des biens pour insuffisance d'actif ouvre une nouvelle ère d'incertitude pour les créanciers impayés. L'on se demande s'il faut maintenir ou non leur droit de poursuite contre le débiteur. Deux hypothèses sont envisageables.

Premièrement, l'on peut opter pour l'extinction des créances et la « libération » du débiteur. C'est la position du législateur français qui prévoit que, sauf cas exceptionnels, le jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur[1336]. Cette solution est soutenue par une série d'arguments. D'abord, le souci d'égalité entre débiteurs : l'on estime qu'il ne faut pas « pénaliser » les personnes physiques alors que les personnes morales échappent aux poursuites, du fait de leur dissolution. Ensuite, l'envie de donner au débiteur une nouvelle chance : libéré de la dette, il pourrait éventuellement mettre sur pied une nouvelle entreprise. Enfin, l'on estime que le sacrifice imposé aux créanciers est faible au regard de l'insolvabilité du débiteur[1337]. Malgré ces considérations, la doctrine se montre, en général, défavorable à ce qu'elle considère comme un passage de l'obligation de payer ses dettes au droit de les ignorer[1338].

Deuxièmement, l'on peut opter pour le maintien des recours des créanciers, sans égard à la situation financière du débiteur. C'est la solution consacrée par le législateur OHADA. Selon l'AUPC, la décision de clôture pour insuffisance d'actif fait recouvrer à chaque créancier l'exercice individuel de ses actions[1339]. A cette fin, « *si leurs créances ont été vérifiées et admises, le Président de la juridiction compétente vise l'admission définitive des créanciers, la dissolution de l'union, le montant de la créance admise et celui du reliquat dû. Revêtue de la formule exécutoire, cette décision n'est susceptible d'aucune voie de recours* »[1340]. Globalement le maintien des droits des créanciers en cas de clôture pour insuffisance d'actif parait judicieux, même si son utilité pratique peut être discutée. Encore faut-il distinguer le cas des personnes physiques de celui des personnes morales. Si les premières peuvent être poursuivies en tout état de cause, il n'en est pas de même des secondes qui disparaissent irrémédiablement en cas de liquidation des biens.

1336 Article 122 de la loi française de 2005.

1337 André Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté*, 4è éd., Paris, LexisNexis SA, 2006, n° 847, pp. 421-422

1338 E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, Paris, LGDJ, 1998, n° 59 et s. ; voir aussi A. Jacquemont, *op. cit.*, qui parle d'un dangereux principe repris par la loi du 26 juillet 2005, celui de ne pas payer ses dettes. En réalité, les raisons avancées pour justifier l'extinction des créances ne donnent pas entièrement satisfaction. En tout état de cause, l'on ne saurait aligner le sort des personnes morales sur celui des personnes physiques : elles relèvent de catégories juridiques distinctes. Bien plus, la menace des poursuites des créanciers ne semble, à notre avis, ni paralyser définitivement le débiteur, ni être un véritable frein à la création d'entreprises. Quant à la question de l'efficacité des poursuites contre le débiteur, elle est incidente : la question de l'existence de la créance se distingue de celle de l'efficacité de l'action en recouvrement.

1339 Article 174 (1) de l'AUPC.

1340 Article 171 de l'AUPC.

f- L'ineffectivité du maintien des recours contre le débiteur personne morale

Bien que la clôture pour insuffisance d'actif entraine le recouvrement par les créanciers de leurs droits individuels de poursuite, la portée de cette règle doit être bien mesurée. En effet, si la liquidation des biens laisse subsister les personnes physiques, il n'en est pas de même des personnes morales. En vertu des dispositions de l'AUPC, la décision qui prononce la liquidation des biens d'une personne morale emporte, de plein droit, dissolution de celle-ci[1341]. Cette prescription est corroborée par celle de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui prévoit que la société prend fin, entre autres, par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation des biens[1342]. Tout au plus, la personnalité morale d'un groupement peut être maintenue, dans ces circonstances, uniquement pour les besoins de la liquidation et jusqu'à la clôture de celle-ci[1343].

Par conséquent, il est juridiquement impossible d'envisager des poursuites contre une personne morale dont la liquidation des biens a été clôturée pour insuffisance d'actif. Sa dissolution rend caduque toute action en paiement. Néanmoins, quelques précisions méritent d'être apportées suivant la distinction entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux.

Les sociétés de personnes sont des sociétés marquées d'un fort *intuitus personae* et dans lesquelles chaque associé est réputé n'avoir accepté l'association qu'en considération de la personnalité de ses coassociés[1344]. Ces derniers sont appelés à faire preuve d'une collaboration personnelle à la poursuite du but social, ce qui justifie que leurs parts sociales ne soient cessibles qu'en vertu d'une clause expresse et avec le consentement de tous[1345]. Il s'agit, par exemple, des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple. La dissolution de celles-ci ne libère pas les associés tenus indéfiniment et solidairement du passif social[1346]. Il en est de même, dans tous les cas où il existe une confusion entre le patrimoine de l'entreprise et celui des associés ou promoteurs. Ainsi, est-il admis que les commerçants dont le fond de commerce a été liquidé restent tenus des dettes nées de l'exploitation de ce fonds, puisqu'il n'y a pas de passif propre au fonds de commerce. Au total, en dépit de la dissolution de la société de personnes, les créanciers impayés conservent l'intégralité de leurs actions contre les associés, dès lors que ces derniers sont tenus au-delà de leurs apports au capital de l'entreprise.

Les sociétés de capitaux, quant à elles, sont des sociétés dans lesquelles la personnalité des associés est indifférente, seuls étant pris en considération les capitaux apportés[1347]. C'est le cas des sociétés anonymes et des sociétés à responsabilité limitée.

1341 Article 53 (1) de l'AUPC.

1342 Article 200 (6) de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE).

1343 Article 201 de l'AUSCGIE.

1344 *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Litec, 1ère éd. 2002, sous la direction de R. CABRILLAC.

1345 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9è édition, Paris, PUF, 2012, p. 963.

1346 Globalement, il s'agit de tous les associés de la société en nom collectif et des seuls associés commandités de la société en commandite simple.

1347 En conséquence, dans ce type de société, les actions sont librement négociables et transmissibles. Cf.. G. CORNU, *op*. *cit*.

Les actionnaires ou associés de ces sociétés ne sont tenus des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports. Le patrimoine de l'entreprise étant strictement séparé de celui des associés, aucun recours en paiement ne peut être intenté contre ceux-ci lorsque celle-là fait l'objet d'une liquidation des biens clôturée pour insuffisance d'actif. Tout au plus, des actions en responsabilité peuvent être envisagées contre eux. Les dispositions relatives aux actions en comblement du passif et en extension de la procédure collective sont applicables aux associés au cas où ils revêtent la qualité de dirigeant de droit ou de fait[1348]. Subsidiairement, ils répondent de leurs délits et quasi-délits dans les termes du droit commun des obligations[1349]. Dans, l'ensemble, le maintien des recours des créanciers après la clôture pour insuffisance d'actif ne produirait d'effet juridique qu'à l'égard des débiteurs personnes physiques.

g- L'opportunité du maintien des recours contre le débiteur personne physique

Si la liquidation des biens entraine la dissolution des personnes morales, il en est autrement pour les personnes physiques. Celles-ci demeurent tenues envers les créanciers impayés. C'est la solution de droit commun où la règle demeure l'obligation de payer ses dettes et non le droit de s'en échapper[1350].

On pourrait, toutefois, s'interroger sur l'opportunité de maintenir le droit de poursuite contre un débiteur *a priori* insolvable[1351]. En effet, par hypothèse, le débiteur ayant été soumis à la liquidation des biens ne dispose plus du tout d'actifs susceptibles d'être réalisés. Dans ces conditions, les recours des créanciers semblent voués à l'échec. Mais, l'insolvabilité du débiteur peut aussi être passagère, voire même apparente.

D'une part, les créanciers ne sont pas à l'abri de toute fraude à leurs droits. Dans le contexte de la cessation des paiements, le débiteur peut être tenté de dissimuler tout ou partie de ses biens afin de les soustraire de l'emprise des créanciers. Certes, il existe des mécanismes permettant de limiter ce risque. Ainsi, certains droits acquis pendant la période suspecte et présumés frauduleux peuvent être frappés d'inopposabilité[1352]. Par ailleurs, en cas de cessation des paiements, le jugement d'ouverture de la procédure collective emporte assistance obligatoire (cas du redressement judiciaire) ou

---

1348 Le dirigeant de droit est celui qui a bénéficié d'une investiture légale. En revanche, le dirigeant de fait est celui qui, en toute souveraineté et indépendance, exerce une activité positive de gestion, sans en avoir été formellement désigné (lire D. Tricot, *les critères de la gestion de fait*, Droit et patrimoine, janvier 1996, p. 24).

1349 La doctrine et la jurisprudence posent le principe du non-cumul de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif avec l'action en responsabilité de droit commun (voir Paul Le Cannu, *La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, Revue des sociétés 2005, p. 743) ; Cour de Cassation (Com.). 9 décembre 1997. Regazzoni c/ Percepteur de Luxeuil-les-Bains et autres, note Jean-Jacques Daigre, Revue des sociétés 1998, p. 316

1350 Cf. E. JOUFFIN, *op. cit*.

1351 L'on estime que contre un insolvable, il ne sert à rien d'agir (Cf. F. PEROCHON, R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement,* Paris, L.G.D.J. 6è édition, 2003, n° 413.)

1352 D'un maximum de dix-huit mois, la période suspecte va du jour de la cessation des paiements au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective (article 67 de l'AUPC). Elle est dite suspecte en raison du risque pour le débiteur, conscient de son état de cessation des paiements, de dissimuler certains de ses biens ou de favoriser certains créanciers au détriment d'autres. Les actes susceptibles d'être attaqués sont, entre autres, les actes translatifs de propriété à titre gratuit, les contrats commutatifs déséquilibrés (voir les articles 68 et 69 de l'AUPC).

dessaisissement (cas de la liquidation des biens) du débiteur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens[1353]. Mais, malgré ces précautions prises par le législateur, certains actes frauduleux peuvent échapper à la vigilance des acteurs de la procédure collective. Les créanciers sont alors fondés à mettre en œuvre leurs droits individuels de poursuite au cas où des actifs antérieurement dissimulés, par quelque moyen que ce soit, sont découverts après la clôture pour insuffisance d'actif. Ils peuvent également attaquer, conformément au régime de l'action paulienne, les actes juridiques accomplis par le débiteur en fraude de leurs droits et qui n'ont été découverts qu'après la clôture de la procédure collective[1354].

D'autre part, il n'est pas exclu que le débiteur revienne à meilleure fortune, soit à la faveur d'un gain spontané[1355], soit en raison d'une relance plus ou moins honorable de ses activités. La seconde hypothèse semble plus laborieuse. Si le volume du passif non épongé est important, ce qui est souvent le cas, toute perspective de réinvestissement est périlleuse pour le débiteur en raison de la menace permanente des poursuites des créanciers. Néanmoins, rien ne lui interdit de négocier, dans les conditions du droit commun, des délais de paiement ou remises de dettes que nécessiterait la relance de ses affaires. Une telle issue n'est pas forcément désavantageuse pour des créanciers confrontés à l'insolvabilité extrême du débiteur.

Finalement, sans être une panacée, le maintien des recours des créanciers après la clôture pour insuffisance d'actif apparait comme la solution la plus cohérente.

1353 Article 52 (1) et 53 (3) de l'AUPC.

1354 En application de l'article 1167 du Code civil, les créanciers peuvent, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par le débiteur en fraude de leurs droits.

1355 Cas d'un héritage par exemple.

Conclusion

Soutenue par un objectif de paiement des créanciers, la liquidation des biens ne peut se poursuivre lorsqu'elle se heurte à l'insuffisance d'actif. La clôture de la procédure s'impose à la juridiction compétente, dès lors que le débiteur ne dispose plus de biens permettant de régler, ne serait-ce que partiellement, ses dettes. Dans ce contexte, la question du sort des créances impayées se pose avec insistance.

Le droit OHADA opte pour le maintien des droits des créanciers, ce qui parait, de prime abord, raisonnable. En effet, l'objectif stratégique de l'organisation, à savoir à savoir la facilitation et la sécurisation des investissements nationaux et internationaux s'accommode bien des prédispositions à entretenir les créances et en faciliter le recouvrement plutôt qu'à les balayer d'un revers de la main. Dans ce sens, l'institutionnalisation, au niveau des États, d'un fonds de soutien aux entreprises en difficulté est souhaitable. Elle permettrait de garantir aux créanciers un meilleur taux de règlement en cas d'insuffisance d'actif. En tout état de cause, comme le soulignait le doyen Ripert, l'affirmation d'un droit de ne pas payer ses dettes n'est pas de nature à encourager les débiteurs en difficulté à respecter leurs engagements[1356].

Il restait au législateur à entériner une distinction essentielle entre le sort des personnes morales de celui des personnes physiques. La liquidation des premières entraine leur dissolution et rend caduque toute action en paiement. En définitive, le maintien des droits des créanciers impayés ne produirait d'effet de droit qu'à l'égard des débiteurs personnes physiques. Même, si ces derniers sont insolvables, il est préférable, pour les créanciers, d'avoir une voie de droit, même hypothétique, que d'en être complètement dépouillé.

[1356] G. RIPERT, le droit de ne pas payer ses dettes, D.H. 1936, Chron. 57. ; G. RIPERT, R. ROBLOT, par P. DELEBECQUE et GERMAIN, *Traité de droit commercial*, L.G.D.J., t2, 15è éd. 1995, n° 3275.

LA REVISION DE L'AUDCG : OUVERTURE A LA DEMATERIALISATION ET AUX ECHANGES ELECTRONIQUES SECURISES

par Thierry PIETTE-COUDOL,

Avocat au Barreau de Paris

Le processus de révision des Actes Uniformes de l'OHADA en cours a abouti récemment à la publication de trois Actes Uniformes actualisés. Le premier d'entre eux, l'Acte Uniforme de Droit Commercial Général, comporte une importante innovation : la prise en compte des Technologies de l'Information et de la Communication dans les relations des déclarants et demandeurs avec les Registres du Commerce et du Crédit Mobilier à l'occasion de l'accomplissement des formalités relatives au droit commercial et aux sûretés, ainsi que dans les liaisons électroniques entre les Registres, les Fichiers Nationaux et le Fichier Régional.

Le présent texte est consacré exclusivement aux dispositions relatives aux moyens technologiques intégrés dans l'Acte Uniforme de Droit Commercial Général. Le lecteur trouvera ci-dessus en première partie quelques éléments d'information et de réflexion sur les Technologies de l'Information et de la Communication, tandis qu'une seconde partie présentera les dispositions de l'AUDCG afférentes, article par article.

Partie I

Eléments liminaires sur la révision de l'AUDCG

I- La révision de l'Acte Uniforme de Droit Commercial Général

Un ample programme de révision des Actes Uniformes est actuellement en cours et l'*Acte Uniforme de Droit Commercial Général* (AUDCG) ainsi que l'*Acte Uniforme relatif au droit des Sûretés* (AUS) ont été parmi les premiers concernés. Un programme visant à l'amélioration du droit des affaires dans la zone OHADA bénéficie du soutien du Groupe de la Banque Mondiale, de l'Investment Climate Facility for Africa (ICF), du BIT, de la BCEAO et de la France. Il s'inscrit dans une stratégie d'appui au développement du secteur privé, vecteur essentiel pour la croissance économique dans la zone. L'OHADA et ses Etats Parties contribuent ainsi à apporter une réponse aux opérateurs économiques de la région.

Comme on a pu le noter dans les divers communiqués publiés sur la liste de diffusion électronique de l'OHADA, le processus participatif, conduit par le Secrétaire Permanent, a compris diverses étapes qui ont été les suivantes :

c. Consultations initiales dans les Etats membres auprès de représentants des secteurs publics et privés,

d. Diagnostic et examen critique détaillé des Actes uniformes par des experts indépendants afin d'identifier les forces et faiblesses et les grands axes de modernisation à proposer aux Ministres,

e. Contrôle de Qualité et synthèse du diagnostic, mis ensuite à la disposition des experts rédacteurs et des Etats membres (CNO),

f. Rédaction d'avant-projets d'amendements par des experts indépendants (experts de la matière en collaboration avec des experts en légistique ou rédaction de lois) sur la base du diagnostic approfondi,

g. Envoi officiel des avant-projets par le Secrétaire Permanent aux Etats membres pour observation

h. Séminaire ou missions d'imprégnation préalables à l'organisation de la réunion plénière des CNO, pour une première présentation didactique des avant-projets et faciliter la préparation des observations nationales,

i. Synthèse des observations nationales,

j. Réunion plénière des CNO pour examiner, enrichir, et finaliser les avant-projets de textes sur la base des observations nationales,

k. Finalisation des textes puis transmission a la CCJA pour avis juridique,

l. Soumission au Conseil des Ministres pour adoption,

m. Publication et entrée en vigueur.

L'amélioration du texte relatif au droit commercial (AUDCG) vise à renforcer la sécurité juridique et judiciaire dans l'exécution des contrats commerciaux. Cette révision apporte également une innovation notable en consacrant un statut de professionnel indépendant soumis à un régime juridique et comptable allégé et adapté, l'entreprenant, qui doit permettre à de petits entrepreneurs d'avoir accès aux financements[1357]. Les Etats membres de l'OHADA ont également adopté un ensemble de mesures visant à moderniser et informatiser leurs registres du commerce et du crédit mobilier (RCCM). A terme, ces réformes doivent permettre aux opérateurs économiques de s'informer efficacement, de manière fiable et en temps réel sur leurs partenaires potentiels ou les garanties offertes par leurs débiteurs dans la région.

Comme prévue dans la procédure de révision convenue, la réunion plénière des Commissions Nationales OHADA (CNO), qui s'est tenue à Dakar du 12 au 21 mai 2010, portait sur l'examen des projets d'amendements de l'AUDCG et de l'AUS. Les deux projets d'Actes uniformes amendés ont été transmis à la Cour Commune de justice et d'Arbitrage de l'OHADA à Abidjan qui a émis un avis positif. Puis ils ont été transmis au Conseil des Ministres de l'OHADA à Lomé (Togo), pour adoption définitive du 13 au 15 décembre 2010. Le nouvel AUDCG abroge la version précédente du 17 avril 1997. Les AU[1358] ont été publiés au Journal Officiel de l'OHADA le 15 février 2011 dans le délai de 60 jours[1359]. Ils entreront en vigueur vers le 16 mai 2011 dans un délai de 90 jours après cette publication.

L'AUDCG possède son propre calendrier pour la mise en œuvre des processus techniques : un délai de deux ans est prévu à compter de la date d'entrée en vigueur de l'AUDCG (art. 303 à 305) pour :

n. la mise en place des moyens de traitement et de transmission électronique des Registres du Commerce et du Crédit Mobilier, des Fichiers Nationaux et du Fichier Régional,

o. la possibilité pour les sociétés et autres personnes et organismes amenés à procéder ou à participer à des inscriptions de déposer par voie électronique tous les actes et informations soumis à publicité,

p. le passage en format électronique de tous les actes et informations à déposer ou à transmettre aux RCCM et aux Fichiers Nationaux et Régional.

II- Economie générale de la révision de l'AUDCG relative aux TIC

A- Registres et Fichiers

La révision de l'AUDCG, notamment sous l'angle de l'intégration des TIC, s'applique naturellement à tous les Etats Parties de l'Ohada, même si des disparités dans les moyens techniques entraîneront une mise en application progressive. Rappelons le champ d'application :

1357 Voir notamment, le dossier de la revue Droit & Patrimoine n°197 de nov. 2010.

1358 Ainsi d'ailleurs que l'AUSCOP révisé.

1359 Conformément à l'article 9 du Traité OHADA (voir J.O OHADA, n° 23).

q. Chaque Etat Partie dispose d'un *Registre du Commerce et du Crédit Mobilier* ou de plusieurs.

r. Chaque Etat Partie dispose d'un *Fichier National* où sont centralisés les dossiers reçus par le(s) Registre(s) du commerce et du crédit mobilier.

s. Le *Fichier Régional* est situé au niveau fédéral de l'Ohada à la CCJA d'Abidjan.

B- La dématérialisation et le passage à l'écrit électronique

La prise en compte des TIC par l'Ohada se manifeste avec l'intégration du concept d'*écrit électronique* dans l'AUDCG. La première question à régler est de déterminer la place de l'écrit électronique par rapport à l'écrit papier : cette nouvelle forme ne doit-elle être considérée que comme une pâle copie du papier traditionnel ? Il en est rien ici. Non seulement les formalités accomplies auprès des divers registres aux moyens de documents et pièces électroniques sont licites et valides, mais encore ils sont équivalents en termes de preuve aux écrits papiers traditionnels. Cette assimilation a un prix : l'AUDCG fixe ses conditions, des conditions sécuritaires nommées "identification" et "intégrité". En réalité, il s'agit ni plus ni moins que de conditions existant avec l'emploi du support papier, mais auxquelles on ne prête généralement pas attention. Tout acte juridique sur papier provient d'un auteur qui l'a rédigé ou fait rédiger et qui en accepte le contenu comme sien. D'autre part, le papier, malgré son apparente fragilité, donne des garanties non négligeables en matière de fiabilité et de conservation dans le temps. Quant au document électronique, il possède cette nature immatérielle nativement (il est "dématérialisé") ou bien il provient d'un document papier passé au scanner (il est "numérisé"). Ajoutons que sa forme électronique permet une transmission… électronique. Celui qui le reçoit peut légitimement s'interroger sur son auteur : qui est-il ? Est-il bien celui qu'il prétend être ? Pas de sécurité juridique, si l'auteur ne peut pas être identifié. Et plus, le message ou le fichier est-il bien celui qui a été envoyé ? Un aléa technique ou surtout humain (piratage) en a-t-il modifié le contenu ? Pas de sécurité juridique sans assurance que le document électronique reçu est bien intègre. C'est ainsi que l'AUDCG exige que le procédé employé garantisse l'origine du document et son intégrité. Divers modalités techniques permettent d'obtenir ce résultat. Cependant un des procédés intéresse tout particulièrement le juriste, puisqu'il s'agit de la signature électronique.

C- L'usage d'une signature électronique qualifiée

La plupart des documents juridiques et des formalités n'y échappe pas : ils comportent la signature de l'auteur ou du demandeur. Un principe supérieur des systèmes de droit civil trouve ici application : l'*unicité du droit*. Il signifie en l'occurrence que la survenance des technologies de l'information et de la communication n'entraîne pas un dédoublement de l'édifice juridique. En fait, on peut remarquer que les TIC offrent de nouvelles possibilités de représentation, de transmission et de conservation aux actes juridiques et autres demandes administratives sans que le message juridique ne change. Les TIC concernent la forme des actes, alors que le fond, juridique, reste identique. Du fait de l'Unicité du Droit et en conséquence, du parallélisme des formes, le besoin d'une "signature électronique" apparaît, quand la forme dématérialisée d'un acte juridique nécessite l'équivalent d'une signature manuscrite. Dès lors, l'ouverture de l'OHADA aux

TIC devait se traduire par une intégration de la signature électronique dans les Actes Uniformes.

Or la signature électronique existe déjà depuis plusieurs années au niveau international. Les juristes se sont en effet emparés d'un instrument technique créé par les professionnels de la sécurité informatique et appelé "signature numérique". Cette dernière est toujours en utilisation à des fins purement techniques. En revanche, la signature électronique voit ses paramètres techniques encadrés et limités par le Droit pour en faire un instrument juridique. Les juristes de l'American Bar Association aux Etats-Unis ont été les premiers à se lancer dans l'aventure[1360]. Leurs travaux ont ensuite été portés à la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) qui a publié en 2001 une "Loi type de la CNUDCI pour les signatures électroniques"[1361]. La Loi type a été adoptée par diverses organisations régionales.

En Europe, la Commission de Bruxelles s'est intéressée à la question de la sécurisation des transmissions électroniques, nécessaire au développement et l'accélération des échanges commerciaux. Il en est sorti une *Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*[1362] qui a été transposé dans le droit interne de tous les Etats Membres, notamment en France[1363].

L'AUDCG intègre dans le corpus juridique de l'Ohada une "signature qualifiée". En effet, les textes juridiques n'ostracisent pas la signature des techniciens et lui reconnaissent une certaine valeur juridique. Aussi peut-on relever une classification élémentaire comprenant : d'une part, la signature électronique des techniciens, innommée ou dénommée "*simple*" et d'autre part, un instrument de rang supérieur visant à faire bénéficier son auteur du de la totalité des effets juridiques, appelée "*avancée*", "*qualifiée*", "*sécurisée*", etc. Les textes fondateurs des organisations internationales qui apportent une reconnaissance à la signature électronique lui octroient une valeur juridique identique à celle que possède une signature manuscrite. L'art. 83 de l'AUDCG va plus loin puisqu'il stipule que la signature électronique est la marque du consentement du signataire au contenu de l'acte signé. Cette qualité s'ajoute aux deux garanties techniques apportées par les signatures électroniques de rang supérieur : l'identification du signataire et l'intégrité de l'acte signé arrivé à destination. Ces garanties transparaissent dans l'énumération des caractéristiques de la Signature Electronique selon l'article 83 et qui permettent d'assurer son équivalence avec les signatures conformes à état de l'art adoptées dans de nombreux pays du monde.

La signature électronique s'appuie sur un composant spécial dit "certificat électronique" qui permet dans les applications techniques de démontrer l'identification de son porteur. Dans le cas de la signature, le certificat garantit dûment l'identification du signataire. Le certificat électronique est confectionné par un intermédiaire spécialisé, "le

---

1360 Cf. *www.abanet.org/scitechhttp://www.abanet.org/scitech/ec/isc/dsg-tutorial.html*

1361 Cf. Rapport de la CNUDCI sur les travaux de sa trente-quatrième session, tenue à Vienne du 25 juin au 13 juillet 2001, adopté le 5 juillet 2001. Texte disponible sur le site officiel *: www.uncitral.net*

1362 Cf.: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0093:FR:NOT

1363 En ce qui concerne la France, la transposition a été réalisée par une *Loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique* qui a modifié le Code civil.

prestataire de services de certification électronique[1364]" (PSCE) qui n'intervient pas dans le processus de signature ni dans les flux électroniques[1365]. Ce prestataire, qui peut se contenter d'un rôle purement sécuritaire, devra remplir des conditions précises en termes d'organisation et de fonctionnement pour que sa valeur ajoutée en matière d'identification du signataire soit admise.

D- L'archivage électronique

La formalité accomplie, notamment avec le dépôt ou la communication des documents et pièces justificatives prévues sous la forme électronique, les effets juridiques attendus se produisent. Les documents et pièces justificatives sont conservés pour faire face ultérieurement à toute vérification, consultation ou contestation. Comme les documents et pièces sont sous forme électronique, leur conservation fait l'objet d'un *archivage électronique*. Cette opération est souvent réalisée par un Système d'Archivage Electronique (SAE) qui respecte une norme nationale, régionale ou internationale permettant de garantir sa fiabilité.

L'AUDCG pose les grands principes de la conservation juridique des demandes et dossiers électroniques : durabilité, lisibilité et intégrité. Les deux premières exigences correspondent aux opérations de numérisation. Le processus de numérisation des supports papier doit produire une copie électronique immédiatement lisible pour être juridiquement exploitable, tandis que la forme électronique doit être durable dans le temps (c'est le cas pour les CD-DVD et tous les disques magnétiques et/ou optiques). La troisième contrainte exprimée, l'intégrité, est typique des documents nativement électroniques. Il s'agit ici de se garantir que tous les traitements opérés sur les archives électroniques ne remettent pas en cause leur contenu, dans le temps mais aussi pendant leur transmission. Les SAE modernes sont en effet détenus par des prestataires de services externes de confiance appelés "tiers archiveurs" avec lesquels les transmissions (envoi des archives chez l'archiveur et restitution des archives à leurs propriétaires) sont effectuées par électronique, par exemple via Internet, mais avec sécurisation des transmissions.

III- L'organisation du chapitre de l'AUDCG consacré aux TIC

C'est une grande évolution que l'entrée des Technologies de l'Information et de la Communication dans les actes de l'Ohada, même par la "petite fenêtre" des formalités aux registres du commerce et fichiers associés. Un nouveau Livre VI de l'AU instaure 24 articles ventilés entre 5 chapitres. Après avoir proclamé le principe de la prise en compte des TIC dans les formalités (ch. I), le livre traite du statut des documents électroniques dans ces formalités (ch. III) en consacrant un chapitre spécifique à l'utilisation de la signature (ch. II) qui en est l'instrument incontournable aujourd'hui. Outre la possibilité de dématérialiser les documents et pièces justificatives, l'AU révisé organise également leur transmission électronique entre les demandeurs, les registres et les fichiers (ch. IV). En outre, la faculté de chacun de demander communication des

---

[1364] Cette certification est purement technique et non pas juridique. Elle n'a rien de commun avec la certification de documents que le greffier peut réaliser en cas de besoin.

[1365] Il faut insister sur ce point : le PSCE n'intervient pas dans le processus de création de signature électronique ni dans la procédure de vérification de signature. Il émet le certificat et se met en attente jusqu'au renouvellement du certificat plus tard (15 mois à 3 ans) ou jusqu'à sa révocation en urgence.

informations stockées sous forme électronique est traitée dans l'avant-dernier chapitre (ch. V). Enfin la mise en œuvre des moyens techniques et leur disponibilité est précisée en termes de calendrier dans les derniers articles de l'AUDCG (art. 303-305).

LIVRE VI - Dispositions sur l'informatisation du Registre du commerce, du Registre national des suretés et du crédit, du fichier national du commerce et du crédit et du fichier régional du commerce et du crédit

Chapitre I - Principes généraux de l'utilisation des procédures électroniques

- Art.79 Reconnaissance juridique de l'emploi de forme électronique pour les relations avec les registres.
- Art.80 Equivalence juridique pour la tenue sur papier ou sous électronique des Registres du Commerce, le Registre National des Sûretés et le Fichier National du Commerce et du Crédit.
- Art.81 Création d'un Comité technique de normalisation pour standardiser les spécifications techniques

Chapitre II - Validité des documents électroniques et des signatures électroniques

- Art.82 Equivalence entre les formalités accomplies sur papier ou par électronique.
- Art.83 Définition juridique et technique de la "signature électronique qualifiée"
- Art.84 Définition technique du complément indispensable à la signature électronique : le certificat électronique.
- Art.85 Renvoi au droit interne des Etats Parties pour les spécifications techniques

Chapitre III - Utilisation et conservation des documents électroniques

- Art.86 Validité de la dématérialisation des demandes et pièces justificatives remises
- Art.87 Validité des demandes et pièces justificatives transmises par voie électronique sécurisée
- Art88 Cas des mentions en marge dans les dossiers électroniques

- Art.89 Authentification des demandes par voie électronique par le greffier
- Art.90 Principe de communication des informations par voie électronique par les autorités administratives
- Art.91 Obligations d'archiver électroniquement les documents de déclaration dématérialisés

Chapitre IV - Utilisation de la voie électronique pour la transmission des documents

- Art.92 Principe de transmission de documents et dossiers par et aux registres et fichiers
- Art.93 Validité des réponses sous forme électronique du greffier
- Art.94 Sécurisation par signature électronique des échanges entre Registres et fichiers
- Art.95 Apposition de la signature électronique qualifiée de l'expéditeur pour toute demande
- Art.96 Numérisation des dossiers et documents papier

Chapitre V - Publicité et diffusion des informations des registres sous forme électronique

- Art.97- Principe de libre communication des informations figurant dans les registres
- Art.98 Numérisation des pièces et certification par le greffier
- Art.99 Coût d'une information ou de la copie d'un document
- Art.100 Licéité de la communication électronique d'informations entre le Registre et les administrations

DISPOSITIONS COMMENTEES DE L'AUDCG RELATIVES AUX MOYENS ELECTRONIQUES

LIVRE VI
DISPOSITIONS SUR L'INFORMATISATION DU REGISTRE DU COMMERCE, DU REGISTRE NATIONAL DES SURETES ET DU CREDIT, DU FICHIER NATIONAL DU COMMERCE ET DU CREDIT ET DU FICHIER REGIONAL DU COMMERCE ET DU CREDIT

CHAPITRE I

PRINCIPES GENERAUX DE L'UTILISATION DES PROCEDURES ELECTRONIQUES

ARTICLE 79- Les dispositions du présent Livre s'appliquent aux formalités ou demandes prévues par le présent Acte uniforme, par tout autre acte uniforme ou par toute autre règlementation. Ces demandes ou formalités peuvent être effectuées par voie électronique, dès lors qu'elles peuvent être transmises et reçues par cette voie par leurs destinataires.
Toutefois, les dispositions du Présent Livre ne s'appliquent pas aux échanges ou transmissions électroniques qui font l'objet de législations particulières.

Commentaires :
L'article 79 de l'AUDCG énonce le principe le plus général en matière d'utilisation des TIC : désormais l'électronique vient concurrencer le papier pour l'accomplissement des formalités prévues dans l'AUDCG et sans doute plus tard, dans les autres Actes Uniformes. Le principe ici énoncé à l'occasion de l'accomplissement de la formalité est déclinée plus avant dans le chapitre en termes de dématérialisation des pièces et documents, puis au niveau des relations électroniques entre les acteurs. Naturellement, l'option technologique ne vaut que si le destinataire est susceptible de recevoir les documents des formalités sous forme électronique. L'accomplissement électronique des formalités suppose que les demandes et les pièces justificatives soient dématérialisées c.à.d. que le support papier des documents soit remplacé par une forme électronique de même nature et de même destination. L'objectif de dématérialisation s'applique à l'ensemble du domaine concerné pour les formalités : les registres locaux, les fichiers nationaux et le fichier régional migreront au fur et à mesure vers l'informatique.

A noter in fine, l'exclusion de certains secteurs d'activité. On peut penser au domaine bancaire et financier. Ces domaines, régulés par des organisations régionales africaines spécialisées, possèdent leur propre législation en matière de dématérialisation et de sécurisation.

ARTICLE 80- Dans chaque État Partie, le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier et le Fichier National peuvent être tenus et exploités soit sur support papier, soit sous forme électronique.

Le Fichier Régional est tenu et exploité soit sur support papier, soit sous forme électronique.

Commentaires :
Une fois posé le principe de l'usage des technologies pour toutes les formalités (art. 79) du côté des déclarants et demandeurs, le présent article rappelle que les registres et les fichiers sont tenus et exploités sous forme électronique ou à défaut d'un équipement convenable, sur support papier.

ARTICLE 81- Un Comité technique de normalisation des procédures électroniques institué au sein de l'OHADA est chargé de la normalisation des procédures effectuées au moyen de documents et de transmissions électroniques.

Commentaires :
1- Dans une question aussi délicate que la sécurisation des documents dématérialisés et de leurs transmissions électroniques, la gestion de la seule dimension juridique n'est pas suffisante. Il faut encore contraindre les prestataires de services techniques et les utilisateurs à respecter des modes de fonctionnement fiables et transparents, ce qui pose la question de la conformité à des normes internationales ou régionales, voire à de simples standards du marché. Il faut alors recourir à une instance de normalisation. Cette option est retenue pour la globalité du territoire de l'Ohada. Le Comité technique de normalisation aura pour tâche pour chacun des besoins sécuritaires d'établir la palette des normes et standards admissibles ou à défaut, d'établir lui-même la norme utile, son référentiel et la procédure d'audit et de contrôle.
2- L'application de normes techniques doit être la plus large possible c.à.d. à terme, au niveau du continent africain. Ainsi pourra se poser la question de la mise en cohérence des travaux des organismes de normalisation continentale et de l'éventuel rôle, en ce domaine, de l'Union Africaine.
3- Le Comité technique de normalisation est évoqué à diverses reprises dans ce chapitre à l'art. 82 (fiabilité technique des documents électroniques), à l'art. 83 (Organisation et fonctionnement des prestataires de services de certification électronique), à l'article 87 (validité juridique des documents électroniques), art. 96 (spécifications techniques des procédés de numérisation).

CHAPITRE II
VALIDITE DES DOCUMENTS ELECTRONIQUES ET DES SIGNATURES ELECTRONIQUES

ARTICLE 82- Les formalités accomplies auprès des Registres du Commerce et du Crédit Mobilier au moyen de documents électroniques et de transmissions électroniques ont les mêmes effets juridiques que celles accomplies avec des documents sur support papier, notamment en ce qui concerne leur validité juridique et leur force probatoire.

Les documents sous forme électronique peuvent se substituer aux documents sur support papier et sont reconnus comme équivalents lorsqu'ils sont établis et maintenus selon un procédé technique fiable, qui garantit, à tout moment, l'origine du document

sous forme électronique et son intégrité au cours des traitements et des transmissions électroniques.

Les procédés techniques fiables et garantissant, à tout moment, l'origine des documents sous forme électronique ainsi que leur intégrité au cours de leurs traitements et de leurs transmissions électroniques sont reconnus valables par le présent Acte uniforme ou par le Comité technique de normalisation des procédures électroniques prévu à l'article 81 du présent Acte uniforme.

L'usage d'une signature électronique qualifiée est un procédé technique fiable et garantissant, à tout moment, l'origine des documents sous forme électronique, leur intégrité au cours de leurs traitements et de leurs transmissions électroniques.

Commentaires :

1-Cet article fondamental intronise, sous couvert de l'accomplissement des formalités, ce que certains systèmes juridiques nomment "écrit électronique". L'article valide ce dernier dans son principe à côté du traditionnel "écrit papier" et lui reconnait la même valeur probante. Encore faut-il que l'écrit électronique maintienne aux cours de son cycle de vie (formation, circulation, exécution, conservation) deux garanties sécuritaires : l'identification de l'auteur de l'écrit et l'assurance de son intégrité au cours des opérations techniques.

2- Sous réserve du respect constant des garanties sécuritaires, l'écrit électronique est équivalent à l'écrit papier, notamment en termes de preuve. Il n'y a donc pas de hiérarchie de moyens de preuve où le document original sur papier resterait l'instrument suprême.
3- Enfin, le dernier alinéa de l'article signale que ladite "signature électronique" met en œuvre justement les deux attributs sécuritaires recherchés (identification et intégrité). Ce qui rend bien service dans la mesure où la plupart des documents utilisés dans les formalités doivent être signés.

ARTICLE 83- La signature électronique qualifiée est appliquée à un document et permet d'identifier le signataire et de manifester son consentement aux obligations qui découlent de l'acte.

Elle présente les caractéristiques suivantes :

- elle est liée uniquement au signataire ;

- elle permet d'identifier dûment le signataire ;

- elle est créée par des moyens que le signataire peut garder sous son contrôle exclusif ;

- elle est liée au document auquel elle se rapporte de telle sorte que toute modification ultérieure du document soit détectable.

La signature électronique qualifiée est formée des composants techniques suivants :

- un logiciel de création de signature et un logiciel de vérification de signature ;

- un certificat électronique, authentifiant le signataire, produit par un prestataire de services de certification électronique.

Le Comité technique de normalisation des procédures électroniques prévu à l'article 81 du présent Acte uniforme détermine les critères à remplir pour être un prestataire de services de certification électronique.

Commentaires

1- Dans le cas de la "Signature électronique qualifiée" adoptée par l'Ohada, le certificat électronique garantit l'identification du signataire. La garantie d'intégrité est administrée par deux logiciels complémentaires fonctionnant avec le certificat électronique : un module de création de signature et un module de vérification de signature. On comprendra l'utilité de ce dernier module en se rappelant que la Signature Electronique (SE) est d'abord "numérique" et que les données informatiques ne sont pas directement interprétables par l'homme. Ce logiciel assure la vérification technique de la signature électronique, cette opération étant, en tout état de cause, indispensable lorsqu'elle n'est pas obligatoire.

2- Le certificat électronique est créé obligatoirement par une personne physique ou morale, en général un fournisseur informatique dit "prestataire de services de certification électronique" (PSCE). Le PSCE ne certifie pas la signature électronique, ni le document électronique signé, ni le flux supportant le document signé, mais seulement les données cryptographiques de vérification de la signature (voir commentaires de l'article suivant) ! Autant dire que l'Etat n'intervient pas dans cette certification technique. Sauf éventuellement, pour agréer le certificateur.

3- On trouve mention de l'usage de la signature électronique qualifiée à l'art. 84 de l'AUDCG (pour le certificat électronique), à l'art. 88 (signature du greffier ou de l'organe compétent dans l'Etat Partie pour les fichiers complémentaires de mentions marginales), à l'art. 89 (validation par la signature du greffier), à l'art. 91 (conservation des signatures), à l'art. 94 (utilisation de la signature pour les échanges entre les Registres et Fichiers, à l'art. 95 (signature des dossiers pour transmission électronique), à l'art. 96 (signature des accusés de réception électronique) et à l'art. 98 (certification électronique des documents par la signature du greffier).

ARTICLE 84- Le certificat électronique employé en support de la signature électronique qualifiée est une attestation électronique qui lie des données afférentes à la vérification de signature à une personne et confirme l'identité de cette personne.

Il présente au minimum les mentions suivantes :

- le nom du titulaire du certificat ;

- la clé cryptographique publique du titulaire ;

- la période de validité du certificat ;

- un numéro de série unique ;

- la signature électronique du prestataire de services de certification électronique.

Commentaires :

1- Cet article définit le contenu du certificat électronique, un contenu au demeurant assez classique au regard de l'état de l'art (conformité avec la Recommandation X.509 v3 de l'Union Internationale des Télécommunications). Les conditions et modalités seront précisées par le Comité technique de normalisation, prévu à l'art. 81 de l'AUDCG (y compris pour les procédures de fonctionnement du PSCE). A partir des spécifications techniques dressées par le Comité, la réglementation de l'Ohada fixera les exigences techniques à respecter par les composants de la SE, si le droit interne des Etats Parties n'y pourvoit pas, car quelques Etats possèdent déjà un texte fondamental plus ou moins détaillé intégrant la SE dans leur droit interne.

2- Le certificat électronique contient principalement l'identité du porteur en liaison avec une donnée cryptographique dite "clé publique". Il atteste que la clé publique, qui sert à vérifier la signature électronique (pour le destinataire d'un fichier signé), appartient au signataire et qu'elle correspond à une "clé privée" qui a permis à ce dernier de créer sa signature. La clé privée et la clé publique au sein du certificat électronique sont en général tirées simultanément par le prestataire de services de certification électronique.

ARTICLE 85- La réglementation de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, et à défaut, le droit interne des États Parties, énonce les contraintes techniques appliquées aux composants de la signature électronique pour que celle-ci soit réputée qualifiée.

Commentaires :

Comme dit précédemment, la signature électronique est un instrument technique emprunté aux techniciens. Elle appartient au domaine de la sécurité où les normes et standards techniques sont nombreux. Dans le cas de l'Ohada, c'est au Comité de coordination technique de définir les normes applicables. Cependant leur mise en œuvre nationale est du ressort des Etats Parties (organisation et fonctionnement de la profession de certificateur, réglementation des procédures d'audit et de contrôle, effets juridiques de la signature électronique, etc.). Certains pays de l'Ohada possèdent une législation spécifique, basée sur les mêmes composants techniques et les mêmes acteurs)[1366]*.*

CHAPITRE III
UTILISATION ET CONSERVATION DES DOCUMENTS ELECTRONIQUES

ARTICLE 86- La demande ou la déclaration ainsi que les pièces justificatives peuvent se présenter, totalement ou partiellement, sous forme électronique, sous réserve du respect des dispositions de l'article 79 du présent Acte uniforme en ce qui concerne le

---

1366 Voir par exemple au Sénégal, la loi n°2008-08 du 25 janvier 2008 sur les transactions électronique et les décrets d'application, ainsi qu'au Cameroun, les Loi n°2010/021 régissant le commerce électronique au Cameroun et n°2010/012 relative à la cybersécurité et à la cybercriminalité.

destinataire et du respect des dispositions des articles 82 à 85 du présent Acte uniforme en ce qui concerne la conformité des documents.

Commentaires :
L'intention semble d'aller aussi rapidement que possible vers le tout électronique. Mais la transition risque d'être longue, car de nombreux documents ne peuvent pas être dématérialisés immédiatement ou mis à disposition sous la forme électronique, par exemple certaines pièces justificatives fournies sous la forme d'original papier par les organismes publics.

ARTICLE 87- En cas d'option pour la voie électronique, les personnes en charge des Registres du Commerce et du Crédit Mobilier délivrent, dans le respect des dispositions du présent Acte uniforme, les mêmes actes que ceux délivrés en cas d'accomplissement des formalités sur support papier.

Les documents remis par les autorités en charge des Registres du Commerce et du Crédit Mobilier sont sous la forme de procédés techniques fiables et garantissant, à tout moment, l'origine des documents sous forme électronique ainsi que leur intégrité au cours de leurs traitements et de leurs transmissions électroniques reconnus valables par le présent Acte uniforme ou par le Comité technique de normalisation des procédures électroniques prévu à l'article 81 du présent Acte uniforme.

Ils prennent les dénominations suivantes :

- pour les formalités d'immatriculation : accusé d'enregistrement de l'immatriculation mentionnant la date et le numéro d'immatriculation ;

- pour les formalités de déclaration : accusé d'enregistrement de la déclaration portant la date et le numéro de la déclaration d'activité ;

- pour les autres formalités au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier : accusé d'enregistrement mentionnant la date et la nature de la formalité ;

- pour les formalités liées à l'inscription des sûretés : accusé d'enregistrement ou certificat de dépôt portant la date, la désignation de la formalité effectuée et le numéro d'ordre ;

- pour les formalités de renouvellement d'inscription : accusé d'enregistrement ou certificat de renouvellement portant la date, la désignation de la formalité effectuée et le numéro d'ordre ;

- pour les formalités de modification et de radiation de l'inscription au répertoire : accusé d'enregistrement ou certificat de modification ou de radiation portant la date, la désignation et le numéro d'ordre.

Les autres documents prévus dans le cadre des dispositions du présent Acte uniforme et émis par voie électronique ont les mêmes dénominations que celles prévues dans la procédure par usage du papier sous réserve des dispositions des articles 82 à 85 ci-dessus. L'accusé d'enregistrement avec les mentions prévues par le présent Acte uniforme, ou par tout autre Acte uniforme ou toute autre disposition légale, indique que

les formulaires, documents, actes ou les informations attendues ont bien été reçus par le destinataire et sont exploitables, notamment par des traitements électroniques.

L'accusé d'enregistrement est délivré par le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'Etat Partie en charge du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier dès réception de la demande ou de la déclaration par voie électronique conformément aux dispositions du présent Acte uniforme.

Commentaires :

1- Les documents nécessaires aux formalités seront dématérialisés d'office et recevront une signature électronique pour les valider juridiquement. Ils pourront faire l'objet d'une remise aux Registres par voie électronique par exemple, via Internet. Mais on peut aussi imaginer la remise de la main à la main d'un support physique de données, comme un CD-DVD ou une clé USB. A destination, la signature électronique des documents dématérialisés devra être vérifiée au moyen du logiciel de vérification de signature cité dans l'article 83. Lorsque la vérification se solde par un résultat positif, la signature est réputée conforme et valide.

2- L'utilisation d'Internet et de la messagerie électronique, malgré son caractère aisé et pratique, ne donne aucune garantie que le message est bien arrivé à destination. Afin que le déclarant soit tranquillisé sur l'acheminement de ses documents électroniques, le greffier (ou l'organe compétent dans l'Etat Partie en charge du RCCM) lui répond par un accusé d'enregistrement électronique. L'accusé d'enregistrement, émis sans condition dès réception des documents électroniques, atteste que les documents électroniques ont été reçus et qu'ils sont exploitables par le Registre. Il vient remplacer l'exemplaire de la liasse de déclaration papier rendu par le greffier après qu'il l'ait revêtu de sa griffe. L'accusé d'enregistrement sera utilisé sous différentes appellations selon les procédures en cause auprès des registres (commerce et sûreté) : inscription, radiation, modification…

3- A noter qu'il ne s'agit que d'un accusé d'enregistrement consécutif, par exemple, à l'arrivée ou à la remise technique des documents. L'accusé n'apporte aucune certitude au déclarant que la formalité a été accomplie pleinement et intégralement dans le respect de la législation.

ARTICLE 88- Le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'Etat Partie en charge du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier est habilité à extraire des décisions juridictionnelles ou administratives, qui lui sont transmises sur support papier ou sous forme électronique, les mentions à porter dans les dossiers individuels ou en marge des registre et répertoire.

Les mentions marginales inscrites dans le dossier individuel ou en marge des registres et répertoire, établis sur support électronique, figurent dans un fichier informatique lié[1367] au dossier individuel d'origine signé par le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'Etat Partie au moyen de sa signature électronique qualifiée.

[1367] Ce procédé technique doit permettre de traiter les "mentions marginales" à apporter dans le répertoire des sûretés (art. 47, 53, 55, 167 de l'AUS).

Les copies intégrales des dossiers individuels, complétées de ces mentions marginales, sont transmises dans les vingt-quatre (24) heures au Fichier National, lequel transmet dans les vingt-quatre (24) heures par voie électronique au Fichier Régional, les copies des formulaires, sous forme numérique et, le cas échéant, un extrait des dossiers individuels en forme numérique ou constitués des pièces certifiées conformes par le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'Etat Partie en charge du Fichier National de l'État Partie.

Commentaires :

1- L'article envisage le cas très particulier, et non pas rare, des mentions à apporter en marge des dossiers et documents, notamment en ce qui concerne les sûretés. L'impossibilité d'identifier une "marge" dans un document électronique, nécessite une solution alternative : celle d'un fichier complémentaire lié au fichier dossier. Pour éviter les fraudes et dysfonctionnements, ce fichier est sécurisé par le greffier (ou l'organe compétent dans l'Etat Partie en charge du RCCM) avec sa signature électronique. Cette adjonction doit être répercutée par le greffe aux niveaux supérieurs des Fichiers afin que les bases de données soient les plus exactes et exhaustives possibles à tout moment.

2- Lorsque les indications nouvelles sont issues d'une décision juridictionnelle et administrative et faute de pouvoir adjoindre une copie papier à un dossier physique, le greffier est habilité à extraire les informations à annexer au dossier électronique.

ARTICLE 89- Lorsqu'une demande ou une déclaration est faite sous forme électronique et à défaut de la signature électronique du demandeur, du déclarant ou de son mandataire, le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'Etat Partie en charge du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier valide la demande ou la déclaration par sa propre signature électronique qualifiée, après examen du document et des pièces justificatives.

Dans ce cas, l'accusé d'enregistrement ne porte pas mention du numéro de déclaration d'activité, d'immatriculation ou d'ordre.

Le numéro de déclaration d'activité ou le numéro d'immatriculation ou le numéro d'ordre, selon le cas, est délivré dans un délai de quarante-huit (48) heures, après la validation par le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'Etat Partie, de la déclaration ou de la demande ainsi que des pièces justificatives jointes.

Commentaires :

L'article 89 a pour rôle de prévenir un inconvénient pratique qui freinera dans les premiers temps l'usage des moyens électroniques par les acteurs : l'absence de signature électronique, notamment chez le déclarant. En effet, le déploiement des moyens de signature électronique, en particulier l'installation de prestataires de services de certification électronique et par conséquent, la production de certificats électroniques, pourrait se faire lentement, voire de façon tardive, dans certains des Etats Parties de l'Ohada, faute d'un véritable marché pour les fournisseurs. Pourtant il importe que les déclarations et pièces justificatives sous forme

électronique soient valides et porteuses de valeur probante dès que possible. C'est également avec un statut réputé conforme que les documents et pièces seront mémorisés et transmis aux Fichiers nationaux et au Fichier régional. D'où, le remède suivant : le greffier (ou le responsable de l'organe compétent dans l'Etat Partie en charge du RCCM) vérifiera ce qu'il aura reçu, déclarations et pièces justificatives, dématérialisées ou nativement électroniques, pour en constater la validité. Si la vérification est positive, le greffier apposera sur l'ensemble des documents sa propre signature électronique qualifiée. Cette signature ne signifiera pas que la formalité a été correctement accomplie de bout en bout, mais que les éléments documentaires constitutifs ont bien été présentés et sont valides au niveau formel. Le fond de la déclaration sera analysé et appréciée ultérieurement.

ARTICLE 90- Une autorité administrative peut communiquer au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, directement sous forme de papier ou support électronique, les informations soumises à publicité en vertu des dispositions du présent Acte uniforme, ou de tout autre Acte uniforme ou de toute autre disposition légale, nonobstant la présence de données à caractère personnel.

Commentaires :

1- Les administrations publiques de l'Etat doivent pouvoir communiquer, en vertu d'une obligation de publicité, des informations et des documents au Registre sous forme électronique, ce qui permet des économies d'échelles du fait de la disparition du papier et de la suppression de la ressaisie informatique (et des erreurs !) à partir des documents sur papier. Comme les dossiers des déclarants au sein des Registres et du Fichier comportent des informations nominatives et personnelles, on doit tolérer, mais avec précaution, l'accès d'autres administrations du moment que la finalité de l'accès repose dans l'administration publique.
2- Voir aussi pour une transmission en sens inverse l'article 100

ARTICLE 91- La conservation de la déclaration ou de la demande établies sur support électronique est assurée dans des conditions de nature à en préserver la durabilité, l'intégrité et la lisibilité.
L'ensemble des informations concernant la déclaration ou la demande dès son établissement, telles que les données permettant de l'identifier, de déterminer ses propriétés, notamment les signatures électroniques qualifiées, et d'en assurer la traçabilité, est également conservé.
Les opérations successives justifiées par sa conservation, notamment les migrations d'un support de stockage électronique à un autre dont les informations peuvent faire l'objet, ne retirent pas aux enregistrements électroniques des déclarations ou des demandes leur valeur d'original.
Le procédé de conservation doit permettre l'apposition par le greffier ou le responsable de l'organe compétent dans l'Etat Partie en charge de mentions postérieures à l'enregistrement sans qu'il en résulte une altération des données précédentes.

Commentaires :

1- On aura noté que la garantie d'intégrité est fournie en standard par la signature électronique. Ainsi l'archivage électronique d'un document numérisé ou dématérialisé, préalablement sécurisé et validé par une signature électronique, doit s'accompagner de la mise en archive de sa signature électronique et de son certificat électronique. Les accusés d'enregistrement sont également archivés électroniquement. L'art. 91 précise encore que les changements d'un support informatique de stockage à un autre (une opération de maintenance technique indispensable due à l'usure ou à l'obsolescence des supports matériels) ne retirent pas aux documents archivés sur lesdits supports leur valeur juridique.

2- Le dernier paragraphe de l'article vise un besoin qui prend tout son sens en matière de sûretés : la possibilité d'apposer des mentions en marge des documents déclaratifs papier. L'archivage électronique doit transposer l'obligation : il doit permettre de compléter le document électronique d'origine, sans que l'adjonction ne puisse être considérée par le système d'archivage électronique et les utilisateurs comme une atteinte à l'intégrité.

CHAPITRE IV
UTILISATION DE LA VOIE ELECTRONIQUE POUR LA TRANSMISSION DES DOCUMENTS

ARTICLE 92- Les Registres du Commerce et du Crédit Mobilier, les Fichiers Nationaux et le Fichier Régional peuvent fournir un service informatique accessible par l'Internet, sécurisé, permettant au demandeur ou au déclarant, selon son choix, de :

- faire toute demande ou déclaration ;

- transmettre, notamment par messagerie électronique, un dossier unique de demande ou de déclaration composé de documents sous forme électronique et de pièces justificatives numérisées ;

- préparer une demande de manière interactive en ligne, notamment sur le site web du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier concerné, et la transmettre par cette voie.

Commentaires :

L'usage de moyens techniques peut intervenir à tout moment dans une procédure auprès du Registre : dépôt de dossier et/ou de pièces justificatives sur support électronique (CD/DVD, clés USB), transmission par voie électronique, initialisation de la procédure sur le site Web du greffe (ou l'organe compétent dans l'Etat Partie en charge du RCCM) à partir d'une cyberboutique et toutes les modalités intermédiaires… La finalité de l'article est de stipuler que tous les procédés techniques sont valides à condition qu'une sécurisation adaptée rende compte de l'identification de l'intégrité et/ou de la signature électronique dans chaque cas de figure. Tout dépend du niveau d'équipement des Greffes (Registres et Fichiers) et des… déclarants.

ARTICLE 93- Le greffe ou l'organe compétent dans l'Etat Partie en charge du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier peut répondre par voie électronique à toute demande d'information qui lui est adressée par cette voie. Aucune confirmation sur papier n'est nécessaire tant pour la demande que pour la réponse.

Commentaires :

L'activité des greffes via le RCCM entre de plein pied dans le monde de l'électronique. Au niveau élémentaire d'abord, celui de la demande d'information. L'article 93 donne toute latitude au greffier pour répondre par voie électronique à une demande qui lui sera adressée par le même moyen. En s'inspirant du principe du parallélisme des formes, le plus évident est de répondre par un message électronique à une demande de déclarant transmise par messagerie électronique. Cependant rien ne semble empêcher l'usage de la télécopie. Par contre, une certitude découle de l'article : la réponse (comme la demande) initiale n'a pas besoin d'être doublée ou confirmée sur un autre support ou sous une autre forme ; pas d'obligation de confirmer sur papier.

ARTICLE 94- Les échanges entre les Registres du Commerce et du Crédit Mobilier, les Fichiers Nationaux et le Fichier Régional sont revêtus de la signature électronique qualifiée de l'émetteur afin d'en garantir l'origine et l'intégrité.

Commentaires :
Les échanges d'informations et de documents entre les Registres et les Fichiers seront effectués sur Internet qui ne possède qu'un faible niveau de sécurité basic. La nécessaire sécurisation des données en identification de la source et en intégrité du contenu sera assurée par la signature électronique apposée par les expéditeurs. Le destinataire pourra ainsi vérifier si les données proviennent d'une personne ayant compétence à les lui transmettre.

ARTICLE 95- Pour toute transmission directe par voie électronique notamment par messagerie électronique, il est fait usage par le demandeur ou le déclarant de sa signature électronique qualifiée.

Commentaires :
Comme dans le cas des formulaires papier, le déclarant appose sa signature sur les documents, ici sa signature électronique.

ARTICLE 96- La transmission des dossiers individuels, de copies ou d'extraits prévue par les Actes uniformes peut s'effectuer par moyens électroniques, notamment en la numérisant préalablement dans des conditions garantissant sa reproduction à l'identique selon les recommandations émises par le Comité technique de normalisation des procédures électroniques prévu à l'article 81 du présent Acte uniforme.

Les informations sont considérées être envoyées par moyens électroniques lorsqu'elles sont émises et reçues à destination au moyen d'équipements électroniques de traitement, y compris la compression numérique, et de stockage de données, et entièrement transmises, acheminées et reçues par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques selon des modalités définies par les États

Parties, mais permettant l'interopérabilité entre le système d'information des émetteurs et récepteurs.

Des accusés de réception sont envoyés par les organismes destinataires aux organismes émetteurs. Ils sont munis de la signature électronique qualifiée du greffier ou du responsable de l'organe compétent dans l'Etat Partie de l'organisme destinataire.

Commentaires :

1- L'objectif final de cette révision avec intégration des TIC dans les formalités auprès des Registres est qu'à terme, la totalité des dossiers et pièces soit représentée sous forme électronique au sein des systèmes d'information des structures de gestion nationales et de l'Ohada. D'où, le principe selon lequel les dossiers et leur contenu sur support papier seront numérisés c.à.d. transformés en écrits électroniques autant que possible. Naturellement, les moyens techniques de numérisation doivent être fiables et reproduire à l'identique. Le Comité technique de normalisation indiquera les spécifications techniques à retenir, sous forme de recommandations ou de normes et standards.
2- Le 2ème alinéa de l'article vise la transmission électronique des dossiers sous forme électronique (soit sous forme native, soit après numérisation). A cet effet, tous les vecteurs techniques sont envisageables depuis la messagerie électronique (ou autres services de transmission en ligne) jusqu'à la remise manuelle des dossiers sur CD ou sur clé USB ! Cependant, le fax semble a priori écarté dans les faits, car il rétablit le dossier sur papier à l'arrivée, alors qu'on souhaite l'intégrer directement dans le système d'information du destinataire. Il s'agit d'une préoccupation dite d'interopérabilité qui devra sans doute être précisée par le Comité technique de normalisation.
3- Pour se garantir du bon acheminement, l'expéditeur a besoin d'une confirmation de lecture issue du destinataire. Cette assurance est fournie par l'accusé de réception électronique.

CHAPITRE V

PUBLICITE ET DIFFUSION DES INFORMATIONS DES REGISTRES SOUS FORME ELECTRONIQUE

ARTICLE 97- Dans les conditions prévues par le présent Acte uniforme et par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, toute personne peut obtenir sous forme électronique les informations figurant sur les formulaires déposés au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier.

Elle peut obtenir en outre communication des extraits ou copies de tout ou partie des documents publiés au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier en application du présent Acte uniforme, de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique et de l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises.

Commentaires :
Comme précédemment dans le monde de papier, toute personne intéressée peut obtenir, en application de la législation, la communication des informations contenues dans les dossiers déposés aux Registres et Fichiers. Mais puisque les dossiers seront, aussi rapidement que possible, passés sous forme électronique, les informations lui seront délivrées sans difficulté sous cette même forme. Il en résultera une économie de papier pour les greffes (ou pour l'organe compétent dans l'Etat Partie en charge du RCCM) et une plus grande praticité et rapidité pour le demandeur, surtout s'il peut disposer d'un équipement électronique de réception (ordinateur, cyberboutique, smartphone, etc.).

ARTICLE 98- Le greffe ou l'organe compétent dans l'Etat Partie en charge du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, après avoir utilisé un système de numérisation dans des conditions garantissant la reproduction à l'identique, peut procéder à la copie sur support électronique de tout ou partie d'un dossier individuel sur papier.

Les informations données sous forme électronique ne sont pas certifiées conformes, sauf demande expresse du demandeur. A défaut de certification, les informations données ne valent que comme simple renseignement.

La certification des copies électroniques doit garantir à la fois l'authentification de leur origine et l'intégrité de leur contenu, au moyen au moins d'une signature électronique qualifiée de l'autorité en charge du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier. La copie authentique comporte en outre la date et l'image de son sceau. Mention est portée sur la copie délivrée de sa conformité à l'original.

Les informations, extraits et copies intégrales d'un document peuvent être transmis au demandeur à l'adresse électronique qu'il a préalablement indiquée, dans des conditions garantissant l'intégrité de l'acte, la confidentialité de la transmission, l'identité de l'expéditeur et celle du destinataire.

Commentaires :
1- Il est probable que pendant un certain temps encore, les déclarants procèdent de façon traditionnelle en déposant leur dossier papier dans les greffes (ou l'organe compétent dans l'Etat Partie en charge du RCCM). Ultérieurement pour passer au tout électronique, il faudra transformer les documents papier en formes électroniques pouvant être traitées par le système d'information du Registre, puis par le Fichier national et enfin, par le Fichier régional. Il s'agit d'une opération de "numérisation" qui peut être effectuée par tout scanner de niveau standard. Cependant la périphrase "dans des conditions garantissant sa reproduction à l'identique", laisse entendre que des spécifications techniques pourraient être adoptées, notamment par le Comité de standardisation.

2- A l'inverse, le greffier peut communiquer des informations du RCCM à toute personne les demandant. Mais ces informations n'auront la valeur que de simples renseignements. En effet, une copie ou un extrait faisant foi ne peut être obtenu que moyennant un niveau de sécurisation élevé qui existe, par ailleurs, dans le circuit

papier. Le greffier devra alors certifier électroniquement la copie en apposant sa propre signature électronique. Ainsi la copie sera garantie quant à son origine (authentification de l'auteur) et son intégrité (copie identique à l'original dans le système d'information du Registre). La copie doit encore posséder la qualité juridique de "copie authentique". C'est pourquoi la copie comportera encore le sceau du greffier, la date de l'opération et une mention de sa conformité à l'original.

3- Cette copie électronique pourra être remise directement au demandeur sur tout dispositif de stockage : CD/DVD ou clé USB. On peut aussi imaginer que la copie fasse l'objet d'une remise électronique si le demandeur dispose d'un accès à Internet. Dans ce cas, la sécurisation de l'opération doit s'étendre à l'échange électronique : authentification de l'émetteur et intégrité de la copie, également confidentialité de l'échange et enfin, authentification du destinataire. Le texte instaure ici les germes d'un véritable recommandé électronique dont les spécifications devront être précisées par le Comité de standardisation.

ARTICLE 99- Le coût de l'obtention d'une information, d'un extrait ou d'une copie intégrale sur support papier ou sur support électronique ou voie électronique ne peut être supérieur au coût administratif de l'opération.

Commentaires :

Cet article apporte une réponse à une question assez répandue : la dématérialisation entraîne-t-elle des coûts supplémentaires ? Elle a évidemment un coût non-négligeable du fait des équipements dont il est nécessaire de disposer. Mais il faut noter d'une part, qu'il y a équivalence juridique entre l'usage du papier et de l'électronique et que d'autre part, l'utilisation des moyens technologiques montre des bénéfices pour l'utilisateur comme pour l'administration. En conséquence, une redevance peut-être demandée, mais elle doit correspondre uniquement au coût administratif de l'opération. L'administration ne doit pas faire un bénéfice quelconque sur l'opération.

ARTICLE 100- Le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier peut transmettre par voie électronique aux organismes administratifs destinataires de l'État Partie les informations et pièces justificatives les concernant, nonobstant la présence de données à caractère personnel.

Commentaires :
Il s'agit d'une disposition symétrique à celle de l'article 90.

CHAPITRE VI
DISPOSITIONS TRANSITOIRES

ARTICLE 303- La mise en place des moyens de traitement et de transmission électronique du Fichier Régional est effective dans un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent Acte uniforme.

La mise en place des moyens de traitement et de transmission électronique du Fichier National dans chaque État Partie est effective dans un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent Acte uniforme.

La mise en place des moyens de traitement et de transmission électronique du ou des Registre(s) du Commerce et du Crédit Mobilier dans chaque État Partie est réalisée dans un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent Acte uniforme**.**

ARTICLE 304- Les États Parties veillent à ce que, dans un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent Acte uniforme, les sociétés et autres personnes et organismes amenés à procéder ou à participer à des inscriptions puissent déposer par voie électronique tous les actes et informations soumis à publicité. En outre, les États Parties peuvent obliger toutes les sociétés, ou certaines catégories d'entre elles, à déposer tout ou partie des actes et informations en cause par voie électronique.

ARTICLE 305- Dans un délai de deux ans à compter de la date d'entrée en vigueur du présent Acte uniforme, tous les actes et informations prévus par le présent Acte uniforme et toute autre disposition légale, déposés sur support papier ou par voie électronique, sont remis selon le cas au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier puis retranscrits au Fichier National et au Fichier Régional, sous forme électronique. A cette fin, les États Parties veillent à ce que tous les actes et informations qui sont déposés sur support papier à cette date soient convertis par le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier en format électronique.

ARTICLE 306- Le présent Acte uniforme abroge l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant sur le droit commercial général.

ARTICLE 307- Le présent Acte uniforme sera publié au Journal Officiel de l'OHADA dans un délai de soixante jours à compter de la date de son adoption. Il sera également publié dans les Etats Parties, au Journal Officiel ou par tout moyen approprié. Il sera applicable quatre-vingt-dix jours à compter de la date de sa publication au Journal officiel de l'OHADA conformément à l'article 9 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à port Louis le 17 octobre 1993, tel que révisé à Québec le 17 octobre 2008.

LES IMPRECISIONS DU LEGISLATEUR DE LA REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO DANS LA DETERMINATION DE LA JURIDICTION COMPETENTE EN MATIERE DE SAISIES DANS LA LOI- ORGANIQUE N° 13/ 011-B DU 11 AVRIL 2013

Par

Toussaint KWAMBAMBA BALA

Docteur en Droit Privé Comparé de l'Università degli Studi di Urbino « Carlo BO »

Professeur Associé à l'Université de Bandundu et à l'Université Catholique du Congo

Avocat au Barreau de Kinshasa / Matete et Enseignant Vacataire à l'Ersuma

Résumé

Depuis le 4 mai 2013, le Journal Officiel de la R.D.C. a publié la Loi - Organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire[1368] abrogeant l'Ordonnance-Loi n° 82-020 du 31 mars 1982 portant Code de l'Organisation et de la Compétence Judicaires. Ce texte promulgué après l'entrée en vigueur du droit OHADA au R.D. Congo était supposée apporter des avancées significatives dans le système juridique et judiciaire dans l'harmonisation du droit national. Cependant, cette loi sème la confusion en reconnaissant à la fois aux Présidents des Tribunaux de Paix et de Grande Instance comme ceux des Tribunaux de commerce ou leurs délégués le pouvoir d'autoriser les saisies - arrêt et conservatoires[1369].

Plan sommaire :

I. L'organisation de voies d'exécution et de sûreté avant l'adhésion de la R.D.C. au droit OHADA

II. le regard sur la Loi- Organique n° 13/011-B du 11 avril 2013

III. Les difficultés juridiques soulevées par l'article 111 de cette loi- organique au regard du Traité et Actes uniformes.

1368 Journal Officiel de la République Démocratique du Congo, 54ème année, première partie, Numéro spécial du 4 mai 2013, p. 1-38

1369 - Articles 6 alinéas 1et 2, 111, 112 de Loi- Organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant Organisation, *Fonctionnement et Compétences des Juridictions de l'Ordre Judiciaire*. - Article 3 alinéa 4 de la Loi n° 002-2001 du 3 juillet 2001 portant *Création, Organisation et Fonctionnement des Tribunaux de Commerce* ne reconnait qu'aux tribunaux de commerce (TRICOM) la compétence pour les litiges qui touchent au droit des affaires. C'est ce qui fait que ces juridictions devaient être des juges naturels des affaires relevant de l'application du droit OHADA en R.D.C.

I. L'organisation de voies d'exécution et de sûreté avant l'adhésion de la R.D.C. au droit OHADA

La partie condamnée peut s'exécuter volontairement à défaut la loi prévoit des procédures destinées à en assurer l'exécution forcée qui se pratique par la saisie. Le code de procédure civile avait prévu trois voies de sûreté (la saisie-arrêt, la saisie-exécution et la saisie conservatoire) et à celles-ci faut ajouter la saisie immobilière. Pour ce qui concerne l'OHADA, l'AUPSVE les saisies peuvent se regrouper en deux que sont les saisies conservatoires et les saisies à fin d'exécution[1370].

Avant l'entrée en vigueur du droit Ohada en R.D.C., les saisies étaient organisées par le Code de Procédure Civile (CPC) en son Titre III portant des Voies d'exécution et de Sureté, spécialement en ses articles 105 à 139[1371]. Pour permettre la partie qui a gagné la cause d'exécuter le jugement, il était prévu que le greffier lui délivre après le jugement , la grosse et la copie du dit jugement. L'art. 105 du CPC al. 1 dispose que « nul jugement ne peut être mis à l'exécution que sur expédition. Avec la grosse, la partie gagnante a la possibilité de choisir les voies d'exécution de son choix. Il n'est délivré qu'une seule grosse à chacune des parties ». *L'exécution forcée ne peut être entreprise que par un créancier justifiant une créance certaine, liquide et exigible constaté par un titre exécutoire[1372]*.

CORNU, définit la voie d'exécution comme le « moyen par lequel une personne peut, avec le concours de l'autorité publique, obtenir l'exécution forcée des engagements pris envers lui, spécialement contraindre celui qui a été condamné ou s'est engagé dans certaines formes à satisfaire à ses obligations »[1373].

De la saisie-arrêt

Elle concerne également les biens meubles ou des sommes d'argent. Mais elle se distingue de la saisie-exécution par le fait que dans la saisie-exécution, les biens saisis le sont entre les mains de la personne condamnée, alors que dans la saisie-arrêt, ces biens sont entre les mains d'une autre personne. La saisie-arrêt se fait en trois étapes. Il y a d'abord la mise sous gage des biens concernés, ensuite la validation de la saisie et enfin la déclaration du tiers saisi.

8- **La mise sous garde des biens :** L'huissier de justice qui a été consulté par la personne qui a gagné le procès et qui a reçu la décision à exécuter interdit à la personne qui garde les biens de la personne condamnée de remettre ces biens à cette personne. L'acte de saisie-arrêt effectué par l'huissier doit être signifié à la personne dont les biens ont été saisis dans un délai de quinze jours. La personne qui a gagné le procès doit aussi saisir le juge pour que ce juge valide la saisie effectuée, c'est-à-dire qu'il confirme cette saisie.

1370 G. BOSSA, Pierre E. GABIAM et D. NZOUABETH, *L'entreprise et le droit, OHADA*, Juriscope, 2008, p.223-228.

1371 Le Décret du 7 mars 1960 portant *Code de procédure civile,* In Moniteur Congolais, 1960, p. 961 ; Erratum p.1351

1372 M. ADJAKA, *La pratique des procédures simplifiées de recouvrement de créances dans l'espace OHADA*, 1ère édition, Ets Soukou, p.5

1373 G. CORNU, *vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2011, p. 1071

9- **La validation de la saisie** : Lorsque la saisie a été validée ou confirmée, la décision est signifiée à la personne dont les biens ont été saisis et à la personne chez qui ces biens ont été saisis.
10- **La déclaration du tiers saisissant** : Lorsqu'elle reçoit la signification, de la décision à appliquer, la personne chez qui les biens sont saisis doit déclarer les biens de la personne condamnée qu'elle garde. Mais s'il n'y a pas de contestation sur ces biens, cette déclaration n'est pas nécessaire. Lorsque les biens saisis sont identifiés, on passe à la place publique. Une partie du prix de la vente publique est donnée à la personne qui a gagné le procès. Le greffier veille au traitement des frais de justice, en l'espèce les frais de saisie et les frais de la vente publique.

2. De la saisie- exécution

Elle consiste à prendre les biens meubles de la personne condamnée par force pour les vendre à celui qui propose le prix le plus élevé afin de payer la personne qui gagné la décision judiciaire en question. La saisie-exécution se fait en trois étapes. Il y a d'abord un commandement qui doit être fait par huissier. Si la personne condamnée n'exécute pas volontairement la décision, on peut passer à saisie de ses biens. Enfin, ces biens saisis peuvent faire l'objet d'une vente publique.

3. De la saisie conservatoire

L'article 137 du code de procédure civile prévoyait que tout créancier, même sans titre, peut sans commandement préalable, mais avec permission du juge, faire saisir conservatoirement les effets mobiliers de son débiteur. La saisie conservatoire est faite en la même forme que la saisie-exécution. Cette saisie ne pouvait être autorisée que par le juge s'il y a de sérieuses raisons de craindre l'enlèvement des effets mobiliers du débiteur et n'est valable qu'à la condition d'être suivie d'une demande en validité dans le délai fixé par l'ordonnance du Président du tribunal accordant l'autorisation de la saisie. Et l'article 139exigeait à ce que le jugement de validité qui fait convertir la saisie conservatoire en saisie-exécution et de là, on pourrait procéder à la vente dans les formes établies dans le même code en ce qui concerne la saisie- exécution.

4. De la saisie immobilière

A la différence de la saisie-exécution et de la saisie-arrêt, qui portent sur les biens meubles, la saisie immobilière concerne les biens immeubles. Comme la saisie-exécution, la saisie immobilière passe aussi par trois étapes essentielles. Après le commandement, il y a saisie et enfin vente publique.

11- **Le commandement** : Il est fait par huissier à la fois à la personne qui a perdu le procès et au conservateur des titres immobiliers.
12- **La saisie** : Elle ne peut avoir lieu que quinze jours après le commandement et après la publicité par voie d'affichage de l'avis de la vente publique. Cette voie d'exécution permet de placer sous la main de la justice et réaliser l'actif immobilier du débiteur. Cette réalisation se fait par la vente publique aux enchères par un notaire et suivant la procédure prévue à cet effet par la loi. Dans ce cas, le notaire fait office d'agent de vente d'immeuble. L'intervention

de l'huissier de justice est limitée à la signification du commandement donné aussi bien au débiteur qu'au conservateur des titres immobiliers dont l'effet est d'empêcher une mutation frauduleuse du dit immeuble. Ainsi donc, l'immeuble saisie doit être vendu dans les quatre mois à dater du commandement donné au conservateur des titres immobiliers car dépasser, le commandement devient caduc.

En dépit du code de procédure civile, il y a bien d'autres textes légaux et règlementaires pris avant et après se rapportant aux saisies, aux ventes publiques et par voie parée notamment :

13- L'Ordonnance du 12 novembre 1886 relative à la saisie immobilière,
14- L'Ordonnance du 24 août 1916 relative à la destination à donner aux objets frappés de confiscation judiciaire,
15- Le Décret du 10 juillet 1920 portant la vente publique de biens immobiliers ou mobiliers,
16- L'Arrêté Ministériel du 7 juin 1921 relatif aux choses abandonnées, perdues ou égarées,
17- L'ordonnance n° 388 / A.E du 16 décembre 1942 relative aux Interventions des commerçants dans les ventes publiques,
18- L'ordonnance n° 76-200 du 16 juillet 1976 relative à la vente par voie parée[1374] , etc…..

Etant donné que notre article ne portait pas sur l'étude des voies d'exécution et de sûreté dans le code de procédure civile congolais, nous avions voulu donner quelques grandes lignes en vue de permettre à nos lecteurs de constater que certaines règles étaient dépassées ou devaient être adaptées ou complétées : c'est ce qui a justifié depuis plusieurs années le projet ou proposition de modifier ou abroger l'Ordonnance-Loi n° 82-020 du 31 mars 1982 portant Code de l'organisation et de la compétence judicaires avant même l'adhésion de la République Démocratique du Congo au Traité de l'OHADA.

II. le regard sur la Loi- organique n° 13/011-B du 11 avril 2013

Marcel YABILI dans son ouvrage intitulé, les juridictions judiciaires en RDC en 2013 écrit que « la justice congolaise est décriée sans qu'on ne puisse cesser de la fréquenter. C'est tout l'intérêt de nouveaux textes judiciaires dans la mesure où ils pourraient apporter des solutions à l'exercice et à la jouissance du droit à voir, à toucher et à expérimenter une justice juste qui apporterait la paix aux esprits et à la société »[1375].

Cette Loi- organique a modifié l'Ordonnance-loi précitée du 31 mars 1982 et compte 157 articles contrairement cette dernière qui en comptait 166. La nouvelle loi est divisée en 3 titres dont les deux premiers sont subdivisés en chapitres, puis les chapitre en sections et paragraphes. Après l'exégèse de cette loi, nous avons fait ressentir certaines lacunes, confusions et contradictions dont nous relevons certains griefs dans chaque titre. Mais avant de faire la critique nous exposerons brièvement les grandes lignes de

---

1374 Les Codes Larciers, *République Démocratique du Congo, Tome I : droit civil et judiciaire*, Bruxelles, Ed. Larcier, 2003, p.p. 466-475

1375 M. YABILI , *Les juridictions judiciaires : organisation – fonctionnement- compétence en RDC en 2013*, Kinshasa, Marcel Yabili, 2013, p.9

chaque titre. Cependant, il y a aussi des innovations notamment la reconnaissance de la compétence de la Cour d'Appel de connaitre les infractions poursuivis de crime de génocide (article 91. 1), la reconnaissance aux juridictions judiciaires le pouvoir de siéger pour les matières sociales bien qu'elles connaissaient déjà ces affaires (articles 149 et 150) etc…

1. Titre 1er : de l'organisation et du fonctionnement (articles 1 à 84)

Le premier titre de la loi- organique énonce des règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des juridictions de l'ordre judiciaire en énumérant aussi le personnel judiciaire, des juridictions et du Ministère Public.

2. Titre II : de la compétence judiciaire (articles 85 à 150)

Le deuxième titre fixe la compétence des cours et tribunaux en matière répressive, civile, commerciale et sociale. En application de la Constitution qui prévoit déjà l'éclatement de la Cour Suprême de Justice en trois juridictions (la Cour Constitutionnelle, la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat), cette loi définit aussi les compétences spéciales de la Cour de Cassation dont les juridictions de l'ordre judiciaire sont placées sous son contrôle.

3. Titre III : des dispositions transitoires et finales (articles 151 à 157)

Le troisième titre traite comme il est intitulé des dispositions transitoires et finales notamment dans les lieux ont les tribunaux de commerce et du travail ne sont pas encore implantées, il devait être crées des chambres spécialisées dans ces matières au sein des tribunaux de grande instance. C'est de même pour les chambres spéciales pour enfants qui doivent être crées au sein des tribunaux de pax dans les localités où il n'existe pas encore des tribunaux pour enfants conformément à la Loi n° 09/ 001 du 1o janvier 2009 portant protection de l'enfant. S'agissant des Cours d'Appel, elles resteront compétentes pour statuer en matière fiscale et administrative jusqu'à l'installation des juridictions administratives et la Cour Suprême de Justice exercera encore les attributions dévolues à la Cour Constitutionnelle, au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation. Une fois cette dernière sera opérationnelle, les compétences de la Haute Cour Militaire seront déférées à cette haute juridiction de l'ordre judiciaire.

Comme critiques à cette loi-organique à ce titre, nous avons souligné que :

- Dans son exposé des motifs, le législateur fait savoir que cette loi détermine l'organisation, le fonctionnement et les compétences des juridictions de l'ordre judiciaire à l'exclusion des juridictions militaires qui sont régies par une autre loi organique conformément à l'article 153 de la Constitution du 18 février 2006, telle que modifiée et complétée à ce jour. C'est ainsi l'article 156. 3 est claire car il énonce qu'au regard de la nouvelle loi ne sont abrogées que les dispositions des articles 123, 125, 127, 280 à 301 de la loi n° 023-2002 du 18 novembre 2002 portant code judiciaire militaire. Tout en citant les tribunaux de commerce et du travail parmi les juridictions de l'ordre judiciaire (article 2.1), cependant elle ne les énumère pas parmi ces juridictions et ne

renvoi même pas aux lois qui organisent ces juridictions comme il est le cas pour les juridictions militaires[1376].

- Cette loi- organique tout en prévoyant qu'à l'installation de la Cour de Cassation, la Cour Suprême de Justice et la Haute Cour Militaire transférons leurs compétences à la Cour de Cassation (article 153), et au même moment à l'article 2.2 lorsqu'elle cite les magistrats qui forment le personnel judiciaire, reprend les Premier Président, les Présidents et Conseillers de la Haute Cour Militaire au même titre que ceux de la Cour de cassation en omettant ceux de la Cour Suprême de Justice.

- La reconnaissance aux présidents des tribunaux de paix, de grande instance ou leurs délégués au même titre que ceux des tribunaux de commerce ou leurs délégués de pouvoir autoriser les saisies - arrêts et les saisies conservatoires en matière civile ou commercial. Cet article qui fait l'objet de notre article sème la confusion dans la manière dont la loi-elle-même ne précise pas la matière et cela va en contradiction avec la loi organisant les tribunaux de commerce, évoquée ci-haut qui reconnaît aux tribunaux de commerce la compétence de statuer sur les matières qui touchent les affaires. Alors quid de l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement de créances et voies d'exécution qui renvoi à chaque Etat de déterminer la juridiction compétence. En réalité, cet article se réfère aux dispositions du code de procédure civil congolais[1377] qui sont normalement abrogées automatiquement avec l'entrée en vigueur du droit Ohada au Congo depuis le 12 septembre 2012.

III. Les difficultés juridiques soulevées par l'article 111 de loi- organique du 11 avril 2013 au regard du Traité et Actes uniformes OHADA.

Pour Joseph KAMGA et Marlize Elodie NGGNIDJO TSAPI l'insertion du droit de l'OHADA en RDC est un formidable atout pour la sécurisation juridique et judiciaire des investissements dont elle a besoin pour enfin profiter des retombées qui seront dégagées de l'exploitation durable et écologique de ses énormes richesses minières et naturelles et citent un extrait du livre du Professeur Roger MASAMBA qui estime que outre l'amélioration du climat des affaires, l'adhésion de la RDC à l'OHADA devait renforcer l'attractivité et devait satisfaire l'objectif d'intégration régionale, clé selon lui du développement et de la paix en Afrique »[1378].

Ce fameux article 111 dispose que : « Quelle que soit la valeur du litige, les présidents des tribunaux de paix, ou, à défaut, les présidents des tribunaux de grande instance, là où les tribunaux de paix ne sont pas installés, peuvent autoriser les saisies - arrêts et les saisies conservatoires en matière civile ou commerciale ». Ces deux saisies prévues par

---

1- [1376] Les tribunaux de commerce et du travail sont organisés en R.D. Congo par les lois suivantes:La Loi n° 002 – 2001 du 3 juillet 2001 *portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce.*

2- La Loi n° 016 – 2002 du 16 octobre 2002 *portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux du travail.*

[1377] Ces deux saisies étaient organisées avant l'adhésion du pays à l'OHADA par les articles 106 à 119 et 137 à 139 du Code de Procédure Civile Congolais.

[1378] J. KAMGA et M. E. NGNIDJIO TSAPI, *L'insertion du droit de l'Ohada en RD Congo : les roses et les épines*, In Revue de l'ERSUMA, Droit des Affaires – Pratiques Professionnelle, n° 2 – Mars 2013, p.243

cet article de la loi-organique du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire est une reproduction améliorée de l'article 113 de l'ordonnance-loi n° 82-020 du 31 mars 1982 portant Code de l'Organisation et de la Compétence Judicaires dont la teneur était la suivante : « Quelle que soit la valeur du litige, les présidents des tribunaux de paix, ou, à défaut, les présidents des tribunaux de grande instance peuvent autoriser les saisies-arrêts et les saisies conservatoires »[1379].

Le législateur congolais en prévoyant cet article, a semblé oublier que le Pays avait adhéré au droit OHADA qui s'appliquait déjà comme droit national et s'est référé qu'aux dispositions du code de procédure civile que nous avions évoquées au point II qui organisaient les voies d'exécution.

Il résulte de la combinaison des dispositions de l'article 10 du Traité et de l'article 336 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUVE) selon les commentaires du Professeur Ndiaw DIOUF « que la portée abrogatoire de cet Acte uniforme implique que les dispositions du droit national portant sur le même objet que ledit Acte uniforme, ou qui sont contraires, soient abrogées au profit des dispositions du droit uniforme car cet article 336 dispose *que le présent Acte uniforme abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les Etats parties* .

Cet Acte Uniforme contient des lois de fond et de procédure qui, en la matière, ont seules vocations s'appliquer dans les Etats parties conformément à cette jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) dans l'arrêt n° 012/2002 du 18 avril 2002 concernant l'affaire Total Fina Elf contre la Société COTRACOM, GD-CCJA, p. 588, obs. Joseph Fomeuteu.»[1380].

Les règles relatives à la compétence des juridictions, en R.D.C. font que les contentieux du droit des affaires sont du ressort du tribunal de commerce et dans les circonscriptions où ils ne sont pas encore installés, les tribunaux de grande instance sont compétentes car le monde des affaires requiert la célérité et comporte parfois des règles plus souples et dans la composition du siège, la présence des juges consulaires ou des compétences techniques en la matière est de mise pour les magistrats de cette juridictions contrairement aux autres juridictions (tribunaux de paix et de grande instance).

C'est ainsi, pour pallier à cette équivoque, le Législateur congolais doit modifier cette loi-organique en précisant clairement que dans tel ou tel cas, les tribunaux de paix ou de grande instance par leurs présidents ou les magistrats délégués par ces derniers pouvaient autoriser les saisies dans le domaines stricte de leurs compétence ou bien laisser pure et simple cette compétence aux tribunaux de commerce qui sont compétentes pour le droit des affaires dont les voies d'exécution en font partie de par sa règlementation avec l'AUPSVE , adopté à Libreville le 10 avril 1998.

1379 Ordonnance – Loi n° 82 – 020 du 30 mars 1982 *portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires*, in Journal Officiel du Zaïre, n° 7, du 1èr avril 1982, p 39 et suivants

1380 OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 4ème édition, Juriscope, 2012, p.981, 1117-1118

Le risque c'est qu'avec le nombre des affaires devant ces juridictions ne permettront pas de statuer à temps et répondre aux exigences des commerçants et non commerçants qui veulent bien être rétablis dans leurs droits et cette disposition est contraire à l'esprit même de la mise en place des tribunaux de commerce ainsi que la lettre du Traité et Actes uniformes qui renvoient aux Etats membres, le pouvoir de déterminer la juridiction compétente. Dans ce cas précis, la loi congolaise est en contradiction avec elle-même car d'une part, elle institue les tribunaux de commerce comme juge du droit des affaires car dans la Loi n° 10 / 002 du 11 février 2010 autorisant l'adhésion de la République Démocratique du Congo au Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique qui comporte un article unique dont nous donnerons la teneur, le législateur congolais n'a émis aucune réserve ni sur le Traité ni sur les différents Actes uniformes.

L'article unique de cette loi dispose que : « Est autorisée l'adhésion de la République Démocratique du Congo au Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique »[1381]. Par conséquent, il doit adapter ou se conformer à ce droit communautaire qui est devenu un droit national. Cependant , le Législateur peut avoir agi pour désengorger les tribunaux de commerce et dans ce cas, il doit réorganiser les choses surtout la compétence des tribunaux de commerce car les conflits d'interprétation sont récurrents non seulement pour la R.D.C. mais aussi dans les autres Etats , même au niveau de la CCJA comme l'affirme bien le Dr Jacques M'BOSSO dans le préface du livre du Dr Félix ONANA où il écrit que « Eh bien , les conflits d'interprétation sont récurrents d'une juridiction nationale à l'autre et d'un Etat partie à l'autre ; ces conflits sont latents dans la construction jurisprudentielle même de la Cour Commune de Justice et d' Arbitrage tout comme les conflits de compétence rendent difficiles les rapports entre les juridictions nationales de cassation et la CCJA »[1382].

1381 Commission Nationale OHADA- RDC, *Harmonisation du droit congolais avec les actes uniformes de l'OHADA, Volume I*, Copirep, 2012, p.103 et suivants

1382 F. ONANA ETOUNDI, *Les grandes tendances jurisprudentielles de la Cour Commune de justice et d'arbitrage de 1997 à 2010*, ERSUMA, 2011, p.10

REFLEXIONS SUR LES DROITS DE L'EXPLOITANT DE MINES EN DROIT CAMEROUNAIS.

AKONO MINLO Ruben

Enseignant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Ngaoundéré-Cameroun

akonazor@yahoo.fr

Résumé

L'attribution d'un titre d'exploitation, en l'occurrence, d'un permis d'exploitation, d'un permis d'exploitation de petite taille, d'une autorisation d'exploitation artisanale, confère à son titulaire un ensemble de droits sur la mine, objet de l'exploitation. Le régime juridique de ces droits varie selon que la mine est appréhendée au sens strict ou selon qu'elle est considérée sous l'angle de ses dépendances. Au sens strict, l'exploitant est titulaire d'un droit de jouissance temporaire sur les gisements incorporés au sol, l'Etat étant propriétaire exclusif des gisements naturels et artificiels. L'exploitant est cependant propriétaire des gisements extraits encore appelés produits, du fait de son activité. En même temps qu'il conserve la propriété des dépendances de la mine, c'est-à-dire, des installations, constructions et industries érigés pour les besoins de son activité, pendant la période de validité du titre d'exploitation. A la cessation des droits miniers, en l'absence de dispositions formelles du Code minier, et à défaut d'une disposition conventionnelle, les différentes installations reviennent, tantôt à l'Etat, tantôt aux propriétaires du sol, ou aux détenteurs fonciers coutumiers ou d'occupation, selon que les travaux sont déclarés d'utilité publique ou non, par voie d'accession par incorporation.

Mots-clés

Droit minier-exploitant minier-mine-gisement-droit réel immobilier-droit de propriété-usufruit-amodiation-permis d'exploitation-autorisation d'exploitation artisanale-emphytéose.

Introduction

1. L'activité minière[1383] au Cameroun est conditionnée par l'obtention d'un titre minier[1384] ou d'une autorisation. Ces derniers constituent des actes administratifs à portée individuelle qui confèrent à leurs titulaires, un ensemble de droits subjectifs à caractère patrimonial connues sous l'appellation de droits miniers. Les droits miniers s'entendent du droit de rechercher[1385] ou d'exploiter[1386] des substances minérales à la surface du sol ou dans le tréfonds. La recherche et l'exploitation constituent donc les deux aspects de l'activité minière. Il s'agit là de deux phases juridiquement distinctes, et les droits qui en permettent l'exercice diffèrent autant par leur contenu que par leur régime. S'agissant particulièrement des droits d'exploitation, ils ne peuvent résulter que d'un titre d'exploitation, en l'occurrence le permis d'exploitation[1387], le permis d'exploitation de petite mine[1388], ou d'une autorisation d'exploitation artisanale[1389].

2. Au sens de notre étude, l'exploitant de mines est toute personne qui entreprend ou conduit des travaux d'exploitation sur la mine. Par travaux d'exploitation, on entend tous travaux permettant de transformer la masse propre à être livré à l'industrie. Ainsi, une mine est considérée en exploitation, lorsque les travaux considérables ayant été entrepris, l'intention d'exploiter est incontestable[1390]. Mais qu'est-ce qu'une mine ? La mine est l'objet de l'exploitation. En pratique, elle peut désigner les gites[1391] de toutes substances minérales non classés dans les carrières y compris les gites géothermiques, les eaux minérales et thermo minérales. Il s'agit en d'autres termes, de tout gisement de substances minérales ou fossiles que, en raison de leur valeur, la loi les a déclarés distinct du sol quant à leur régime de

---

[1383] L'activité minière est l'ensemble des opérations en vue de la recherche ou de l'exploitation des substances minérales à la surface de l'écorce terrestre ou dans le tréfonds.

[1384] Le Code minier camerounais n'a pas défini la notion de titre minier. Néanmoins, on peut l'appréhender comme un acte pris par l'autorité compétente, et qui permet à son titulaire d'entreprendre ou de conduire une activité minière. Lire à cet effet, Mboumba-Mboumba (p), L'influence du système juridique Français sur la conception congolaise des droits miniers usuels en matière d'exploration et d'exploitation pétrolière, Penant, Revue de droit des pays de l'Afrique, mai-aout 1997, n° 824, p. 192 et s ; sur la notion de droit administratif, Maurin (A), Droit administratif, Sirey, 6édition, 2007.

[1385]. Les droits de recherches s'entendent du droit d'occupation sur la superficie sollicitée, sous réserve des droits des tiers. Ils emportent également le droit d'extraire, d'enlever et de disposer des rochers de la terre, du sol ou des substances minérales dans le respect du quantum exigé dans le programme des travaux, et le droit d'utiliser librement les produits extraits à l'occasion de la recherche et des essais.

[1386] Les droits d'exploitation s'entendent du droit d'extraire des substances minérales liquides, solides ou gazeuses, afin d'en extraire des substances utiles, dans des zones attribuées.

[1387] Le permis d'exploitation est un acte juridique qui permet à son titulaire en vue de l'extraction industrielle des substances solides, liquides ou gazeuses par n'importe quel procédé ou méthode de la terre ou sous la surface de la terre afin d'en extraire les substances utiles. Il est délivré par le Président de la République après avis du Ministre en charge des mines.

[1388] C'est toute exploitation minière de petite taille, permanente, fondée sur la justification de l'existence d'un gisement, utilisant les règles de l'art, des procédés semi-industriels et dont la production annuelle ne dépasse pas un certain tonnage du produit commercialisable (minerai, concentré ou métal)fixé pour chaque substance, par voie réglementaire, article 2 (nouveau) du Code minier.

[1389] C'est le titre conféré à l'exploitant minier artisanal, dans le but d'effecteur des travaux d'exploitation artisanale sur une profondeur maximum de trente mètres.

[1390] CA de Lyon 24 mai 1853, DP 1853-2-347.

[1391] Selon le Code minier, le gite est toute concentration de substances minérales dans une zone déterminée de l'écorce terrestre.

propriété[1392]. Par gisement on entend, tout gite naturel de substances minérales exploitables dans les conditions économiques du moment[1393]. On distingue généralement deux types de gisements : les gisements miniers naturels et les gisements miniers artificiels. Les premiers désignent toute concentration anormale et naturelle des substances minérales à la surface ou à la profondeur de l'écorce terrestre, exploitable de manière rentable dans les conditions économiques du moment[1394]. Le gisement artificiel, lui, s'entend de toute concentration artificielle des substances minérales à la surface provenant de l'exploitation des mines et/ou des rejets découlant du traitement minéralurgique et métallurgique, exploitable de manière rentable dans les conditions économiques du moment[1395].

3. Juridiquement, la mine est « *un domaine crée dans un gisement minier* ». En effet, avant l'octroi du titre d'exploitation, il n'existe qu'une masse de substances minérales. La mine est juridiquement créée à partir du moment où l'acte de puissance publique délimite un certain volume à l'intérieur de l'écorce terrestre[1396]. Mais ce volume en soi ne la constitue pas, parce ce que le droit de l'exploitant ne s'étend pas à la portion de l'écorce terrestre délimitée par son titre. Il ne porte à l'intérieur de celle-ci que sur les substances qui font l'objet de son titre d'exploitation[1397]. Ainsi, sur cette portion vont s'exercer concurremment le droit minier avec ses accessoires et le droit du propriétaire du sol. L'exploitant n'aurait pas le droit d'utiliser les vides qu'il dégage à des fins futures, et il ne pourrait y poursuivre des travaux qui n'auraient pas de rapport avec son exploitation[1398]. Cependant, le droit de l'exploitant n'est pas limité aux seuls gites naturels reconnus avant la délivrance du titre d'exploitation, et en vue duquel il a été institué. La mine comprend donc en réalité, toutes les poches naturelles de minerais situées à l'intérieur d'une portion de l'écorce terrestre, qu'elles soient attenantes ou séparées[1399].

4. Cette analyse est cependant parcellaire, parce qu'elle ne permet pas, compte tenu de la réalité complexe de l'exploitation minière, d'appréhender la notion de mine dans tous ses contours. C'est la raison pour laquelle elle a fait l'objet d'un élargissement pour y inclure les « dépendances », c'est-à-dire, les différentes installations et industries liées à l'exploitation minière. On distingue traditionnellement le « fond », le « jour et dépendances légales », et « les industries annexes ». Le « fond » comprend les installations situées au-dessus du sol. Il n'en est pas de même pour les autres éléments de la mine. Selon un auteur, il faut distinguer, tout en leur reconnaissant le même régime, le « jour des fosses » des « dépendances légales », que l'on englobait par le passé toutes deux sous cette dernière rubrique[1400]. Le « jour de fosse », comprend les installations situées au-dessous et à proximité des puits, en rapport

---

[1392] Lexique des termes juridiques, 13ième édition, Dalloz 2001, p.362.
[1393] Article 2 (nouveau) Code minier.
[1394] Article 2 (nouveau) Code minier.
[1395] La mine se distingue donc des carrières. Ces dernières correspondent aux matériaux de construction ou minéraux industriels extraits par fouilles ou autrement, dans le but de fournir des matériaux destinés à la construction, au commerce ou à l'industrie, article 2(nouveau) du Code minier.
[1396] Par exemple, ce volume est de 30m pour l'autorisation d'exploitation artisanale, article 42 du décret d'application du Code minier.
[1397] Cela se justifie par le fait qu'il n'existe pas de titre minier qui permette à son titulaire de se livrer à la recherche ou à l'exploitation de toutes les substances pouvant être comprises dans un périmètre déterminé. Cependant, l'exploitant de mines peut demander l'extension du permis ou de l'autorisation à d'autres substances. C'est le cas généralement lorsque le titre porte sur l'exploitation du diamant et que l'exploitant découvre de l'or, de manière à ce que le diamant ne puisse être extrait sans or. C'est le problème de substances connexes.
[1398] Russo (J), Le statut administratif des entreprises de recherches et d'exploitation minières, Paris, LGDJ 1959, p.239.
[1399] Russo, idem.
[1400] Aguillon (p), De la déchéance du droit d'exploiter les mines, Thèse Paris 1963, n° 22 b.

immédiat avec l'exploitation : chevalements et machines d'extraction, installations de lavage et de triage connexes aux fosses, lampisteries et douches du personnel et bureau de vote, etc.[1401] Les dépendances légales quant à elles se distinguent des industries annexes. En droit comparé, notamment en France, cette distinction est fondée sur une pratique administrative. Ainsi on entend par « dépendances légales », les engins d'extraction et les installations qui se rattachent à l'exploitation, en constituent techniquement la suite directe et indispensable, et dans lesquelles s'effectuent des opérations nécessaires pour amener le produit brut extrait, à ce premier état hors duquel il n'est pas encore marchand[1402]. Ces dépendances conditionnent en réalité l'exploitation matérielle de la mine. Elles ne peuvent donc exister à l'état d'industrie distincte effectuée par un tiers, car elles ne seraient pas en elles-mêmes rémunératrices. Elles ne se distinguent donc pas juridiquement de la mine elle-même, et le droit minier doit leur être applicable.

5. Ces extensions sont-elles démesurées, au point d'admettre d'une part, les constructions érigées par l'exploitant minier, dans le but de loger ses ouvriers, et d'autre part les industries annexes ? S'agissant des habitations, on répondrait a priori par la négative, dans la mesure où elles semblent n'avoir aucun rapport avec le droit minier. Mais, parce qu'elles existent pour les besoins de l'exploitation, elles devraient faire corps avec la mine. Dans tous les cas, la distinction ne sera pas aisée, et sera certainement l'œuvre de la jurisprudence. Quant aux industries annexes, elles correspondent à des opérations ayant pour objet de traiter un produit déjà utilisable en l'état. Elles pourraient très bien être effectuées par des tiers et relèvent non de la législation minière, mais du droit commun industriel[1403].

6. Dans une acception large, le terme mine vise donc en premier lieu le gisement minier, naturel et artificiel. En second, les usines de traitement ou de transformation y compris les installations et matériels mobiliers et immobiliers affectés à l'exploitation, toutes les industries qui se rattachent à l'activité minière du titulaire, dont les installations d'habitation et autres à caractère social, à l'exclusion des industries annexes. C'est d'ailleurs cette approche qui est intégrée de manière explicite dans certains textes étrangers, à l'instar du Code minier de la République Démocratique du Congo. En effet, ce texte définit la mine comme étant, « *tout gisement ou gisement artificiel des substances minérales classées en mines, exploitable à ciel ouvert ou en souterrain et/ou toute usine de traitement ou de transformation des produits de cette exploitation se trouvant dans le périmètre minier, y compris les installations et matériels mobiliers et immobiliers affectés à l'exploitation*»[1404].

7. La notion de mine étant dégagée sous toutes ses coutures, quels sont les différents droits d'exploitation dont elle fait l'objet ? Cette question mérite d'être posée au regard de la législation minière actuelle. En effet, contrairement à certaines législations minières étrangères[1405], le législateur camerounais n'a pas expressément défini le contenu du régime juridique des droits d'exploitation d'ensemble de la mine. Et pourtant, il ne fait l'ombre

---

[1401] Personnaz, Le droit des mines, Jurisclasseur administratif, fascicules 371 et suivants.
[1402] Russo, op.cit., p.240.
[1403] Russo, idem.
[1404] Article 1.29 du Code minier Congolais
[1405] C'est le cas de la législation minière Française. En effet la loi de 1810 attribuait au concessionnaire un droit de propriété sur la mine. L'acte de concession disait-elle, « donne la propriété perpétuelle de la mine, laquelle est désormais disponible et transmissible comme les autres biens », article 7. La doctrine interprétait cette disposition comme impliquant une assimilation pure et simple du droit du concessionnaire sur la mine à la propriété du droit civil. Cette assimilation a été abandonnée en raison des innovations législatives qui ont paru enlever à la concession les caractères fondamentaux de la propriété. De nos jours, l'exploitant dispose d'un droit immobilier distinct de la propriété de la surface, article 36 Code minier. Cette même solution est retenue par la République Démocratique du Congo, voir Code minier.

d'aucun doute que ces droit existent, et ce, à compter de la date d'attribution du titre donnant droit à exploitation des substances minérales. Dès lors, il s'avère nécessaire de les déterminer en les qualifiant de manière précise, dans l'optique de compléter la compréhension du régime juridique de la législation minière mise en place par le législateur. Dans notre contexte, cet exercice s'avère compliqué en l'absence de dispositions formelles du Code minier. Les discussions restent donc ouvertes. Focalisées sur la combinaison du droit commun avec l'esprit de la législation minière, et le contrôle qu'elle réserve à l'administration sur une activité considérée comme d'intérêt général, elles dépendent pour l'essentiel, de la dimension définitionnelle accordée à la notion de mine. Ainsi, les droits de l'exploitant varient selon qu'ils sont exercés sur la mine au sens strict (**I**), ou sur les dépendances (**II**).

I- Les droits de l'exploitant envisagés sur la mine stricto sensu.

9. L'attribution d'un titre d'exploitation confère à son titulaire le droit d'exploiter le gisement, objet de l'exploitation. Même si le Code minier ne le mentionne pas expressément, ce droit s'assimile à un droit de jouissance temporaire (**A**), l'Etat étant propriétaire des gisements naturels et artificiels, incorporés au sol. L'exploitant de mines est par contre propriétaire des gisements extraits, encore appelés produits, du fait de son activité **(B).**

A- Un droit de jouissance temporaire sur les gisements incorporés au sol

10. Selon le Code minier Camerounais, « *les mines sont et demeurent la propriété de l'Etat* »[1406]. Le terme mine vise en réalité les gisements miniers naturels et artificiels. Cette propriété de l'Etat sur les mines, est une *propriété exclusive* en ce qu'aucune personne physique ou morale, ne peut prétendre à un quelconque droit de propriété, et l'Etat ne peut la partager avec quiconque à titre de copropriété. Aussi, ce droit de propriété de l'Etat est inaliénable et imprescriptible en ce qu'aucune personne ne peut en demander l'aliénation d'une part, et que d'autre part, l'Etat ne peut pas perdre ce droit par prescription[1407]. La propriété de l'Etat sur les gisements miniers s'étend à la cessation des droits miniers, c'est-à-dire, à l'expiration du permis ou de l'autorisation d'exploitation artisanale, à la suite du retrait, ou de la renonciation du titre donnant droit à exploitation. Pour toutes ces raisons, il ne fait l'ombre d'aucun doute que l'exploitant de mines dispose d'un droit de jouissance temporaire sur les gisements encore incorporés au sol[1408]. Au regard de la classification généralement opérée par le Code civil à propos des biens meubles et immeubles, il s'agit sans doute d'un droit réel immobilier (**1**). Cela emporte évidemment toutes les conséquences (**2**) liées à ce caractère.

1) Le caractère réel immobilier du droit jouissance de l'exploitant.

11. Les gisements sont des biens, c'est-à-dire des choses qui servent à l'usage de l'homme, et permettent à celui-ci de satisfaire ses besoins. En tant que tels, ils obéissent à la

---

[1406] Article 6 alinéa 2 du Code minier.

[1407] Il en découle qu'à la cessation du droit minier ou de carrière d'exploitation, les gisements naturels et artificiels reviennent à l'Etat. Autrement dit, ils retournent dans le domaine public de l'Etat. Il est important de noter que les gisements qui reviennent à l'Etat sont ceux se trouvant sur les périmètres totalement ou définitivement libres de tous droits de tiers. La conséquence du retour de ces gisements à l'Etat, propriétaire entraine que celui-ci ne peut concéder des droits miniers ou de carrière sur ce périmètre par le procédé normal d'attribution des droits miniers. Il ne peut que le faire par voie d'appel d'offre dans la mesure où il s'agit des gisements étudiés et documentés à partir des travaux d'exploration réalisés par des tiers, anciens titulaires des droits miniers et de carrière d'exploitation.

[1408] La reconnaissance de la propriété de l'Etat sur les gisements miniers n'implique pas nécessairement que l'Etat procède lui-même à l'exploitation des mines. On peut très bien concevoir qu'il confie cette exploitation à des tiers dans des conditions définitives.

distinction meuble[1409] et immeuble[1410] établie par le Code civil[1411]. Un droit est immobilier lorsqu'il porte sur un immeuble. Les gisements miniers constituent des biens immeubles, motif pris de ce qu'ils ont ce caractère avant l'institution du permis ou de l'autorisation d'exploitation, du fait de leur incorporation au sol, et doivent naturellement le conserver après son intervention. En l'absence de dispositions spéciales, les gisements sont des immeubles par l'objet aux quels ils s'appliquent. Au sens du Code civil, ce sont des biens incorporels. En effet, ce texte range dans cette catégorie de biens incorporels, des droits. Rigoureusement, la nature abstraite d'un droit s'oppose à ce qu'on puisse le considérer comme un meuble ou un immeuble[1412]. Mais la classification ayant une valeur générale, le Code civil y a inclus les droits, en considérant les objets sur les quels ils portent. L'article 526, qui considère ainsi comme immeubles « l'usufruit des choses immobilières ; les servitudes ou services fonciers ; les actions qui tendent à revendiquer un immeuble » est très incomplet. En réalité, il y a lieu de considérer aussi comme immeubles incorporels, certains droits réels immobiliers[1413].

12. Il est donc incontestable que l'exploitant exerce un droit réel[1414] sur les gisements considérés comme immeubles. En droit comparé, une certaine doctrine[1415] s'est insurgée contre le caractère réel du droit de l'exploitant, en objectant qu'il s'agit d'un droit personnel, compte tenu du fait que ce droit ne s'exerce que par la permission de l'administration, et que l'Etat apparait comme débiteur de l'obligation de mettre le gisement à la disposition de l'exploitant. Cette analyse, pour pertinente qu'elle soit ne peut prospérer. En effet, le droit de l'exploitant est un droit stable, qui porte sur une chose et oblige l'administration aussi bien que les tiers à ne rien faire qui puisse nuire à la personne qui en est activement titulaire. Ce droit place son titulaire dans une situation analogue à celle des titulaires d'un droit réel civil. C'est dans cet état de choses qu'une certaine doctrine[1416] a pu aussi se demander s'il n'y avait pas quelque exagération à toujours essayer de ranger le droit de l'exploitant minier dans la catégorie des droits réels, dans la mesure où un contrat intervient entre l'Etat et l'exploitant minier[1417]. Ce contrat ne détruit-il pas ce caractère de réalité qui résulte du titre accordé ? A propos, il convient de faire une distinction : pour tout ce qui a trait aux relations contractuelles de l'Etat et de l'exploitant, le droit de celui-ci est bien personnel. Pour le reste, il demeure réel. Ce qu'il faut retenir c'est qu'en pratique, la partie contractuelle est purement négative. Elle ne fait naitre à sa charge que des obligations au profit de l'Etat. Or ce dernier est un

---

[1409] Le meuble est un bien corporel susceptible de se déplacer ou d'être déplacé.

[1410] L'immeuble est toute chose caractérisée par sa fixité au sol. Et selon l'article 517 du Code civil, « Les biens sont immeubles ou par leur nature, ou par leur destination ou par l'objet auquel ils s'appliquent ».

[1411] Article 516.

[1412] Terré (F), Simler (Ph), Droit civil, Les biens, Précis Dalloz, 7ème édition, 2006, p.42, n° 37.

[1413] On cite également, les créances immobilières, les actions immobilières. Il s'agit tant des droits réels principaux –usufruit immobilier, emphytéose, servitude-que des droits réels accessoires établis sur un immeuble pour garantir une créance-privilège, hypothèque, antichrèse ; ces droits grevant un immeuble sont immobiliers, bien qu'ils soient l'accessoire d'une créance, Terré (F), Simler (Ph), op.cit., p.42, n°37

[1414] On entend par droit réel, le pouvoir qu'une personne a sur une chose et permettant de retirer tout ou partie de ses utilités économiques, Charbonnier (J), Droit civil, PUF 1994, p. 263. Ce qui caractérise le droit réel c'est qu'entre le sujet et l'objet du droit, il n'y a personne pour supporter la charge d'acquisition de la valeur de la chose, personne pour réclamer la contrepartie du droit concédé, Atias (C), Droit civil, Les Biens LITEC 7ème édition, 2007, p. 52.

[1415] Russo (J), p.216.

[1416] Onedieu, Le permis d'exploitation des mines, Thèse Caen 1932.

[1417] Il s'agit de la convention minière. Selon l'article 47 elle est établie sur la base du dossier de demande de permis d'exploitation et conclue avant l'octroi de ce permis.

créancier particulier qui dispose de moyens spéciaux de contrainte. A cet égard, la distinction entre les droits réels et personnels perd son intérêt[1418].

13. S'il est donc incontestable qu'il s'agit d'un droit réel, peut-on l'assimiler à un des démembrements du droit de propriété tels l'usufruit, ou l'emphytéose ? Cette tentative d'assimilation s'explique par le fait que, tous les droits réels ont été conçus à partir de la propriété, par le mécanisme de la décomposition et de la modification du contenu. Le dépeçage du droit de propriété a cependant abouti à diviser entre plusieurs personnes le pouvoir qui, dans son entier est celui du propriétaire. Et les droits réels qui en découlent sont opportunément rapprochés par l'article 543 du Code civil de la propriété qui dispose qu'« *on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre* ». Ainsi, on pourrait être tenté d'assimiler le droit réel de l'exploitant sur les gisements, à l'usufruit et surtout, à l'emphytéose. Mais on déchanterait rapidement, car rendu à l'évidence, il en diffère par les modes de constitution et d'extinction. En outre, le caractère de ces démembrements du droit de propriété est d'astreindre leur titulaire à conserver la substance de la chose dont ils jouissent, alors que l'exploitant de mine la détruit chaque jour de sorte que bien avant l'expiration de son titre, son droit peut se retrouver n'avoir plus d'assiette. Pour ce qui est du cas particulier de l'emphytéose, le bail minier s'appelle amodiation, et on ne saurait assimiler à un bail, un acte dont l'effet serait de consommer la chose louée.

14. A défaut de ranger le droit immobilier dans l'une de ces catégories, peut-on conclure qu'il s'agit d'un droit réel de nature administrative, tel qu'envisagé par la doctrine[1419]? Et qui permet de concilier la précarité inhérente à un droit de nature administrative, avec une certaine stabilité nécessaire aux situations économiques. En effet, le droit réel administratif permet à son titulaire de bénéficier de l'exclusivité tant au regard de l'administration que des tiers dans des conditions voisines du droit civil. Même vis-à-vis de l'administration, celui-ci jouit de garanties légales et d'une situation stable dont la précarité ne se manifeste que par la limitation de sa durée et la possibilité de révocation dans des cas limités.

15. A notre avis, il serait osé de tenter une catégorisation précise du droit immobilier de l'exploitant. Tout ce dont on est certain, c'est qu'il s'agit d'un simple droit de jouissance précaire, n'obéissant à aucune classification juridique précise dans l'énumération des droits réels du Code civil, en raison des spécificités qui émaillent la matière. Il s'agit donc d'un droit réel immobilier *innommé* sui generis. C'est d'ailleurs l'avis d'une certaine jurisprudence étrangère[1420], lorsqu'elle affirme à propos d'une espèce que, « *le tribunal estime avec ce dernier que le droit réel que constitue la concession minière est un droit sui generis consistant en un démembrement du droit de propriété que la Colonie s'est attribué sur les mines (art. 1 du décret du 24 sept. 1937); que ce droit sui generis peut s'analyser en un usufruit élargi d'une part, puisque le concessionnaire n'est pas obligé de conserver la substance de la mine (art. 82, 3°, a, décret du 24 sept. 1937) et ne doit en conséquence donner aucune caution, restreint d'autre part, puisqu'il ne porte que sur les substances concédées (art. 66) ; Que la concession qui autorise l'exploitation a d'autre part été définie par M. Halewyck «L'octroi par l'autorité publique… d'un droit particulier d'usage sur les objets du domaine public; … ».* Aujourd'hui en République Démocratique du Congo, les choses sont beaucoup plus précises. En effet, le législateur minier Congolais a érigé les droits miniers et des carrières en droits réels immobiliers. De ce fait, les opérations portant sur les droits miniers telles que les mutations, les amodiations et les sûretés sur les droits miniers et

[1418] Russo (J), op.cit. , p.217
[1419] Hauriou, Précis de droit administratif, 1933, p.862 ; Rigaud, thèse Toulouse 1914.
[1420] Tribunal de Première Instance de luluabourg, 3/4/1958, JTO n° 99, p.130

des carrières sont des transactions immobilières. Cette même solution est appliquée en droit Français dans la mesure où, l'institution d'un permis ou d'une concession crée en faveur de l'exploitant un droit immobilier. Dans ce dernier les cas, il s'agit d'un simple rappel, parce que dans le Code minier français, la nature juridique de ce droit découle du caractère immobilier reconnu à la mine[1421].

16. Quoi qu'il en soit, le droit de l'exploitant est un droit réel immobilier. Ce caractère découle de la nature immobilière des gisements, du fait de leur incorporation au sol. Reconnu titulaire d'un tel droit, l'exploitant disposera à coût sur, de prérogatives inhérentes qui en découlent.

2- Les conséquences attachées au caractère de droit réel immobilier de l'exploitant

17. En dehors du fait que le droit du titulaire du titre d'exploitation est cessible et transmissible[1422], ce qui est d'ailleurs de l'essence même d'un droit patrimonial, l'exploitant de mine disposera le cas échéant d'un droit de préférence et d'un droit de suite (**a**). Il pourra également en constituer un usufruit (**b**), et même l'amodier (**c**)

a) La possibilité pour l'exploitant de mines de se prévaloir du droit de suite et du droit de préférence

18. La conséquence principale du caractère de droit réel immobilier dont est titulaire l'exploitant de mine implique qu'il disposera d'un droit de suite en ce qu'il permet de poursuivre les substances minérales ayant le caractère des produits marchands pour lesquels il a droit. Il dispose également d'un droit de préférence qui lui permet, en cas de mise en concours avec d'autres personnes, qu'il soit désintéressé le premier[1423]**.** En droit comparé, le tribunal de Luluabourg avait jugé que les substances précieuses provenant d'un gisement concédé appartiennent au propriétaire même sans leur extraction. Appliquant ainsi aux mines le principe selon lesquels les fruits naturels sont censés être perçus même avant leur enlèvement, ce tribunal estimait qu'en cas d'extraction frauduleuse, ces substances appartiennent au concessionnaire et doivent lui être restituées et non à l'Etat, propriétaire des mines. « *Attendu qu'il reste à vérifier si, en droit, il suffit à la partie civile d'établir que des pierres ne peuvent provenir que de l'une de ses concessions, pour qu'il soit reconnu ipso facto leur propriété, ou si, au contraire, la preuve de la propriété ne peut résulter que de la preuve supplémentaire d'une appréhension effective au cours de travaux d'exploitation; si, en d'autres termes, la partie lésée par un vol de diamants dans une concession, mais en dehors d'un chantier d'exploitation, est la Colonie, propriétaire des mines, ou la société titulaire d'un permis d'exploitation* »[1424]. A la suite de cette décision, le législateur Congolais a confirmé le droit de suite du titulaire du droit minier ou de carrière d'exploitation en ce qui

---

[1421] Article 24 Code minier Français.

[1422] Les transactions portant sur les titres miniers en droit camerounais obéissent à des conditions particulières, notamment celles inhérentes à l'approbation du ministre en charge des mines, article 20 (nouveau) du Code minier.

[1423] Sur les développements relatifs au droit de suite et de préférence, lire, Terré (F), Simler (Ph), op.cit., Atias ©, Droit civil, les Biens, op.cit.

[1424] Tribunal de Luluabourg, ¾ 1958, JTO, n°99/9/1958, p.130.

concerne les substances minérales extraites illicitement dans le périmètre couvert par lesdits droits[1425].

19. Quant au droit de préférence, il tient à la priorité qu'il confère sur la chose. Si par exemple, plusieurs personnes ont, simultanément, des prétentions à faire valoir sur une chose-deux s'en prétendent propriétaires, une troisième affirme être titulaire d'un usufruit ; une dernière est un créancier qui tente de la saisir-, le titulaire du premier droit réel transmis et publié l'emporte sur tous les autres : il est préféré à ses concurrents, parce qu'il est titulaire d'un droit réel[1426]. Parce qu'il bénéficie d'un droit de suite et de préférence, l'exploitant de mine sera protégé par les actions possessoires. En effet, même si l'exploitant minier n'est pas propriétaire il a, du moins une situation de fait qui mérite protection : sa protection, pour peu qu'elle se prolonge pendant quelque temps, suffit à le rendre plus digne d'intérêt que le tiers qui viendrait la troubler et qui, du même coup, troublerait la paix publique. L'action possessoire lui procure un moyen de défense sans qu'il soit tenté de recourir à des voies de fait. Ces considérations sont si fortes qu'elles justifient l'exercice possessoire même à l'encontre du véritable titulaire du droit.

20. En outre, le tribunal compétent pour connaitre des litiges avec les tiers qui est le tribunal judiciaire et non administratif, sera celui de l'exploitation, c'est-à-dire du lieu de l'immeuble, et non celui du défendeur. Les règles relatives à la saisie immobilière sont également applicables. En ce cas, les produits extraits qui se trouveront sur le carreau de la mine seront immobilisés. C'est dire que le titulaire d'un droit réel quelconque peut suivre la chose qui lui appartient ou qui est grevée d'un droit en sa faveur[1427]. Ainsi donc, l'exploitant minier peut revendiquer les gisements contre tout détenteur.

b- Le droit de l'exploitant, un droit susceptible d'usufruit

21. En l'absence d'un texte formel, on peut admettre que l'usufruit peut être constitué sur le droit de l'exploitant minier. Comme dans tout autre droit immobilier, ce sont les règles générales du droit civil qui s'appliqueront. En effet, d'après le Code civil, l'usufruit « … peut être établi sur toute espèce de biens meubles ou immeubles »[1428]. Une particularité existe cependant en raison même de la matière, l'exploitant n'étant pas tenu, contrairement à l'usufruitier d'un bien quelconque, de conserver la substance de la chose. Ainsi l'usufruitier jouit de tous les droits de l'exploitant à charge de se conformer aux règles de l'art. Il supporte toutes les charges de l'exploitation et doit entretenir les installations. Il n'est pas tenu de conduire l'installation dans les mêmes limites que le titulaire du permis ou de l'autorisation de l'exploitation. Il peut développer l'extraction à condition de s'abstenir d'extraction immodérée[1429]

22. Cependant, par extension des principes du Code civil, on admet qu'un usufruit ne peut être constitué que si la mine est en exploitation à la date de sa constitution. C'est du moins une argumentation tirée du Code civil, dont l'article 598 dispose que « *l'usufruitier jouit de la même manière que le propriétaire des mines et des carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit ; et néanmoins, s'il s'agit d'une exploitation qui ne puisse être faite sans une concession, l'usufruitier ne pourra en jouir qu'après en avoir obtenu la permission du Président de la République* ». Il a été admis en droit comparé que de simples travaux ne

---

[1425] L'article 29 du Code minier Congolais dispose que « les substances minérales extraites illicitement sont saisies et leur confiscation est prononcée au profit de l'Etat ou du titulaire du droit minier ou de carrière d'exploitation »

[1426] Atias ©, Droit civil, Les biens, LITEC 7ème édition, 2007, p.60

[1427] Terré (F), Simler (P), Droit civil, Les Biens, Dalloz 7ème édition, 2006

[1428] Article 581 du Code civil applicable au Cameroun.

[1429] Bury, Traité de la législation des mines en France et en Belgique, Paris, 1877, vol. 2, n° 1318.

suffiraient pas[1430], mais que des travaux préparatoires suffisamment importants pour établir l'intention d'exploiter seront pris en considération même si l'extraction n'a pas encore commencé. Inversement, une jurisprudence[1431] a admis que l'usufruitier ne pourrait reprendre l'exploitation d'une mine si elle avait été définitivement arrêtée. Cette position se justifie dans la mesure où la fermeture d'une mine entraine logiquement l'arrêt de toutes les opérations liées à l'exploitation[1432].

c- Le droit de l'exploitant, un droit amodiable

23. Même si le Code minier Camerounais ne l'a pas expressément mentionné, le droit de l'exploitant sur les gisements peut être amodié. L'amodiation est le contrat de location d'une mine. Contrairement à ce qui se passe dans le cas du bail d'un domaine rural, l'exploitation des mines porte sur des produits qui ne se renouvellent pas, et elle a pour effet la destruction de la chose louée. En droit français, la jurisprudence qui reconnaissait autrefois à cette convention le caractère d'un bail auquel elle emprunte cependant la plupart de ces traits[1433], est longtemps fixée pour voir une vente de matériaux considérée dans leur état futur du fait de leur séparation du sol comme meubles par anticipation[1434]. Cette convention conserve ce caractère alors même qu'elle aurait été qualifiée de bail par les parties[1435]. Cependant, certains tribunaux admettent des restrictions contradictoires avec cette opinion. En raison du caractère immobilier du droit de l'exploitant, ils ont jugé que la capacité requise pour conclure un tel contrat est celle exigée pour des aliénations immobilières. Ils admettent aussi que vis-à-vis des tiers, la cession conserve une nature réelle et immobilière, et que la convention pour leur être opposable, doit avoir été transcrite[1436]. Ces restrictions, d'après une certaine doctrine[1437], sont dictées pour des raisons évidentes d'intérêt pratique. Et n'en sont pas moins contradictoires avec la théorie qui voit dans l'amodiation une vente de matériaux. Mais celle-ci par ailleurs est loin d'être pleinement satisfaisante. L'amodiataire, en effet, possède une sorte de dominium utile, mais comme il est tenu au paiement d'une rente en faveur du titulaire du titre, on peut dire que celui-ci conserve sur la mine une sorte de dominium directum.

24. Ainsi donc, la doctrine a essayé de concilier les idées de bail et de vente mobilière. D'après certains auteurs, l'amodiation serait un contrat intermédiaire, le « contrat d'amodiation de l'ancien droit », dans lequel le paiement en nature a été remplacé par un paiement en espèces, celui-ci provenant des produits extraits par le locataire, puis accepté forfaitairement par le bailleur[1438]. Une autre tendance[1439], y voit donc un contrat double, comportant un bail permettant l'occupation de la surface, et la vente de produits à extraire, ce dernier constituant l'élément accessoire. Le plus juste est d'y voir un bail sui generis participant à la fois de l'un et de l'autre[1440]. On admet en général qu'il peut se rapprocher de l'un ou de l'autre des contrats civils, suivants les circonstances de la cause. C'est au juge de les apprécier. Ils devront dans chaque cas rechercher qu'elle a été l'intention des parties. Dans

---

[1430] Lyon 24 mai 1853, D.-2-357
[1431] Bordeaux 10 mars 1865, S. 1866-2-7
[1432] Lévy (D), Evolution et problèmes actuels du droit minier, Revue du Droit public et de la Science Politique en France et à l'Etranger, 98ème année, 1982, p. 5-6.
[1433] Req. 20 décembre 1837 ; Paris 24 juin 1885, D P 87-1-79
[1434] Req. 11 janvier 1843, S 1843-1317
[1435] Cass. 12 janvier 1954, JCP 1954-II-8026
[1436] Montpellier 23 octobre 1922, S. 1963-2-1
[1437] Russo (J), op.cit., p. 227
[1438] Cheminais, Revue de l'industrie minérale, 1919-314.
[1439] Ripert (G), Dalloz 1923-2-97
[1440] Lyon 29 juin 1855, D P. 1855-2-351

tous les cas, le locataire de la mine ne sera, au regard de l'administration qu'un entrepreneur de l'exploitant agissant pour son compte et son nom. Le titulaire d'un titre sera seul responsable vis-à-vis de l'Etat de l'accomplissement des obligations qu'il entraine, et notamment le paiement des redevances.

25. En somme, l'exploitant est titulaire d'un droit réel immobilier sur les substances minérales encore incorporés au sol. Il s'agit d'un simple droit de jouissance de nature précaire, mais dont les conséquences sont non négligeables. Les choses sont cependant différentes s'agissant des substances extraites, dont l'exploitant est propriétaire.

B- Un droit de propriété sur les gisements extraits du fait de l'exploitation.

26. Les gites minéraux, naturels ou artificiels, qui deviennent des gisements naturels ou artificiels lorsqu'ils sont susceptibles d'être exploités de manière rentable dans les conditions économiques du moment, sont incontestablement des biens appartenant à l'Etat. Mais ce dernier n'est pas propriétaire des produits extraits du fait de l'exploitation. Même si aucun texte minier ne le mentionne expressément, ces produits appartiennent à l'exploitant minier. La propriété dont il s'agit ici est mobilière. En effet, les matières extraites, approvisionnement, et autres objets, sont des meubles par nature. Ce caractère mobilier qui découle du Code civil[1441], s'explique tout simplement par le fait que, les produits extraits qui avaient le caractère immobilier quand ils étaient incorporés au sol deviennent meubles après être séparés, même s'ils sont encore demeurés à l'intérieur de la mine.

27. Le droit d'exploitation entraine logiquement celui de disposer librement des produits extraits du gite. Sauf restriction expresse des textes, l'exploitant minier dispose sur ces produits, un droit de propriété absolu. C'est dans ce sens qu'il peut librement les commercialiser. En effet, ce qui caractérise l'exploitation, c'est qu'elle est entreprise en vue d'extraire les produits et les vendre. L'administration ne saurait pour quelque motif que ce soit, user de ses pouvoirs pour s'immiscer dans la fixation des prix ou dans le commerce, la vente et la répartition des produits miniers. En France, la jurisprudence a eu plusieurs fois l'occasion de tirer les conclusions logiques de cette liberté commerciale. C'est dans ce sens qu'a été annulée, une décision du préfet de la Loire enjoignant à tous les concessionnaires de mines de houille de son Département de livrer leurs combustibles à tous les utilisateurs sur le carreau des mines, sans tour de faveur, et à des conditions égales[1442]. De même qu'a été annulé par le Conseil d'Etat, un arrêté préfectoral obligeant un groupe de concessionnaires à fournir annuellement à une usine voisine, moyennant un prix fixé par expert, une certaine quantité de leurs produits[1443]. D'autres procédés d'intervention de l'administration ont été utilisés. Elle a tenté, par l'intermédiaire de la fixation des redevances tréfoncières, d'assujettir à des obligations économiques, les titulaires de concessions portant sur le domaine des collectivités publiques et notamment des communes[1444].

28. A notre avis, il faut sauvegarder la liberté commerciale de l'entreprise minière, tout en prenant certaines précautions pour éviter les abus. C'est ce qui a justifié en France, la technique des engagements contractuels à un moment donné. Elle a consisté à insérer dans les cahiers de charges des procédés qui permettaient de modifier les textes généraux, d'obtenir par voie de discussions avec les intéressés, certaines garanties quant à la l'utilisation future de leur production. Par ailleurs, les impératifs de la politique économique ont motivé l'apparition de dispositions spéciales de nature règlementaire, réservant à l'administration un droit général

---

[1441] Article 528 du Code civil
[1442] Lyon 3 juillet 1873, D.P 1874-2-195. Dans le même sens, Req., 24 novembre 1874, D.P. ; 1876-1-135.
[1443] C.E., 10 juin 1857, D.P. ; 1858-3-41
[1444] Repertoire pratique Dalloz, Mines, n° 192

de contrôle sur la production extraite des gisements d'hydrocarbures[1445]. Au Cameroun, le Code minier[1446] fait obligation au demandeur du titre d'exploitation, d'accompagner la demande du permis d'exploitation, d'un plan relatif à la commercialisation des produits. Ce plan contient d'ailleurs les points de vente envisageables, les plans, les conditions de vente et les prix[1447].

29. Outre la commercialisation, le titulaire du permis peut également se livrer à des actes de traitements[1448] et à des transformations[1449]. Il en est de même, du titulaire de l'autorisation d'exploitation artisanale, l'activité minière artisanale étant par essence destinée aux besoins de la famille, l'artisan minier doit pouvoir transformer les substances minérales issues de son activité. De même, l'exploitant dispose aussi au titre de ses prérogatives, d'un droit de préférence et d'un droit de suite exercé sur les gisements lorsque l'extraction a été faite de manière illicite par un tiers. S'agissant de cette dernière prérogative, en droit comparé, notamment en République Démocratique du Congo, à propos de l'exercice du droit de suite sur les substances minérales extraites illicitement dans le périmètre couvert par les droits miniers d'exploitation, le tribunal de Première Instance de Luluabourg a annulé la décision contraire du tribunal de District du Kasaï datant du 06 mars 1956, qui refusait la restitution des diamants volés et saisis à la société concessionnaire pour les attribuer à l'Etat. En effet selon la décision du tribunal de première instance, le permis d'exploitation octroie à son titulaire un droit exclusif d'extraction. Celui-ci est un droit réel qui emporte le droit de suite permettant au concessionnaire de revendiquer toute substance minérale dont l'extraction est autorisée par son permis en quelques mains qu'elle se trouve. Le juge motivait ainsi sa décision en ces termes : « *Attendu que le législateur ayant opté pour le système de la domanialité des mines, propriété distincte de la surface, les substances de la mine appartiennent, en principe, à la colonie ; Attendu que la colonie s'est toutefois réservée le droit de déroger à cette règle, qu'elle le fait notamment lorsque sans accorder le droit de propriété sur la mine, elle accorde un permis d'exploitation que le législateur a érigé en droit réel ; Attendu que dès l'instant où le titulaire de ce droit réel peut prouver que des substances ont été extraites de la mine, qu'en vertu de son permis d'exploitation, il peut seul extraire, il exercera sur ces substances son droit de suite, nonobstant le fait qu'il ne peut être considéré comme le propriétaire de la mine* ». Le droit de suite, est opposable à tous et, notamment à tout acquéreur, indépendamment de sa bonne ou mauvaise foi. Il est accordé aux personnes titulaires d'un droit réel. Ce droit est attaché à un bien, et non à la personne propriétaire ou possesseur de ce bien. Quelle que soit la nature juridique de son droit sur le gisement, le titulaire du titre d'exploitation possède dès lors que les produits ont été appréhendés que ce soit par lui-même ou par un tiers, un droit de propriété absolu.

30. Les produits extraits étant la propriété de l'exploitant de mine, on peut cependant se demander s'ils constituent des fruits de la mine, ou s'ils en représentent une partie que l'extraction enlève et supprime, ou s'ils en représentent une partie aliquote que l'extraction enlève et supprime. Les principes généraux de droit semblent s'opposer à ce qu'on leur reconnaisse la qualité de fruits puisqu'ils ne peuvent se reproduire et que la substance de la

---

[1445] Russo, op.cit., p.427

[1446] Article 65 du décret d'application op.cit.

[1447] Même si le Code minier ne le dit pas, la vente des produits devrait être orientée vers les négociants, les boursiers, les comptoirs, et les artistes agrées par le ministère de la culture.

[1448] Le traitement des substances minérales est un procédé minéralogique qui aboutit à l'obtention d'une substance minérale commercialisable à partir des minerais extraits.

[1449] Par transformation, on entend, tout procédé industriel qui consiste à changer la forme et la nature d'une substance minérale traitée et à en obtenir les produits finis ou semi-finis, commercialisables.

chose est détruite. Il en résulterait que les actes d'exploitation d'une mine seraient des actes de disposition et non d'administration, ce qui ne pourrait se concevoir[1450]. En réalité, la question n'a jamais été tranchée ni dans un sens ni dans un autre. En effet, les produits de la mine ne présentent que certains caractères seulement des fruits ordinaires, et ceux-ci sont la conséquence de la distinction qui peut être établie entre la mine et ce que l'on en extrait. Mais quoi qu'il en soit, les produits extraits peuvent faire l'objet d'une saisie mobilière, conformément au droit commun, précisément, l'acte uniforme OHADA, portant sur les voies d'exécution et procédures de distribution.

31. En somme, le droit de l'exploitant sur la mine stricto sensu est ambivalent. Il diffère selon qu'il est exercé sur les gisements, ou sur les produits et autres objets extraits. Les choses sont cependant plus simples lorsqu'il s'agit des extensions de la mine à savoir, les installations, constructions, et industries érigées pour les besoins d'exploitation.

II- Les droits de l'exploitant sous l'angle des dépendances.

32. Nous avons relevé plus haut que l'Etat Camerounais est propriétaire des gisements miniers naturels et artificiels. Aucune disposition du Code minier applicable, ne semble cependant étendre cette propriété aux différentes installations, constructions, et industries érigées par l'exploitant pour les besoins de son exploitation. Ces biens appartiennent donc à l'exploitant de mines pendant la période d'exploitation, en raison des droits miniers qui sont attachés à son titre d'exploitation. Il convient par conséquent de les classer dans une catégorie juridique précise (**A**) avant de déterminer l'étendue temporelle de cette propriété **(B)**.

A- La nature juridique des dépendances

33. Il s'agira de classer les installations, constructions, et industries mises en place par l'exploitant, selon la distinction meubles et immeubles généralement opérée par le Code civil[1451], en l'absence des dispositions particulières du Code minier. Mais avant d'y arriver, il faudra les identifier. Les installations indispensables à l'exploitation de la mine désignent en réalité ce qu'on appelle « dépendances légales », c'est-à-dire l'ensemble des ouvrages qui se rattachent à la mine par un lien nécessaire et indivisible. Ces ouvrages renvoient en réalité à l'usine d'exploitation[1452]. L'usine comprend, les batiments, les différentes installations, usines, appareils, équipements, outils ou autres biens de toute nature, fixés ou non sur la terre. Il s'agit de manière concrète des dépendances immédiates à l'exploitation de la mine, de ce qui est exigé pour la conduite des travaux, c'est-à-dire le matériel complexe et considérable que nécessite l'orifice d'un puits ou d'une galerie[1453], l'ensemble des galeries et machines, ateliers, magasins, entrepôts, services centraux de la mine, dont toute l'extraction entraine l'érection, y compris ce qui est nécessaire à leur mise en place et à leur fonctionnement.

34. En réalité, il semble difficile en pratique, de concilier les droits des propriétaires du sol avec l'extension que l'aménagement moderne des entreprises donne nécessairement à ces installations. Mais la mise en valeur rationnelle d'un gisement ne nécessite pas seulement

---

[1450] Russo, op.cit., p.342.

[1451]- Selon l'article 516 du Code civil, « tous les biens sont meubles ou immeubles ». Cette distinction est d'abord fondée sur un critère physique. Mais elle fait aussi intervenir la valeur. Ceci explique précisément que la classification sera étendue aux choses incorporelles, c'est-à-dire aux droits eux-mêmes, de telle sorte que tous les biens se divisent en biens meubles et immeubles, Térré (F), Simler (Ph),Droit civil, Les biens, Térré (F), Simler (Ph), op.cit., p. 34

[1452] Article 2 (nouveau) du Code minier

[1453] Russo (J), op.cit., p.276

l'accomplissement d'actes d'exploitation. En effet, l'exploitation nécessite également l'exécution des travaux accessoires qui entrent dans les objets de la police des mines. C'est par là que pourrait s'expliquer les installations de secours, comme les puits et galeries destinés à faciliter l'aérage et l'écoulement des eaux[1454], et l'ensemble des ouvrages que l'exploitant érige dans le but de sauvegarder la sécurité publique, et la mine, et de garantir la sureté des ouvriers[1455]. Cependant, en France, la jurisprudence refuse d'assimiler à ces installations de secours, l'installation d'une usine hydro-électrique destinée à procurer à meilleur compte, l'énergie nécessaire à l'épuisement des eaux d'une mine[1456].

35. Doivent également rentrer dans la propriété de l'exploitant minier, les installations d'habitation et autres à caractère social. Des ateliers de préparation, de lavage et de concentration de combustibles et minerais extraits de la mine. Dans ce dernier cas, il s'agit des installations nécessaires aux premières manipulations des produits bruts, qui sont destinées à les amener à ce premier état à partir duquel ils peuvent constituer un produit utilisable et marchand. De même, l'exploitant minier est propriétaire des installations destinées au stockage et à la mise en dépôt des produits et déchets qui proviennent des travaux d'exploitation proprement dits, que des opérations accessoires auxquelles ils peuvent donner lieu.

36. Il faut ajouter à ces installations, les différentes constructions érigées par l'exploitant minier dans le but de loger ses ouvriers. En effet, pour des besoins d'efficacité dans le travail, l'exploitant peut construire des habitations pour le compte de ses ouvriers. Ces batiments font partie intégrante de la mine, puisqu'ils existent par rapport à l'exploitation minière. Au même titre que les autres installations, ils appartiennent à l'exploitant minier. Quoi qu'il en soit, les différentes installations et constructions, constituent soit des immeubles, soit des meubles. Au titre des immeubles, il ne saurait en aucun cas s'agir des immeubles par destination, l'exploitant n'étant ni propriétaire du terrain, meme lorsque les travaux ne sont pas d'utilité publique, ni propriétaire des gisements incorporés au sol. S'agissant de la propriété du sol, l'entrée en vigueur de la convention minière n'opère pas un transfert de propriété sur les parcelles de terrains, mais plutôt un simple droit de jouissance en faveur de l'exploitant. C'est d'ailleurs ce qui explique l'indemnité d'occupation dont il est tenu envers le propriétaire du sol, ou du détenteur foncier coutumier ou d'occupation[1457]. Pour ce qui est des gisements, nous avons relevé plus haut qu'ils appartiennent à l'Etat en vertu des dispositions du Code minier. L'hypothèse de l'immeuble par destination étant écartée, il s'agit certainement des immeubles par nature qui ont le sol pour assise.

37. En dehors des immeubles, on dénombre aussi dans cette large assiette d'installations et de constructions, des biens meubles. Il s'agit des biens meubles par nature, c'est-à-dire des biens corporels susceptibles de se déplacer ou d'être déplacés, à l'instar les voitures, des machines, utilisées dans le transport des substances et du matériel destiné à l'exploitation. Bref, tous les objets mobiliers, en vue de l'exploitation. En somme, les installations, constructions et industries constituent des biens mobiliers et immobiliers. La conséquence de cette catégorisation, est que l'exploitant dispose d'un droit de suite et de préférence au sens du droit commun. Ces biens peuvent également faire l'objet d'une saisie. Dans le silence du Code minier, les règles prévues par l'acte Uniforme portant sur les voies d'exécution et des

---

[1454] Nancy 27 juin 1868, S. 69-2-7

[1455] CE, avis du 11 novembre 1885, Ann.Mines , 1885-315

[1456] CE, 6 décembre 1912, Cie des Houlières d'Alun, R 1167

[1457] Les droits fonciers coutumiers sont ceux reconnus aux collectivités coutumières ou de leurs membres qui au 05 aout 1974 occupent ou exploitent paisiblement les dépendances de la première catégorie prévue à l'article 15 de l'ordonnance n°74-1 du 6 juillet 1974 fixant régime foncier.

procédures de distribution du traité OHADA[1458] seront applicables. Mais quelle est la dimension temporelle du droit de l'exploitant de mines sur les dépendances ?

B- La propriété des installations à la cessation des droits miniers

38. Il ne fait l'ombre d'aucun doute que l'exploitant est propriétaire des dépendances pendant le temps d'exploitation. Faisons remarquer que les droits miniers d'exploitation n'étant pas accordés par l'Etat propriétaire des gisements à perpétuité, le titulaire de droits miniers d'exploitation exerce les droits attachés à son permis et jouit de tous les biens situés dans le périmètre pendant le temps d'exploitation contenu dans le titre d'exploitation. Cette propriété s'étend-elle cependant à la cessation des droits miniers ? En d'autres termes, à la fin de l'exploitation minière[1459], les diverses installations et industries rentrent-elles dans le domaine public de l'Etat?

39. Cette question trouve tout son intérêt dans la mesure où certaines législations étrangères avaient déjà adoptées des dispositions attribuant la propriété des installations à l'Etat, à l'expiration du titre minier. C'est le cas par exemple de la législation minière applicable dans l'ex Zaïre. En effet, sous l'empire de l'ordonnance-loi n° 81-013 du 02 avril 1981 sur la législation générale sur les mines et les hydrocarbures, à l'expiration normale d'un permis d'exploitation, sans renouvellement ou transformation, en cas d'annulation ou de renonciation, les terrains concernés sont libérés de tous droits en résultants. L'Etat ne s'arrogeait pas le droit de se subroger ou de racheter, s'il le désirait, les installations et infrastructures minières et autres industries qui s'y rattachent[1460]. Par contre, à l'expiration normale d'une concession ou en cas de renonciation par le titulaire de ses droits au cours de la première période de validité, les terrains concernés étaient, comme en cas à l'expiration normale d'un permis d'exploitation, sans renouvellement ou transformation, en cas d'annulation ou de renonciation, libérés de tous droits en résultant.

40. Cependant, l'Etat se subrogeait de plein droit aux meubles et immeubles réels et autres du titulaire, relatifs notamment aux bâtiments, ouvrages, machines, appareils et engins de toute nature servant directement ou indirectement à l'extraction et à la préparation mécanique, chimique ou autre des minerais. L'Etat pouvait également, s'il le désirait, racheter au concessionnaire, suivant les règles et les usages commerciaux en vigueur en Ex-Zaïre, tout ou partie des autres biens ce celui-ci, tels que les installations industrielles, les constructions et aménagements immobiliers[1461]. Cependant, la Colonie recevait, contre paiement, les approvisionnements en pièces de rechange et matériels suffisant pour assurer la continuation de l'exploitation parce qu'il s'agissait des propriétés mobilières de l'exploitant. A ce sujet, il ressort du rapport du Conseil colonial sur le décret du 24 septembre 1937 que: « *Ce que la Colonie a le droit de revendiquer à titre gratuit outre les installations servant à*

[1458] Organisation pour L'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

[1459] L'exploitation minière peut prendre fin de plusiseurs manières. De manière normale, c'est-à-dire à l'expiration du titre minier. Elle peut aussi cesser parce que l'adminstration en a décidé ainsi. C'est le cas par exemple du retrait, de l'annulation du titre minier. Aussi, le titulaire du titre d'exploitation peut décider de mettre terme à l'activité avant l'expiration du délai prévu par le titre minier, on parlera dans ce cas de la renonciation du titre minier.

[1460]- Article 28 littera a de l'ordonnance-loi n° 81-013 du 02 avril 1981

[1461]- Il faudra encore rappeler que sous le décret du 24 septembre 1937 sur les mines au congo-belge et au Ruanda-Urundi, La reprise par l'Etat du terrain concédé et des droits meubles et immeubles qui y sont attachés à l'expiration du permis d'exploitation ou de la concession se faisait gratuitement. L'Etat colonial entrait gratuitement en possession des installations servant directement ou indirectement à l'extraction et à la préparation mécanique, métallurgique ou chimique des minerais ainsi que des usines de broyage, de concentration ou de toute autre transformation des minerais dans la mesure où ces usines sont nécessaires pour rendre les produits vendables ORBAN (P), Droit minier du Congo-belge, Bruxelles, Bruylant, 1938, p. 94

l'extraction, ce sont les ateliers et chantiers de préparation mécanique destinés à l'enrichissement et qui lui permettront de vendre les produits ou bien sur place ou à l'exportation. Si une usine de traitement métallurgique se rencontrait à proximité d'une mine de ce genre devenue la propriété de la Colonie, celle-ci y trouverait un débouché pour ses minerais enrichis. Elle pourra d'ailleurs se rendre propriétaire d'une usine de traitement métallurgique, mais à titre onéreux (…). *L'exploitation du gisement qui est entré en la possession de la Colonie doit pouvoir se poursuivre sans interruption et, pour cela, les installations d'extraction et d'enrichissement seules ne suffisent pas; il faut encore qu'elle puisse utiliser des approvisionnements, des pièces de rechange et autre matériel qui constituent le fonds de roulement de toute entreprise minière, mais ce fonds de roulement est une propriété mobilière de l'exploitant; la Colonie en pourra exiger la cession, mais en indemnisant l'exploitant à dire d'expert* ». Cette décision se justifie dans la mesure où à cette époque, l'exploitation des substances minérales par les puissances coloniales était régie par le fameux principe dit du « droit du pillage des ressources minérales »[1462]. Actuellement, l'Etat Congolais ne s'est pas arrogé, comme dans le passé, le droit aux installations minières, et autres actifs immobiliers se trouvant dans le périmètre. Ces biens appartiennent à l'exploitant minier.

41. En France, sous l'empire de la loi de 1919, le retour de la mine à l'Etat enfin de concession, avait nécessité l'institution d'un système complexe destiné à éviter les abus et à préparer la reprise future de l'exploitation par un organisme public. Ce retour concernait outre, la mine elle-même, les dépendances, c'est-à-dire les terrains, les batiments et l'ensemble des machines servant à l'exploitation. Il portait également sur les installations et le matériel servant aux opérations commerciales et industrielles consécutives et accessoires à celle-ci[1463]. L'Etat pouvait également racheter les matières extraites, les objets mobiliers et les autres installations immobilières. Avec la réforme de 1955, les mines des substances autre que les hydrocarbures ont cessé de revenir périodiquement à la collectivité .Cependant pour toutes les substances, le système de retour automatique et direct a été écarté en cas de déchéance du concessionnaire.

42. Au Cameroun, à l'image du flou juridique qui persiste dans la résolution des problèmes miniers, le législateur a gardé le silence sur le sort des installations à la cessation des droits miniers. Cette question sera donc réglée à la lumière du droit commun. Il convient de distinguer pour cela le cas où les travaux d'exploitation ont été déclarés d'utilité publique ou non. Dans la première hypothèse, les parcelles de terrains étant immatriculées au nom de l'Etat[1464], à la fin de l'exploitation minière, il est de bon droit que les installations reviennent à ce dernier, par voie d'accession par incorporation. En effet, selon l'article 551 du Code civil, « *tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire…* ». Il s'agit d'une incorporation artificielle de nature immobilière, car constituée de constructions.

43. En droit commun, l'accession artificielle à un immeuble peut consister en une construction ou dans une plantation. L'ouvrage exécuté appartient dans tous les cas, au propriétaire du sol dont la force d'absorption est sans limites : *superficies solo cédit*, c'est-à-

---

[1462]-Lire à cet effet, Rosenberg (D), Le principe de souveraineté des Etats sur leurs ressources naturelles LGDJ Paris 1983.

[1463] Russo, op.cit., p. 161.

[1464] Lorsque les travaux sont déclarés d'utilité publique, le ministre des domaines fait procéder à l'immatriculation des parcelles de terrains au nom de l'Etat, et à la signature des arrêtés autorisant la conclusion des baux emphytéotiques conformément à la législation et à la réglementation en vigueur, article 68 du Code minier. Il faut cependant observer que selon l'article 66 du Code minier alinéa 2, l'arrêté déclarant les travaux d'exploitation d'utilité publique ne confère pas un caractère de service public à l'activité minière.

dire que la construction accède au sol. En France, la jurisprudence écarte l'application du texte s'il n'y a eu que de simples travaux de constructions existantes[1465], serait-ce sur la forme d'une surélévation[1466]. Lorsque les constructions ou plantations ont été faites par le propriétaire du sol avec des matériaux ou des plantes appartenant à autrui, le droit du propriétaire des matériaux ou des plantes s'éteint parce que ceux-ci ont perdu leur individualité et se trouvent incorporés au sol. Le propriétaire du sol acquiert la propriété des constructions même s'il est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a su qu'il utilisait les matériaux appartenant à autrui. Le propriétaire des matériaux n'est donc pas autorisé de les enlever[1467]. Il ne pourra même pas revendiquer ultérieurement les matériaux si la construction était démolie pour telle ou telle cause, car son droit éteint ne ressuscite pas[1468]. Mais le constructeur doit lui en payer la valeur estimée à la date du paiement ; il peut en outre, être condamné, s'il y a lieu, à des dommages-intérêts.

44. Cependant, lorsque les constructions ont été érigées sur le terrain d'autrui, et c'est le cas qui nous intéresse ici, l'article 555 du Code civil distingue selon que le constructeur est ou n'est pas de mauvaise foi. S'il est de mauvaise foi, le propriétaire du sol bénéficie d'une option : exiger la démolition ou invoquer l'accession moyennant une indemnité. Ainsi, le propriétaire peut contraindre le constructeur à enlever à ses frais les constructions[1469] ; il en est de même lorsque le propriétaire ne subit qu'un préjudice léger et parfaitement réparable au moyen d'une indemnité[1470]. Le constructeur peut même être condamné à des dommages-intérêts, s'il y a lieu en réparation du préjudice subi par le propriétaire du fonds[1471]. Mais le propriétaire du sol peut aussi décider de conserver les constructions, spécialement si les réalisations du tiers sont utiles, alors il lui devra une indemnité. Si le constructeur est de bonne foi, le propriétaire ne peut exiger la suppression des constructions. Il doit les conserver moyennant une indemnité. Sur la question de savoir si le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi, le Code civil[1472], apporte des éclaircissements. En effet, doit être présumé de bonne foi[1473], le possesseur qui n'a pas été condamné à la restitution des fruits, c'est-à-dire celui qui possède le sol sur lequel il a fait des constructions et des plantations, en croyant en être propriétaire, et dont la croyance erronée s'appuie sur un titre qu'à tort il a cru efficace. Est généralement de mauvaise foi, l'auteur des constructions faites sur un terrain qu'il savait appartenir à autrui[1474].

En ce qui concerne l'exploitant de mines, il savait qu'il n'était pas propriétaire des parcelles de terrains, objet de l'exploitation, et que ces derniers appartiennent à l'Etat. Nous l'avons dit, lorsque les travaux sont déclarés d'utilité publique, le Ministre chargé des domaines fait procéder à l'immatriculation des parcelles concernées au nom de l'Etat. Seulement, l'exploitant a érigé des constructions immobilières en vertu d'un acte administratif, en l'occurrence le titre d'exploitation. Ces constructions immobilières rentrent donc dans le cadre des travaux d'exploitation. Pour cette raison, l'exploitant peut-être considéré de bonne foi, et recevoir une indemnité dont le montant correspondra aux dépenses de construction, soit

---

[1465] CiVil 28 mars 1939, D.C 1942, 119, note F.G.
[1466] Civil Ière 18 juin 1970, D. 1970, 561, note A.B. ; JCP 1972, II 17165, note H. T. Huillier.
[1467] Article 554 du Code civil.
[1468] Terré (F), Simler (P), op.cit., p. 216.
[1469] Article 555 alinéa 2 du Code civil.
[1470] Civ. 13 janvier 1965, Gaz. Pal. 1965, 1965, 1, 236.
[1471] Article 555 alinéa 2 du Code civil.
[1472] Article 555 alinéa 4 du Code civil.
[1473] Selon l'article 2268 du Code civil, la bonne foi se présume.
[14741474] Civ., 1ère ch.civ. 1er juillet 1965, D. 1965, 650.

d'après la plus-value résultant des travaux, l'évaluation de cette plus value étant opérée au jour de sa dépossession.

45. Cependant il peut arriver qu'un contrat ait des incidences entre le propriétaire et l'auteur des constructions. Il se peut d'abord que les constructions soient accomplies en exécution d'un contrat conclu avec le propriétaire, ou à tout le moins qu'une convention conclue entre les intéressés règle le sort des constructions. C'est le cas d'une clause insérée dans la convention minière conclue entre l'Etat et l'exploitant de mines. En pareil cas, il y a lieu d'appliquer la convention car l'article 555 n'est pas d'ordre public[1475]. En France, la jurisprudence écarte l'article 555 lorsque les travaux ont été faits par un mandataire ou un gérant d'affaires ; les rapports entre le constructeur et le propriétaire du sol sont régis par les principes du mandat ou de la gestion d'affaires[1476] ; spécialement le maitre ne sera tenu que dans la mesure de l'utilité finale de la gestion, en d'autres termes jusqu'à concurrence de la plus-value donnée à l'immeuble. Les choses sont cependant différentes lorsqu'un contrat intervient entre le propriétaire et le constructeur, sans que le contrat ait au moins, de manière immédiate, pour objet l'exécution des constructions, de l'emploi du terme tiers, à l'article 555 du Code civil, l'on a pu être tenté de déduire que, les parties étant alors liées par un contrat, les règles inscrites par ce texte restent applicables. En France, la jurisprudence a adopté une solution contraire, conférant de la sorte à l'article 555 un très grand rayonnement[1477]. Elle a notamment décidé que ses dispositions régissaient les relations entre bailleur et locataire[1478]. Cette extension est cependant limitée. D'abord, il arrive qu'au sujet de certains baux, la loi écarte l'article 555 en substituant le cas échéant d'autres dispositions à celle que contient ce texte. Ainsi n'est-il pas applicable en cas d'emphytéose, bien que l'emphytéote ne soit pas tenu, sauf clause contraire, d'apporter des améliorations à l'immeuble loué, on peut considérer les constructions ou améliorations comme la contrepartie de l'avantage d'un bail dont la durée est assez longue pour permettre au preneur de retirer un profit suffisant de ses travaux. De même, la jurisprudence[1479] n'applique l'article 555 que lorsque le preneur a fait des constructions sans le consentement du propriétaire et en dehors des stipulations de son bail.

46. Les mêmes règles sont-elles applicables lorsque les travaux d'exploitation ne sont pas déclarés d'utilité publique ? Observons que dans cette hypothèse, les constructions ont été érigées sur des parcelles de terrains, n'appartenant ni à l'Etat, ni à l'exploitant de mines, mais aux propriétaires des sols, ou aux détenteurs fonciers coutumiers ou d'occupation. Ce sont ces derniers, en principe qui devraient, par voie d'accession par incorporation, et dans les mêmes conditions que lorsque les travaux sont déclarés d'utilité publique, acquérir la propriété des installations à la fin des travaux d'exploitation, sous réserve de savoir si l'exploitant est de bonne ou de mauvaise foi.

[1475] Civ. 1ère , 11 janvier 1965, D. 1965, somm. 73.
[1476] Civ. 1ère , 27 mai 1963, Bull. civ. I n° 281, p. 239.
[1477] Delmas-Saint-Hilaire (JP), De l'application de l'article 555 du Code civil dans les rapports des personnes qu'unit un lien d'obligation, RTD civ.1959, 411s.
[1478] Req. 15 juillet 1912.DP 1914, 1.28, note F.P.
[1479] Req. 25 octobre 1921, DP 1922, 1, 55.

Conclusion

47. On le voit, difficile est la tache qui consiste à déterminer les différents droits portant sur l'exploitation d'ensemble de la mine, dans un droit minier en friche, à la recherche de ses marques. A l'image du flou juridique général qui persiste dans la résolution des problèmes miniers actuels en droit camerounais, celui des droits de l'exploitant de mines soulève encore beaucoup de zones d'ombres. Pour des raisons de sécurité juridique, n'est-il pas préférable que le législateur définisse expressément le contenu et la nature de ces droits ? Mais en attendant d'y arriver, il importe que la doctrine tire les conséquences de cette situation, sans se laisser arrêter par la crainte du saut dans l'inconnu, à cause de la complexité de la matière droit minier[1480].

[1480] La complexité de cette matière résulte de l'enchevêtrement en son sein, des principes fondamentaux de droit public et les règles de droit privé.

LEGISLATION ET JURISPRUDENCE

Un mauvais bourgeon en droit camerounais du contentieux de l'exécution forcée : *l'autorisation à assigner à bref délai*
(Réflexions à partir de l'ordonnance n° 013/CE du 28 février 2011 rendue par la cour d'appel du Littoral dans l'affaire dame MBENDE Claire c/ Société Africaine d'Assurance et de Réassurance (SAAR)).

Par

Robert ASSONTSA
Docteur/Ph. D en droit privé des universités de Dschang et de Strasbourg
Chargé de Cours à la FSJP de l'Université de Dschang

- Les difficultés générées par l'avènement de la juridiction de l'exécution, entendons la juridiction de l'article 49 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE)[1481] , n'ont de cesse de s'amplifier. On se souvient que quatre mois après la loi qui l'avait institué au Cameroun[1482], le législateur est revenu sur sa copie sans malheureusement l'expurger de tous les vices qui l'entachaient[1483 REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT] . Dans un premier temps, la doctrine avait soutenu que la compétence régie par l'article 49 ne pouvait être confiée à plusieurs juridictions[1484 REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT] . Une autre, plus autorisée, avait par la suite avancé que c'était oublier les subtilités de la langue française que de penser que l'emploi d'un article défini singulier excluait le pluriel. Pour elle, ***« la** juridiction compétente »* utilisée par l'article 49 est un singulier générique qui admet une diversité en son sein. Cette affirmation, selon la même doctrine, faisait et fait encore corps avec l'idée que l'OHADA n'a pas entendu s'ingérer dans l'organisation juridictionnelle des États membres[1485 REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT] .

- Aujourd'hui comme hier, que ce soit au regard de loi de 2006 comme de celle de 2007, la doctrine est unanime pour admettre que les dispositions de ces deux lois camerounaises violent sentencieusement la législation communautaire OHADA en ceci qu'elles permettent aux présidents des cours d'intervenir pour la première fois en contentieux de l'exécution forcée[1486 REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT] . C'est le principe du double degré de juridiction qui est ainsi écarté sans autre forme de procès.

1481 Il dispose que *« La juridiction compétente pour statuer sur tout litige ou toute demande relative à une mesure d'exécution forcée ou à une saisie conservatoire est le président de la juridiction statuant en matière d'urgence ou le magistrat délégué par lui »*.

1482 La loi n° 2006/015 du 29 déc. 2006 portant organisation judiciaire, Juridis Périodique n° 68, oct.-nov.-déc. 2006, p. 34 et s.

1483 Lire la loi n° 2007/001 du 19 avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécution et fixant les conditions de l'exécution au Cameroun des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que les sentences arbitrales étrangères, Juridis Périodique n° 70, avril-mai-juin 2007, p. 30 et s.

1484 V. H. TCHANTCHOU, « Le contentieux de l'exécution et des saisies dans le nouveau droit OHADA (article 49 AUPSRVE) », Juridis Périodique n° 46, avril-mai-juin 2004, p. 102.

1485 Pour l'ens., lire F. ANOUKAHA, « La réforme de l'organisation judiciaire au Cameroun », Juridis Périodique n° 68, oct.-nov.-déc. 2006, p. 54.

1486 V. F. ANOUKAHA, « La réforme de l'organisation judiciaire au Cameroun », *idem* ; du même auteur, « Le juge du contentieux de l'exécution des titres exécutoires : le législateur camerounais persiste et signe… l'erreur », Juridis périodique n° 70, avril-mai-juin 2007, p. 35 ; J. FOMETEU, « Le juge de

- Aux incompréhensions susmentionnées, il faut ajouter que la loi de 2007 est venue accentuer la difficulté de dénomination du juge de l'article 49 de l'AUPSRVE. Bien avant, la doctrine, consciente de ce qu'une appellation hasardeuse pouvait déboucher sur un autre tissu d'inconséquences et d'incohérences, était plutôt prudente. Tantôt, elle parlait du juge de l'article 49[1487] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT ou du juge de l'exécution[1488] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT , tantôt elle le désignait comme juge des saisies[1489] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . De manière décisive et contre tous les pronostics, la loi de 2007 a choisi l'appellation du juge du contentieux de l'exécution (JCE). Une telle appellation n'est pas conforme à la réalité. D'une part, elle donne à penser que le juge de l'article 49 a pour seule compétence de régler le contentieux né des saisies. On en oublie malheureusement que certaines procédures de saisies peuvent être conduites jusqu'à leur terme sans contestations. D'autre part, la formulation générale de l'article 49 donne au juge qu'il indique compétence pour connaître des demandes qui ne sont pas toujours des litiges. Pour une fois où le législateur camerounais a voulu faire la différence, il s'est plutôt enfoncé. Il aurait été inspiré de maintenir l'expression française de *« juge de l'exécution »*, l'exécution étant, en la matière, le dénominateur commun qui se rattache autant aux litiges qu'aux demandes nées au cours de la saisie ou s'y référant.

- Dans tous les cas, lorsque le débiteur ou toute personne ayant intérêt à la procédure de saisie ambitionne de soulever des contestations, la question se pose de savoir par quel acte ou plus généralement, par quelle procédure il doit saisir la juridiction compétente ? La réponse à cette question supposait et suppose encore que le juge de l'article 49 fût clairement identifié. Au petit matin de la réforme des voies d'exécution et des années plus tard, des auteurs l'assimilaient au juge des référés[1490] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Un tel choix avait déterminé certaines juridictions camerounaises à conclure que celui-ci devait logiquement emprunter à la procédure des référés pour statuer chaque fois qu'il était saisi. Et dans le cadre du référé, elles ont opté plus radicalement pour le référé extraordinaire sans en donner les motivations. En d'autres mots, la saisine du JCE devrait passer par les actes usités devant cette juridiction. Une

---

l'exécution au pluriel ou la parturition au Cameroun de l'article 49 de l'acte uniforme portant voies d'exécution », Juridis Périodique n° 70, avril-mai-juin 2007, p. 106.

1487 H.-D. MODI KOKO BEBEY, « L'identification de la juridiction compétente de l'article 49 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », ohadata D.-04-35 ; M. ADJAKA, « L'identification de la juridiction compétente prévue à l'article 49 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE) », ohadata D-08-47.

1488 A. ZINZIDOHOUE, « Les juges nationaux et la loi aux prises avec le droit harmonisé », RDAI n° 2, 2000, p. 236.

1489 V. H. TCHANTCHOU, « Le contentieux de l'exécution et des saisies dans le nouveau droit OHADA (article 49 AUPSRVE) », article préc.

1490 F. ANOUKAHA et A. D. TJOUEN, Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution, Coll. Droit Uniforme, P.U.A., Yaoundé, 1999, p. 26 ; J. M. KEGNI, « L'évolution des procédures civiles d'exécution camerounais : de la saisie-arrêt à la saisie-attribution des créances », mémoire de maîtrise, Université de Dschang, 1998, p. 64 et s. ; D. DICKY NDOUMBE, « la saisie attribution des créances dans le cadre de l'OHADA », mémoire ENAM, juill. 1999, p. 45 ; P.-G. POUGOUE et F. TEPPI KOLOKO, La saisie-attribution des créances en OHADA, Coll. Vade-mecum, PUA, Yaoundé, 2005, p. 74.

autre tendance minoritaire assimilait le juge de l'article 49 à un juge spécial[1491] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT.

- Le législateur camerounais de 2007 s'est décidément aligné derrière ce dernier courant : le juge de l'article 49 est un juge spécial. On se serait attendu au lendemain d'une telle prise de position que certaines juridictions camerounaises, spécialement celles du Littoral, changèrent de fusil d'épaule pour adopter, en conformité au juge spécial, une procédure spéciale. On attendra longtemps. Jusqu'en 2010, les juges du TPI de Douala-Bonanjo persistent à penser que le JCE doit être saisi par requête aux fins d'être autorisé à assigner à bref délai, procédure qui est celle du référé extraordinaire par opposition au référé ordinaire qui a lieu par voie d'assignation.

- Dans la pratique, l'autorisation à assigner à bref délai est obtenue à la suite d'une requête adressée au juge des requêtes. Au pied de cette requête est préparé un projet d'ordonnance qu'il suffit au juge de signer lorsqu'il en convient avec le requérant ou de rejeter dans le cas contraire. À lire attentivement les dispositions de l'AUPSRVE, l'exigence d'une telle procédure n'apparaît nulle part. Qu'est-ce qui a donc pu justifier cette incursion de l'autorisation à assigner à bref délai en droit camerounais du contentieux de l'exécution forcée ? En droit camerounais de la procédure civile, il est permis de recourir à l'assignation à bref délai dans deux hypothèses.

  La première hypothèse concerne les affaires maritimes où il existe des parties non domiciliées, celles où il s'agit d'agrès, victuailles, équipages et radoubs de vaisseaux prêts à lever l'ancre, et autres matières urgentes et provisoires[1492] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT .

  En second lieu, l'article 14 *in fine* du CPCC dispose, en marge du délai de comparution, y compris les délais de distance, que dans tous les cas qui requerront la célérité, le président pourra, par ordonnance rendue sur requête, permettre d'assigner à bref délai. Ces dispositions générales sur l'ajournement sont utilement complétées par les articles 183 et 184 du même code régissant le référé[1493] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT .

- C'est probablement sur la base des dispositions suscitées que les tribunaux camerounais ont trouvé à recommander, non c'est bien au-delà, à imposer l'assignation à bref délai aux justiciables de l'exécution forcée. Et on nous dira à nouveau que le législateur OHADA n'a pas voulu s'ingérer dans l'organisation judiciaire des États parties et que ceux-ci peuvent organiser leur procédure comme bon leur semble. L'affirmation est forte et lourde de conséquences. Pour n'avoir pas choisi de désigner le juge compétent, le législateur régional a du même coup, on ne saurait en douter, refusé de définir les

---

1491 H.-D. MODI KOKO BEBEY, « L'identification de la juridiction compétente de l'article 49 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution », préc. ; H. TCHANTCHOU, « Le contentieux de l'exécution et des saisies dans le nouveau droit OHADA (article 49 AUPSRVE) », article préc.

1492 Cf. Art. 10 du CPCC.

1493 L'article 183 dispose que *« la demande sera portée à une audience tenue à cet effet par le Président du Tribunal de Première Instance ou par le Juge de paix à compétence étendue, ou par le juge qui le remplace, aux jour et heure indiqués par le tribunal »*. L'article 184 quant à lui énonce que *« si néanmoins le cas requiert célérité, le Président ou celui qui le représentera, pourra permettre d'assigner, soit à l'audience, soit à son hôtel, à l'heure indiquée, même les jours de fête, et, dans ce cas, l'assignation ne pourra être donnée qu'en vertu de l'ordonnance du Juge qui commettra un Huissier ou un agent d'exécution à cet effet »*.

modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'application directe du droit communautaire[1494] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Cette vérité pourtant évidente ne se vérifie malheureusement pas lorsqu'on procède à une lecture cursive de l'AUPSRVE. Dans le cadre de chaque saisie en effet, on y reviendra, le législateur OHADA a au moins indiqué par quel acte le juge des voies d'exécution pouvait éventuellement être saisi. Une telle précision est-elle indicative ou limitative ? Cette question est d'un intérêt tout particulier en ceci qu'elle relance la problématique plus générale de l'autonomie procédurale des États membres. Au-delà, la difficulté majeure se situe finalement sur le point de savoir à quel moment le JCE est saisi lorsqu'il est procédé par assignation à bref délai. Pour répondre à cette question, il est impératif de remonter les origines de la germination de l'assignation à bref délai dans le contentieux camerounais de l'exécution forcée (I), ce qui permettra d'envisager sa portée sur la procédure contentieuse (II).

I. L'origine de l'autorisation à assigner à bref délai en droit camerounais du contentieux de l'exécution forcée

- L'origine absolument prétorienne de l'assignation à bref délai dans le contentieux camerounais de l'exécution forcée (A) rend assurément compte de ce qu'il s'agit d'une exigence procédurale illégale, Car, à la réalité, elle ne ressort d'aucun texte régissant la matière (B).

A. Une origine prétorienne

- C'est devant les tribunaux du ressort de la cour d'appel du Littoral que l'exigence de l'assignation à bref délai fût posée pour la première fois[1495] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Convaincus de ce que le juge de l'article 49 était le juge des référés, les juges du TPI de Douala-Bonanjo, sous la présidence de M. Moukoury, avaient estimé que seules les règles de la procédure des référés pouvaient s'appliquer devant lui. Pour tenir compte de la célérité des affaires, chère au législateur de l'OHADA, ils ont imposé les règles du référé extraordinaire. Ce qui est, comme on va le voir, contradictoire. Les présidences de M. Ndoumbe Eteki, puis de M. Nkeng ont permis de s'apercevoir que le juge de l'article 49 n'était pas le juge des référés. Paradoxalement, c'est à ce moment que le TPI de Douala-Bonanjo a définitivement instauré l'usage de l'assignation à bref délai. Cette pratique consistant à se faire autoriser par le juge des requêtes à assigner à bref délai devant le juge du contentieux de l'exécution fut critiquée de haute verve par Monsieur Sterling Minou. Il faisait remarquer que *« le temps pour introduire une requête et lever l'ordonnance, aller servir l'assignation et venir la placer est mathématiquement*

1494 Lire en ce sens, B. DIALLO, « L'irrecevabilité des moyens nouveaux mélangés de fait et de droit devant la CCJA », Jurifis Info, déc. 2010, p. 19, Ohadata D-10-65.

1495 Pour toute l'histoire de la question, lire S. MINOU, « La juridiction compétente prévue à l'article 49 de l'Acte uniforme n° 6 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution est-elle le juge des référés au Cameroun ? », Juridis Périodique n° 62, avril-mai-juin 2005, p. 97 et s.

plus long que le temps de rédiger une assignation, la servir et la placer ! »[1496] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT .

Lors de la rédaction de sa thèse de doctorat, un auteur avait trouvé l'occasion d'éprouver cette formule de saisine. En la trouvant d'une part contre-productive, il s'était d'autre part associé à Monsieur Sterling Minou pour dire qu'elle était inutilement consommatrice du temps et d'argent[1497] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Des années sont passées et les critiques ainsi formulées n'ont pas permis aux juges du TPI de Douala-Bonanjo d'infléchir la ligne de leur jurisprudence traditionnelle. Heureusement, en 2011, la cour d'appel du Littoral semble avoir implicitement refusé de prêter le flanc à une telle manière de procéder. L'ordonnance n° 013/CE qu'elle a rendue le 28 février 2011 dans l'affaire dame MBENDE Claire contre Société Africaine d'Assurance et de Réassurance (SAAR) permet de rendre compte de sa prise de position.

- Munie du jugement n° 168/COR rendu le 13 novembre 2002 par le TPI de Yabassi, jugement contesté par le ministère public, mais donc l'appel a été déclaré irrecevable par arrêt n° 510/P du 10 juin 2004, dame MBENDE fit signifier les grosses des susdites décisions à la SAAR, de même qu'elle fit pratiquer les 03 et 04 juillet 2006 une saisie sur ses comptes. La SAAR laissa entendre qu'elle avait fait opposition contre ledit jugement *(l'arrêt ne nous dit pas ce qui était advenu de l'opposition. Mais, il nous apprend tout de même que l'arrêt n° 510/P était devenu définitif, qu'un certificat de non pourvoi fut délivré à dame MBENDE et qu'elle obtint la grosse du jugement n° 168/COR)* et que par ordonnance n° 178 du 29 mars 2007, le juge avait ordonné la discontinuation des poursuites engagées par saisie-attribution pratiquée les 03 et 04 juillet 2006, jusqu'à l'issue des procédures existant au pénal entre les parties. Seulement, l'appel exercé par dame MBENDE contre la susdite ordonnance fut déclaré irrecevable comme tardif. C'est ainsi que le 13 mars 2009, elle donna mainlevée de la première saisie, pratiqua une autre et la dénonça à la SAAR le même jour. Cette dernière l'invita à nouveau devant le JCE de Douala-Bonanjo pour s'entendre dire que la saisie ainsi pratiquée était abusive. Le 19 mai 2009, le JCE du TPI de Douala-Bonanjo prit l'ordonnance n° 89 par laquelle il fit des constatations tant en la forme qu'au fond.

- En la forme, il constata que la pratique en cours au tribunal de céans, en matière de contentieux de l'exécution, soumet toute assignation en contestation d'une saisie au préalable d'une autorisation à assigner à bref délai par voie d'ordonnance sur requête ; constata que selon cette pratique, la date de l'audience est fixée par le juge des requêtes dans l'ordonnance autorisant à assigner à bref délai ; constata qu'en l'espèce la SAAR avait déposé sa requête aux fins d'être autorisée à assigner dame MBENDE Claire en contentieux de la saisie querellée le 08 avril 2009, que l'ordonnance autorisant à assigner a fixé la date d'audience au 16 des mêmes mois et an, et qu'en dates des 09 et 13 avril 2009, soit dans les délais fixés par l'article 170 de l'AUPSRVE, elle a porté sa contestation à la connaissance de dame MBENDE en lui servant l'assignation ; dit au regard de ce qui précède que la demanderesse a agi dans les délais, et que ***la fixation de***

[1496] Lire S. MINOU, « La juridiction compétente prévue à l'article 49 de l'Acte uniforme n° 6 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution est-elle le juge des référés au Cameroun ? », *ibidem*, p. 101.

[1497] R. ASSONTSA, Le juge et les voies d'exécution depuis la réforme de l'OHADA, thèse de doctorat, Strasbourg, 2009, p. 298.

la date d'audience ne lui incombant pas, elle ne saurait en répondre. Pour toutes ces raisons, le juge rejeta comme non fondée la fin de non recevoir soulevée par la défenderesse et tirée de la violation de l'article 170 alinéa 1er susvisé et en conséquence, reçut la SAAR en son action.

- Au fond, il rejeta comme non fondée l'argument de la demanderesse selon lequel mainlevée de la saisie des 03 et 04 juillet 2006 ayant été donnée, cette saisie est devenue caduque. Il est important de souligner pour ne pas y revenir que dame MBENDE, bien inspirée, avait eu la sagesse, sachant que la première saisie était irrégulière sans doute pour être intervenue avant l'issue de l'instance pénale *(l'arrêt ne nous dit pas ce qui en a été de cette instance)*, d'en donner mainlevée et de pratiquer une nouvelle sur le fondement du jugement devenu réellement définitif. Non convaincu, le juge constata dès lors que la saisie querellée n'aurait pas dû être pratiquée, le recours sus-évoqué n'ayant pas encore connu son issue ; dit en conséquence qu'elle est abusive et en donna mainlevée. Dame MBENDE Claire interjeta appel. Au premier juge, elle reprochait d'avoir reçu les contestations élevées par la SAAR contre la saisie-attribution du 13 mars 2009. Qu'en application de l'article 170 alinéa 1er suscité, la SAAR qui avait jusqu'au 13 avril 2009 pour élever des contestations contre la nouvelle saisie, s'est manifestée plutôt le 16 avril 2009, c'est-à-dire au-delà du délai d'un mois. Cet argument convainquit la cour qui infirma l'ordonnance entreprise et statuant à nouveau, déclara irrecevables comme tardives, les contestations élevées par la SAAR contre la saisie-attribution pratiquée le 13 mars 2009.

- Voilà en quelques sortes la genèse de l'autorisation à assigner à bref délai dans la jurisprudence camerounaise. D'apparence simple, l'ordonnance de la cour qui en est l'illustration topique est pétrie de complications dont aucun procédurier ne saurait passer sous silence. Étant donné qu'elle n'est prévue par aucun texte relatif au contentieux de l'exécution forcée, on ne peut que conclure à son illégalité.

B. Une exigence illégale

- L'AUPSRVE a pris le soin d'indiquer pour chaque saisie l'acte de saisine du JCE. En matière de contentieux de la saisie immobilière par exemple, le législateur prévoit à chaque étage de la procédure de saisie l'acte auquel le demandeur doit avoir recours. L'article 298 dispose que toute contestation ou demande incidente relative à une poursuite de saisie immobilière, est formée postérieurement à la signification du commandement, par *simple acte d'avocat* contenant les moyens et conclusions. Aux termes de l'article 269 alinéa 1er, il est dit qu'au plus tard dans les huit jours suivant le dépôt du cahier des charges, le créancier fait sommation au saisi et aux créanciers inscrits de prendre communication du cahier des charges au greffe et d'y insérer *des dires et observations*. Ces dires et observations ont pour objet de contester le contenu du cahier des charges[1498] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Toujours en contentieux de la

[1498] Il existe toutefois des dires d'addition ou complémentaires et les dires de formalité. Les premiers émanent essentiellement du poursuivant et tendent à relever les énonciations complétant la formule-type du cahier des charges adoptée par l'Ordre des avocats pour permettre sa meilleure lecture, informer les confrères sur les conditions particulières de vente propre à l'immeuble saisi. Ils peuvent être utilisés pour rendre compte de la présence des termites sur l'immeuble objet de la saisie, v. Ch. LAPORTE, « Termites et saisie immobilière », Procédures nº 8-9, août-sept. 2000, p. 13 et s. Les seconds, dont l'objet est plus vaste, sont les énonciations complétant ou modifiant les clauses de style de la formule.

saisie immobilière, l'article 289 alinéa 1er énonce que la validité de la surenchère est contestée par *conclusions* déposées et communiquées cinq jours avant l'audience éventuelle sur surenchère. Enfin, l'article 264 prévoit que lorsque la valeur des immeubles dépasse notablement le montant de la créance, le débiteur peut, par *acte d'avocat à avocat* et ce avant le dépôt du cahier des charges, saisir la juridiction compétente afin d'obtenir qu'il soit sursis aux poursuites.

- En matière de contentieux de la saisie des créances d'aliments, l'article 216 dispose que les contestations relatives à cette procédure sont formées par *déclaration écrite ou verbale* au greffe de la juridiction du domicile du débiteur de la pension. Le législateur semble avoir prescrit le même moyen en ce qui concerne la saisie des rémunérations[1499] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . En matière de contentieux de la saisie-attribution, l'article 170 dispose que les contestations sont portées devant la juridiction compétente, par voie d'*assignation*, dans le délai d'un mois à compter de la dénonciation de la saisie au débiteur. Le non-respect de cette exigence entraîne l'irrecevabilité de la demande. L'huissier est également astreint à l'usage de l'assignation lorsqu'il rencontre des difficultés dans l'exécution du titre exécutoire[1500] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT .

- De l'inventaire ainsi fait, on s'apercevra que l'AUPSRVE n'a pas prescrit l'usage de la requête lorsqu'il s'agit de saisir le JCE pour régler un contentieux. Son usage a été recommandé essentiellement lorsque ce dernier est appelé à régler une demande non contentieuse. Certes, il est difficile de classer les ordonnances sur requête contradictoire qui présentent des allures contentieuses dans le tiroir des matières gracieuses[1501] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT , mais leur nature première est d'être non contentieuse. Sans doute, les tribunaux ont trouvé le lieu d'avoir recours à la requête, mais son usage se justifiait par l'application de la procédure civile classique surtout qu'avant l'avènement de l'OHADA, le CPCC en avait fait le mode traditionnel de saisine en matière de contentieux de la saisie immobilière[1502] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . En droit du contentieux de l'exécution forcée, on a l'impression qu'elle est un mode de saisine qui relève désormais du passé.

  À vouloir forcer, on peut citer les alinéas 3 et 4 de l'article 263 de l'AUPSRVE qui paraissent renvoyer utilement à la requête. Il est dit qu'après la saisie immobilière, le débiteur ne peut faire aucune coupe de bois à peine de dommages-intérêts et qu'en cas de difficultés, il en est référé au président de la juridiction compétente du lieu de situation de l'immeuble qui statue par décision non susceptible d'appel. Dans une telle occurrence, la requête pourrait être plus indiquée puisque le président statuera en urgence pour stopper la dilapidation par le débiteur de son patrimoine. De même, lorsque l'adjudicataire n'a pas exécuté les obligations résultant du cahier des charges et qu'il s'oppose à la délivrance du certificat attestant cette inexécution, la loi permet à la partie la plus diligente de saisir, par requête, le président de la juridiction compétente

---

1499 Lire l'article 181 alinéa 3 de l'AUPSRVE.

1500 Article 48 alinéa 2 de l'AUPSRVE.

1501 Lire à ce sujet, S. PIERRE-MAURICE, « Ordonnance sur requête et matière gracieuse », Préface de Y. STRICKLER, Dalloz, Nouvelle collection des thèses, Paris, 2003, p. 23 ; G. WIEDERKEHR, « L'évolution de la justice gracieuse », *in* Le juge entre deux millénaires, Mél. P. DRAI, Dalloz, Paris, 2000, p. 483 et s.

1502 Articles 407 et 409.

qui statue sans recours[1503] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . La requête facilite ainsi l'accès au juge de l'exécution. On peut comprendre que l'AUPSRVE prescrive son usage lorsqu'il est question d'obtenir le sursis à l'adjudication des immeubles[1504] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . À partir de ces exemples, l'on s'aperçoit que l'utilisation de la requête n'est exigée que lorsqu'il est question d'apurer, en premier et en dernier ressort, des contentieux parasites qui se greffent à la saisie. À la réalité, il ne s'agit même pas des cas de contentieux.

Enfin, en matière de contentieux de la saisie immobilière, l'AUPSRVE prescrit l'utilisation d'un autre acte dont on peut penser qu'il se rapproche de la requête aux fins d'assigner à bref délai. L'article 298 *in fine* énonce que toute contestation ou demande incidente est formée, contre toute personne n'ayant pas constitué d'avocat, par *requête avec assignation*. Il ne nous semble pas qu'il faille confondre ce mode de saisine avec la requête aux fins d'assigner à bref délai. L'expression en elle-même est alambiquée. Si l'on suppose que la requête vient avant l'assignation, on dira qu'elle la précède dans le but d'obtenir l'autorisation pour qu'elle soit mise en œuvre. Cette acception est loin d'être convaincante lorsqu'on revisite la signification de l'adverbe *avec.* Il signifie en compagnie de, en même temps que, à l'aide, grâce à, au moyen de, etc. Quelle est la nature de cette requête qui passerait au moyen, grâce à l'assignation ou serait formulée en même temps qu'elle et vice versa ? L'objectif de la requête avec assignation est introuvable étant donné qu'elle permet d'aboutir au même résultat que lorsqu'on procède par assignation. Au-delà, il n'y a aucune urgence en la matière.

- Finalement, des 338 articles que comporte l'AUPSRVE, aucun n'évoque la requête aux fins d'assigner à bref délai. Au nom de quoi les juges du TPI de Douala-Bonanjo ont-ils pu l'imposer aux justiciables à peine d'irrecevabilité de leur contestation ? En matière de contentieux de la saisie-attribution où les juges se sont prononcés, nous l'avons relevé, l'article 170 de l'AUPSRVE a clairement indiqué que la juridiction contentieuse doit être saisie par voie d'assignation. C'est donc une exigence procédurale illégale que d'imposer aux plaideurs de saisir le JCE par requête aux fins d'assigner à bref délai. Enfin, complémentairement au premier argument, elle nous apparaît comme une formule irréalisable lorsque le justiciable ne prend la résolution de contester la saisie qu'à l'approche de l'expiration du délai[1505] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Au regard des critiques ainsi formulées, lesquelles sont demeurées d'une actualité inébranlable, on pouvait raisonnablement penser que la technique de l'autorisation à assigner à bref délai dans le contentieux de l'exécution forcée avait définitivement disparu devant les tribunaux du Littoral. Elle réapparaît regrettablement avec le même poison qu'elle constitue pour la sécurité des affaires. À la limite, on se demandera si sécurité des affaires et célérité des procédures sont partout la même chose. Rien de très sûr d'autant qu'avec l'assignation à bref délai, c'est l'effet inverse qui est produit.

- S'agissant d'une exigence illégale qui tend à se généraliser, les justiciables ont-ils la possibilité de se dérober de son utilisation ? Par principe, la réponse affirmative devrait pouvoir prévaloir. Il appartient en réalité au justiciable de juger de l'urgence de son

---

1503 Artcle 316 de l'AUPSRVE.

1504 Article 281, alinéa 1er.

1505 R. ASSONTSA, Le juge et les voies d'exécution depuis la réforme de l'OHADA, thèse préc., p. 298, spéc. no 361.

affaire puisqu'il y va de son intérêt. Si malgré l'extrême urgence avérée, le demandeur souhaite que son affaire soit jugée comme en matière de référé ordinaire, revient-il au juge de lui commander la démarche contraire, cela alors qu'aucun texte ne le prévoit ? Tout légaliste devrait répondre par la négative. Mais les JCE sont enclins à prononcer l'irrecevabilité lorsqu'ils ne sont pas saisis par voie d'assignation à bref délai. Ce qui oblige les parties à y avoir recours. La partie adverse peut-elle en pareil cas arguer de la saisine irrégulière du juge ? Ne satisfait pas au vœu de la loi, et donc sa demande encourt irrecevabilité, celui qui saisit le juge par un acte ou une procédure autre que celle qui est normalement exigée. En matière de contentieux de l'exécution forcée, les justiciables camerounais n'ont pas fait preuve d'audace pour œuvrer à la restauration de la légalité. Le droit comparé est à cet égard instructif. La Cour de cassation a eu à conclure à l'irrecevabilité motif pris de ce que le demandeur, au lieu de s'adresser au secrétariat de la juridiction pour qu'il convoque ensuite les parties défenderesses, s'était adressé directement aux défenderesses et ensuite à la juridiction. Pour être plus claire, la doctrine pense que dans une telle occurrence, il y a plus qu'une saisine irrégulière : il y a inexistence de l'acte de saisine, voire absence de saisine de la juridiction[1506] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . C'est une chose pareille que de saisir par requête à assigner à bref délai dans un cas où il est demandé de procéder directement par assignation. Les conséquences d'une telle substitution sont pourtant sans commune mesure avec les avantages recherchés.

II. La portée de l'autorisation à assigner à bref délai sur la saisine du juge du contentieux de l'exécution forcée

- La portée du bourgeon est mesurable à travers son influence sur le moment de saisine du juge du contentieux de l'exécution. La question est simple : à quel moment le JCE est saisi lorsqu'il est procédé par la requête aux fins d'assigner à bref délai. Est-ce au moment où cette requête est adressée au juge des requêtes ou à la date à laquelle l'autorisation faisant suite à la requête est mise en œuvre ? Et si l'on veut ratisser large, on pourrait également se demander si la mise en œuvre correspond à la remise de l'assignation au greffe ou au placement de celle-ci par les greffiers. Dans l'ordonnance de la cour d'appel du Littoral justement, la SAAR laissait entendre qu'elle avait déposé la requête aux fins d'être autorisée à assigner à bref délai le 08 avril 2009 et que l'ordonnance l'y autorisant avait fixé la date d'audience le 16 du même mois. Pour répondre à la question annoncée, il faut préalablement avoir à l'esprit la distinction entre le juge classique des requêtes et le JCE dans sa compétence de juge des requêtes, en les supposant, bien que cela soit équivoque, tous deux compétents en la matière[1507] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT .

[1506] V. J. JUNILLON, « La saisine irrégulière d'une juridiction doit être sanctionnée sans qu'il soit nécessaire de justifier d'un grief », Procédures n° 6, juin 2001, comm. 132.

[1507] Lire R. ASSONTSA, obs. sous CA-Littoral, arrêt n° 204/REF du 10 nov. 2010, aff. dames MAKONTSO Hortense, MANDANCK Clémentine et YASSIN Yvette c/ Association pour la Promotion des Initiatives Communautaires Africaines (APICA), RDAO n° 1, p. 83 et s.

A. L'autorisation donnée par le juge classique des requêtes

- Admettre la compétence du juge classique des requêtes est d'emblée équivoque. L'équivoque vient de ce que le spécial devrait l'emporter sur le général. À partir du moment où le JCE peut statuer comme juge des requêtes, aucune raison n'autorise guère qu'en matière du contentieux des voies d'exécution, le juge classique des requêtes se déclarât encore compétent lorsqu'il est saisi, sauf à nous dire qu'en la matière, il existerait des compétences concurrentes ou optionnelles. Or, il est clair que les compétences optionnelles ne sont pas du domaine des certitudes. Qui plus est, tel n'est pas la solution qui semble s'imposer au regard des spécificités de l'OHADA. Dans le contentieux des procédures civiles d'exécution effectivement, les tribunaux du ressort de la cour d'appel du Littoral livrent depuis quelques années un mélange inacceptable de compétences : le juge classique des requêtes prend une ordonnance de saisie conservatoire que rétracte le JCE[1508] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Pourtant, on sait depuis toujours que la juridiction de contestation des ordonnances sur requêtes est la juridiction des référés[1509] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Ayant en amont autorisé une saisie conservatoire, il devrait pouvoir être admis que le JCE soit également compétent en aval pour connaître de sa rétractation. Tel n'est cependant pas l'avis de la CCJA qui, par un curieux arrêt, a décidé en mars 2012 que le JCE n'est pas compétent pour connaître de la rétractation d'une ordonnance sur requête autorisant la saisie conservatoire[1510] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT .

- Si l'on admet, puisque c'est souvent le cas, que le juge classique des requêtes peut autoriser à assigner à bref délai devant le JCE, cela ne change rien. Il ne s'agit ni plus ni moins que d'une source de complication supplémentaire, car il faudra absolument saisir le JCE avant la date d'expiration du délai butoir. Dans le cas contraire, il déclarera l'assignation irrecevable comme intervenue tardivement. C'est probablement ce qui a déterminé la cour à statuer dans le sens qui a été le sien. L'article 170 alinéa 1er de l'AUPSRVE, dit la cour, ne prévoit aucune exception à la règle qu'il pose. L'assignation doit être placée devant la juridiction compétente avant l'expiration du délai. Par cette position conforme à la loi, la cour ne fait que récidiver[1511] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . En 2009, elle avait déjà choisi cette direction. Étant donné que la saisine du juge classique des requêtes n'est qu'une pure formalité préalable, il est sage de ne pas attendre le dernier jour pour accomplir la formalité de saisine du JCE.

- La première audience peut-elle alors avoir lieu après l'expiration du délai de saisine du JCE ? L'ordonnance nº 013/CE de la cour semble répondre à cette question par la négative. Il s'agit là d'une solution d'une rigueur excessive que d'ailleurs rien ne justifie. À l'aune de cette solution, il n'est plus question de supputer sur le point de savoir si le

---

1508 Lire R. ASSONTSA, obs. sous CA-Littoral, arrêt nº 043/REF du 19 janvier 2009, affaire Dame LODJIO Martine c/ Société Le Chausseur Sarl, Juridis Périodique nº 84, oct.-nov.-déc. 2010, p. 114 et s.

1509 CA-Littoral, arrêt nº 059/REF du 15 mars 2010, aff. sieur NJANJO MALANGUE Richard Francis c/ Sieur TALLA, RDAO nº 1, p. 63 et s., obs. R. ASSONTSA ; CA-Centre, ord. nº 47/CIV du 28 janv. 2011, aff. Union Bank of Cameroon PLC c/ Me NGUE Samuel, BEAC et Me Jeannette Irène KEDI, RDAO nº 2, p. 84 et s., obs. R. ASSONTSA.

1510 CCJA, arrêt nº 029/2012 du 22 mars 2012, aff. Sté IFB SA c/ Ets AL-ADWAR, Le Bulletin du Bâtonnier, août 2012, p. 48.

1511 CA-Littoral, ord. nº 23/CE du 19 févr. 2009, aff. La STE AES SONEL c/ MBENOUN Manfred et autres, Juridis Périodique nº 84, oct.-nov.-déc. 2010, p. 105, obs. R. ASSONTSA.

JCE est saisi par assignation du défendeur, par remise de celle-ci au greffe ou par placement de ladite assignation[1512 REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT] : la solution postule que le juge n'est saisi qu'à sa première audience. Autrement dit, le juge n'est saisi que par sa rencontre pour la première fois avec les parties à l'audience. Le concept d'audience prend en conséquence une signification que l'on a jamais songé, même à l'époque de l'impérialisme virtuel, à lui attribuer[1513 REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT]. Une migration s'opère de la conception formelle de la saisine du juge à la conception purement matérielle ou pratique. La conséquence directe d'une telle migration est qu'elle fait échapper la date de saisine du juge au demandeur. Pourtant il sera sanctionné sur cette base. La fixation des dates d'audience, certes généralement envisagée par l'huissier dans l'assignation compte tenu des dates prévisibles, relève du pouvoir administratif du président du tribunal[1514 REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT]. Elle ne dépend pas du justiciable qui a seulement l'obligation de déposer son recours avant la date d'expiration du délai, quitte à ce que l'audience se tienne plus tard. Lui exiger, alors que la formalité ne dépend pas de lui, de faire enrôler son affaire à une audience avant la date d'expiration du délai est foncièrement illégal et même illégitime. Peut-être faudrait-il, au lieu de se borner à prononcer des irrecevabilités en cascade, expérimenter en droit camerounais la pratique hellénique[1515 REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT] ou de la Suisse alémanique[1516 REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT] consistant à laisser au pouvoir du juge d'identifier les défauts formels et matériels des actes introductifs et d'en suggérer la réparation à la partie demanderesse. Si une telle solution peut provoquer un allongement des procédures, elle est préférable à la multitude des incidents généralement soulevés au cours des audiences de l'exécution forcée.

B. L'autorisation donnée par le JCE dans sa compétence de juge des requêtes

- Si l'on admet que le JCE est saisi dans le cadre de sa compétence de juge des requêtes et donc, par autorisation à assigner à bref délai, il pourrait être anormal de déclarer les contestations irrecevables lorsqu'avant l'expiration du délai d'un mois prévu en matière de contentieux de la saisie-attribution, le justiciable a adressé sa requête à ladite juridiction. Tout se passera comme en matière des référés où le demandeur peut agir par assignation ou par requête aux fins d'assigner à bref délai. Le voyage procédural a lieu à l'intérieur de la même juridiction d'ores et déjà saisie. Au fond, c'est le JCE qui, sous une autre casquette, autorise de le saisir par assignation à bref délai. C'est vrai, dans l'ordonnance inspiratrice de cette étude, le premier juge ne précise pas si c'est le JCE qui a été saisi dans sa compétence de juge des requêtes, mais tout en donne l'impression. Dans ce sens, il peut être compréhensible qu'il ait reçu la SAAR en son action, même si la première audience s'est tenue trois jours après l'expiration du délai, c'est-à-dire le 16 avril 2009. Selon le premier juge, la fixation de cette date d'audience n'incombe pas au demandeur.

1512 V. *infra*, n° .

1513 V. H. CROZE, « Qu'est-ce qu'une audience ? », Procédures n° 5, mai 2012, repère 5.

1514 Pour une idée de la pratique ailleurs, lire E. RASKIN, « Gare au délai de placement de l'assignation devant le tribunal de commerce ou le tribunal d'instance ! », Gaz. Pal. n° 141, 21 mai 2009, p. 2 et s.

1515 K. D. KERAMEUS, « Pouvoirs du juge et réforme procédurale. Considérations sur l'expérience hellénique », in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mél. R. PERROT, Dalloz, Paris, 1996, p. 183.

1516 J.-M. GROSSEN, « L'inexistence, la nullité et l'annulabilité en procédure civile suisse »Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XIV, Dalloz, Paris, 1965, p. 753.

- Une autre difficulté vient d'une précision faite par le premier juge dans l'ordonnance de la cour d'appel du Littoral. Il constate que les 09 et 13 avril, c'est-à-dire dans les délais prévus par l'article 170 alinéa 1er, la SAAR a porté sa contestation à la connaissance de dame MBENDE en lui servant l'assignation. Cette constatation laisse place pour une autre chevauchée. Le JCE est-il saisi par information de l'adversaire de l'existence de l'assignation, par remise de l'assignation au greffe ou par enrôlement de celle-ci devant la juridiction compétente ? Si l'on considère la première branche de l'alternative, cela signifierait que le débiteur n'est obligé qu'à cette formalité avant l'expiration du délai. C'est d'ailleurs là toute la signification du verbe *« assigner »* : assigner, c'est faire signe au défendeur d'avoir à comparaître devant une juridiction à une date et à une heure précise. Il faudra simplement que la formalité soit accomplie en contemplation du délai de comparution[1517] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Cette définition rejoint celle que la Cour de cassation donnait à l'assignation il y a plus d'une décennie[1518] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Elle correspond au moment auquel la doctrine française a toujours voulu situé la saisine du juge[1519] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Les conséquences d'une telle orientation sont pourtant nombreuses.

- La première conséquence en est que l'enrôlement peut avoir lieu à l'expiration du délai de saisine du juge, mais au plus tard avant le jour fixé pour l'audience. Mais, à supposer alors que cet enrôlement n'intervient pas avant cette dernière date, le débiteur peut-il assigner à nouveau son créancier, dit-on en droit français, *« sur et aux fins de la précédente assignation »*, c'est-à-dire à l'effet de réparer l'omission résultant du défaut de placement de l'assignation initiale ? La Cour de cassation a répondu catégoriquement par la négative et elle a eu raison. Comme le fait remarquer le Doyen Perrot, *« une assignation à jour fixe qui n'est pas placée avant la date de l'audience est un coup d'épée dans l'eau »*[1520] *REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT* . Il serait anormal qu'une assignation délivrée dans les délais mais devenue caduque faute d'enrôlement en temps utile puisse servir de support à une nouvelle assignation hors délai. Car si le premier acte est valable, le second ne peut le priver de ses effets ; mais s'il ne l'est pas, le second ne peut non plus le ressusciter rétroactivement[1521] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT .

  Dans la pratique camerounaise des tribunaux, un distinguo est utile selon que le défaut d'enrôlement est le fait de l'huissier ou des greffes. S'il est le fait de l'huissier parce qu'il a omis de déposer l'exploit d'assignation au greffe, sa responsabilité pourra être engagée[1522] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Si le défaut d'enrôlement est au contraire le fait du greffe, il est de coutume que le greffier en chef fasse convoquer les parties en leur communiquant une nouvelle date d'audience. Il s'agit d'une pratique anormale dans la mesure où, pour n'avoir pas été enrôlée, l'assignation est en principe devenue caduque. L'attitude du défendeur qui n'en subit pas moins un préjudice est généralement de se

---

1517 Lire les articles 14 et 15 du CPCC.

1518 Lire Cass., avis, 15 juin 1998 : Bull. civ. 1998, avis, n° 8 ; RTD civ. 1998, p. 751, obs. R. PERROT.

1519 C. ATIAS, « La réduction prétorienne du délai de contestation des décisions d'assemblées de copropriétaires », D. 2000, p. 352, spéc. n° 5 ; R. PERROT, « Juge de l'exécution : quand est-il réputé saisi ? », RTD Civ. 1998, p. 751 et s.

1520 R. PERROT, « Assignation *« placée »* après le jour de l'audience », Procédure n° 2, févr. 2006, comm. 30 ; du même auteur, « Assignation à comparaître », Procédures n° 12, déc. 2011, comm. 367.

1521 V. H. CROZE et O. FRADIN, « Effets d'une seconde assignation *« aux fins et sur les suites »* de la première », La Semaine Juridique Edition Générale n° 26, 27 juin 2011, comm. 748.

1522 Article 17 du CPCC.

faire délivrer un certificat de non enrôlement pour se délier de l'assignation à lui servie auparavant. Enfin, le plaideur peut être lui-même responsable du défaut d'enrôlement lorsqu'il n'a pas acquitté la consignation exigée. Le cas se présente lorsque le greffier en chef, particulièrement exigeant en la circonstance, n'entend pas enrôler avant le paiement de la consignation. Autrement, les tribunaux procèdent généralement à des renvois pour inviter le demander à s'acquitter[1523] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . On appréciera de voir que la remise de l'assignation, attestée par la délivrance d'un reçu qui en mentionne la date, soit considérée comme la date de saisine du juge. Pourquoi faire supporter aux particuliers les conséquences d'éventuels retards administratifs ?

- La seconde conséquence en est que si le débiteur paye sa dette dans l'intervalle d'avant l'enrôlement suivant une conciliation qui sera souvent initiée par l'huissier, il est probable que le tribunal ne soit plus jamais saisi. Ce qui équivaut à dire qu'en réalité, l'assignation ne saisit pas le tribunal, mais que c'est l'enrôlement de celle-ci qui en tient lieu. Dans ce cas, on retourne au point de départ : il faudra faire enrôler l'assignation avant la date butoir du délai. La solution est d'autant convaincante qu'à la demande du créancier, même informé de la date prévisible de la première audience, le greffier en chef peut délivrer le certificat de non contestation qui lui permettra d'opérer la levée de fonds chez le tiers saisi. En droit français, la date de signification de l'assignation au créancier est parfois retenue comme date de saisine du juge de l'exécution parce que la délivrance du certificat de non contestation relève de la compétence tant du greffier en chef que de l'huissier. Cela s'explique par le fait qu'en matière de saisie-attribution, les contestations sont, en plus de la signification faite au créancier, dénoncées à l'huissier ayant procédé à la saisie[1524] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Dans le contexte camerounais, ce n'est pas le cas.

- Finalement, s'il est admis que les lacunes du droit OHADA peuvent être comblées au plan national, il faut, aux termes des articles 10 du Traité et 336 de l'AUPSRVE, que les solutions initiées ne lui soient pas contraires. À défaut, elles doivent subir les foudres de l'effet abrogatif du droit communautaire. L'autorisation à assigner à bref délai n'est pas un véritable loup dans la bergerie de l'exécution forcée. Il peut bien subsister à côté de l'assignation choisie par le législateur OHADA, à condition qu'elle ne soit pas imposée au demandeur. Dans ces conditions, il peut être étonnant d'affirmer que le droit OHADA n'impose pas un ensemble de règles de procédure spécifiques à son juge de droit commun. Le principe de l'autonomie procédurale des États membres prend ainsi un sérieux coup dans l'aile[1525] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . L'atteinte n'est-elle pas nécessaire si l'on souhaite une mise en œuvre effective du droit de l'OHADA ? L'application du droit OHADA sera-t-elle uniforme si dans les dix-sept États parties il existe dix-sept différentes procédures ?

1523 Sur l'ensemble de la question, lire R. ASSONTSA, « Un virus en pleine expansion contre le droit d'accès à la justice civile : la consignation », Juridis Périodique nº 81, janv.-févr.-mars 2010, p. 111 et s.

1524 Lire S. PIEDELIEVRE, « Contestation et dénonciation à l'huissier de justice », Revue de droit bancaire et financier nº 4, juill. 2010, comm. 150.

1525 Lire B. DIALLO, « Principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États-parties face à l'application des Actes uniformes du droit de l'OHADA », Jurifis, éd. spéciale nº 12, oct. 2012, p. 16 et s. ; KOUASSI KOUADIO, « Les atouts et les faiblesses de la réglementation uniforme de l'OHADA », Actualités Juridiques, éd. économique nº 4, 2012, p. 89 et s.

- En guise de conclusion, on dira que l'autorisation à assigner à bref délai apparaît comme un mauvais bourgeon qui a poussé en droit camerounais du contentieux de l'exécution forcée. Elle laisse ainsi apparaître les affres de la transplantation de la procédure des référés dans le droit du contentieux de l'exécution forcée par les juridictions du ressort de la cour d'appel du Littoral, spécialement le TPI de Douala-Bonanjo. Ce bourgeon qui a finalement poussé dans la quasi-totalité des tribunaux du pays mérite d'être éborgné le plus vite. C'est une autre entrave grave à la sécurité des affaires. Cet ébourgeonnement est d'autant nécessaire que l'article 170 de l'AUPSRVE, comme d'ailleurs certaines dispositions dans d'autres saisies[1526] REF _Ref364316187 \r \h * MERGEFORMAT , dit clairement que les contestations contre la saisie-attribution sont portées par voie d'assignation. Pourquoi lui avoir ajouté un autre mode de saisine, mais disons le clairement, pourquoi lui avoir substitué un autre ? La question mérite d'être posée, car à la réalité, c'est le caractère obligatoire de son usage qui fait problème. Sans conteste, l'assignation à bref délai peut être utile pour saisir le JCE les jours non ouvrables, en son hôtel ou en son cabinet afin de sauver une situation susceptible d'être irrémédiablement compromise.

- Pour faire face à une sorte de chauvinisme national de nature à freiner l'ambition intégrationniste, les défis s'annoncent alors nombreux. À en croire Bakary Diallo, si l'harmonisation des règles de procédure est législativement contestable[1527] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT , l'encadrement jurisprudentiel de la CCJA est au contraire la bienvenue. Seul le regard de la CCJA permettra de domestiquer l'autonomie procédurale des États membres en évitant une approche nationaliste de l'application du droit des affaires[1528] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Seulement, en l'état actuel, le bilan jurisprudentiel de la CCJA est loin d'être satisfaisant. Son activité a été et est encore à l'origine des turbulences et des controverses doctrinales[1529] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT .

  L'autre défi qui se situe au plan national est que les États parties doivent déjà envisager l'arrimage des modes de saisine à la communication électronique[1530] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT . Elle aura pour avantage de faciliter la signification des actes en écourtant les délais de comparution. Dans une relation entre professionnels ayant à l'avance accepté cette communication virtuelle[1531] REF _Ref364540513 \r \h * MERGEFORMAT , l'assignation à bref

---

1526 V. *supra,* n° ? et s.

1527 L'article 2 du Traité de l'OHADA énumère les matières qui entrent dans le domaine de l'harmonisation. Les règles de procédure n'en font pas partie.

1528 Lire B. DIALLO, « Principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États-parties face à l'application des Actes uniformes du droit de l'OHADA », préc., p. 26 et s. ; M. KHOUMA, « Le règlement du contentieux des affaires du droit OHADA », Ohadata D-10-06.

1529 V. J. ISSA-SAYEGH, « Bilan jurisprudentiel du droit uniforme OHADA (Incertitudes législatives et turbulences jurisprudentielles), Ohadata D-08-65.

1530 En guise d'inspiration, lire S. AMRANI-MEKKI, E. JEULAND, Y.-V. SERINET et L. CADIET, « Le procès civil français à son point de déséquilibre ? - À propos du décret « procédure » », La Semaine Juridique Edition Générale n° 24, 14 juin 2006, I 146, spéc. n° 21 ; C. BLERY et J.-P. TEBOUL, « Quelles conséquences procédurales pour une communication par voie électronique non autorisée ? », La Semaine Juridique Edition Générale n° 51, 17 déc. 2012, 1360 ; G. MACARELLI, « La signification par voie électronique : entre défis technologiques et théorie du procès », D. 2012, p. 2533 et s.

1531 Le droit français pose cette acceptation comme condition de l'utilisation de la communication électronique. Ce qui signifie que la communication par support papier reste le principe, c'est vrai, un principe en voie de disparition. V. H. CROZE, « Le progrès de la technique de la procédure civile », La

délai pourra être réalisée en un seul jour. Il suffira de soumettre électroniquement la requête au président qui répondra par la même voie. La réception de l'assignation par le défendeur pourra être accusée par un message automatique permettant d'opérer son placement auprès de la juridiction compétente. Pour l'instant, c'est un rêve eu égard aux difficultés de stabilisation de l'énergie électrique, elle qui accompagne naturellement la circulation électronique dans les divers États membres.

Le dernier défi est celui de la redécouverte des finalités du système juridique : comment peut-on parler d'irrecevabilité lorsque la contestation est soumise au-delà du délai d'un mois normalement prévu ? Il y a là un risque de désordre dans les tiroirs du système juridique national. Le problème a été soumis à la CCJA au travers du pourvoi contre l'ordonnance n° 013/CE. On attend de voir quelle sera sa décision.

Semaine Juridique Edition Générale n° 5, janv. 2009, I 108, spéc. n° 22 ; du même auteur, « Les actes de procédure civile et les nouvelles technologies », Procédures n° 4, avril 2010, dossier 4, spéc. n° 26.

Premières applications de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en République Démocratique du Congo : Cas des Tribunaux de Commerce de la ville –Province de KINSHASA[1532]

KITETE LOSAMBA Marie
Présidente du Tribunal de Commerce de Boma (RDC)
Enseignante vacataire de l'ERSUMA
Membre du Conseil d'Administration de l'ONG Action contre l'impunité des Droits Humains
Vice-Présidente de l'Association des Femmes Magistrats de la République Démocratique du Congo

Résumé
Depuis l'indépendance, la République Démocratique du Congo avait continué l'application des règles de droit obsolètes totalement inadaptées à l'environnement et aux conditions économiques actuelles.
Le code de procédure civile hérité de la colonisation est demeuré parmi les textes de base de la procédure par laquelle un créancier pouvait obtenir une décision de justice condamnant son débiteur au paiement de sa créance mais aussi recourir aux voies d'exécution. Avec les Actes Uniformes une partie de l'histoire a été modifiée. La justice congolaise doit désormais appliquer les Actes Uniformes. Elle se trouve butée à des procédures nouvelles parfois différentes des procédures jadis appliquées dans les juridictions. L'examen de l'application de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution a été retenu du fait qu'il est le plus sollicité en cas de litige. Plusieurs difficultés d'ordre pratique et procédural ont surgi et l'analyse permet de déceler les failles.

Plan :
I. Introduction
II. Présentation des Tribunaux de Commerce en République Démocratique du Congo
III. Destinataire de la requête dans la procédure d'injonction de payer
IV. Ordonnances rendues en cas de litiges nés du contentieux de l'exécution, Rédaction des actes de procédure et cas des nullités
V. Registre des procédures simplifiées de recouvrement
VI. Application de l'article 12 dans la phase de l'opposition dans la procédure d'injonction de payer
VII. Article 30 de l'AUPSRVE
VIII. Article 111 de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'ordre judiciaire
IX. Saisie immobilière
X. Conclusion

[1532] Suivant l'article 3 de la loi organique n°08/016 du07 octobre 2008 portant composition, organisation et fonctionnement des Entités territoriales Décentralisées et leurs rapports avec l'Etat et les provinces, Kinshasa est la capitale du pays et le siège des institutions nationales. Elle a le statut de Province.

I. Introduction

Depuis 2003, la République Démocratique du Congo avait déjà exprimé son souhait d'adhérer au traité OHADA. Plusieurs étapes se sont succédées entre autre l'autorisation du Parlement pour adhérer au Traité (Loi n°10/002 du 11 février 2010 autorisant l'adhésion de la République Démocratique du Congo au Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique). En date du 5 février 2010 la Cour Suprême de Justice sous le RConst.112/TSR va à la suite de la requête du Président de la République, rendre l'arrêt[1533] suivant: « … *au regard de l'article 217 de la Constitution que le Traité soumis à son examen ne comporte pas de clause contraire à la Constitution et que sa ratification n'appelle pas une révision préalable de cette dernière* ». Enfin le 13/07/2012 le dépôt des instruments de ratification du traité va intervenir.

L'application du Droit OHADA, est devenue effective dans le système judiciaire de la République Démocratique du Congo depuis le 12 septembre 2012 qui est la date d'entrée en vigueur de ce Droit qui a pour fondement l'intégration du pays dans la mondialisation judiciaire pour l'amélioration du climat des affaires. Il y a lieu de relever que parmi les réformes initiées par le Gouvernement congolais en vue d'assainir l'environnement des affaires, il y a la création des Tribunaux de Commerce.
L'adhésion à l'OHADA fait également partie des efforts entrepris pour l'assainissement du climat des affaires. Cette adhésion présente l'avantage d'avoir rajeuni en un « seul mouvement » le droit des affaires en République Démocratique du Congo. En effet plus de cinquante ans après son indépendance[1534]le recours aux textes datant de l'époque coloniale mais aussi ceux des premières années de l'indépendance, avait continué avec l'application des règles de droit obsolètes et parfois totalement inadaptées à l'environnement et aux conditions économiques et commerciales actuelles.

Nous pouvons citer quelques textes notamment :

~ Décret du 2 août 1913 sur les commerçants et la preuve des engagements commerciaux ;
~ Décret du 06 mars 1951 instituant le registre du commerce modifié par le décret du 16 juin 1960 ;
~ Ordonnance n° 79-025 du 07 février 1979 relative à l'ouverture d'un nouveau registre du commerce modifiant et complétant l'ordonnance n°41/161du 15 juin 1951 relative au registre du commerce ;
~ Décret du 19 janvier 1920 relatif aux commissionnaires et aux transporteurs modifié par le Décret du 30 mars 1931 ;
~ Décret du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales modifié par les Décrets des 23 mars 1921, 26 août 1938,08 octobre 1942,23 juin 1960 et le Décret-loi du 19 septembre 1965 ;

1533 En date du 31/12/2009 le Président de la République Démocratique du Congo a saisi la Cour Suprême de Justice par voie de requête tendant à obtenir un avis consultatif sur la contrariété éventuelle à la Constitution, de certaines dispositions du traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique.Lire aussi Revue congolaise de Droit et des affaires.Mars2010-édition spéciale n°2 sur l'adhésion de la République Démocratique du Congo(RDC) à l'OHADA.

1534 La République Démocratique du Congo est devenu indépendante le 30 juin 1960.

~ Décret du 27 juillet 1934 relatif aux faillites modifié par les Décrets des 19 décembre 1956 et 26 août 1959 ;

Depuis le mois de septembre 2012, la République Démocratique du Congo est en plein dans l'OHADA et se retrouve confrontée à des problèmes d'ordre pratique liés à l'application des Actes Uniformes[1535]. Plusieurs affaires concernant les Actes Uniformes ont été portées devant la justice dont certaines n'ont pas encore connu de jugement. Il y a des affaires ayant trait à l'Acte Uniforme relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique qui concerne par exemple l'annulation de l'Assemblée Générale Extraordinaire. En rapport avec l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général il y a des causes qui concernent les différents problèmes liés au bail professionnel, à la vente ou au RCCM. En ce qui concerne l'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés, les litiges concernent entre autre l'hypothèque. En République Démocratique du Congo les commerçants personnes physiques ou morales naissent en se conformant à la loi mais une grande majorité disparait sans suivre la procédure lorsqu'ils connaissent des difficultés financières pour se maintenir sur le marché. La matière concernant les entreprises en difficulté a de tout temps était celle qui est la moins examinée par les juridictions congolaises.

Depuis le 12 septembre 2012 jusqu'au mois de juillet 2013 le Tribunal de Commerce de kinshasa/Matete n'a enrôlé qu'un seul dossier qui est encore en cours. Celui de Kinshasa /Gombe en a enrôlé un peu plus mais aucune procédure dans ces dossiers ne semble évoluer.

Il ressort des différents registres des Tribunaux de Commerce que les conflits en rapport avec l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution(AUPSRVE) sont les plus nombreux. Il sera donc question dans cet article de présenter et d'analyser quelques cas d'application ayant posé problème ou non et même les difficultés à venir du Droit OHADA en République Démocratique du Congo.

Dans le cadre de cet article nous nous sommes limités aux 15 premiers mois de l'application de cet Acte Uniforme par les Tribunaux de Commerce de la ville de KINSHASA.

II. Présentation des Tribunaux de Commerce en République Démocratique du Congo

La République Démocratique du Congo comprend trois ordres de juridictions ayant à la tête la Cour Constitutionnelle, la Cour de Cassation et le Conseil d'Etat. Mais en attendant l'installation effective de ses trois Hautes juridictions, la Cour Suprême de Justice remplit

[1535] Lire pour plus de détail en ce qui concerne la mise en conformité du droit national par rapport au droit OHADA : Cabinet international Eversheds, R. Masamba, U. Babongeno et J. Issa-Sayegh, Harmonisation du droit congolais avec les Actes uniformes de l'OHADA, tomes 1 et 2, Kinshasa, Commission Nationale OHADA et COPIREP, 2012.

les compétences dévolues à celles-ci. La République Démocratique du Congo comprend une Cour d'Appel par province soit onze provinces actuellement en attendant le découpage territorial tel que prévu dans la constitution. La ville-province de Kinshasa est la seule à avoir deux Cours d'Appel, celle de Kinshasa/Matete et celle de Kinshasa/Gombe. Chaque ressort de Cour d'Appel à Kinshasa est composé de :

Une Cour d'Appel
Deux Tribunaux de Grand Instance
Un Tribunal de Commerce
Un Tribunal de Travail (en cours d'installation)
Quatre Tribunaux de Paix

Les Tribunaux pour enfants (Deux sièges secondaire dans le ressort de Kinshasa/ Matete et dans le ressort de Kinshasa/ Gombe : Un siège principal et deux sièges secondaire)
Le tribunal secondaire de Kinkole dans le ressort de Kinshasa/Matete
Près la Cour d'Appel il existe un Parquet Général. Pour tous les autres Tribunaux, il est prévu deux Parquets de Grande Instance dans chaque ressort de Cour d'Appel. Il existe également un parquet secondaire au niveau de Kinkole.

Les Tribunaux de Commerce ont été créés par la loi n° 002/2001 du 03 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de Commerce. Le Tribunal de Commerce de Kinshasa /Gombe a été installé en 2006 et celui de Kinshasa/Matete en 2007.

Le Tribunal de Commerce n'est pas une juridiction d'appel. Elle ne siège qu'au premier degré. L'article 2 de la loi portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de Commerce dispose : « Le Tribunal de Commerce est une juridiction de droit commun siégeant au premier degré et composée de juges permanents qui sont des magistrats de carrière et de juges consulaires…. ». A la suite de cette disposition, cette juridiction est composée d'une part de juges permanent qui sont des magistrats de carrière et d'autre part des juges consulaires qui sont issus du monde des affaires après un processus d'élection.

La compétence est fixée par l'article 17 de la loi précitée :

« Le Tribunal de Commerce connaît en matière de droit privé:

1. des contestations relatives aux engagements et transactions entre commerçants ;
2. des contestations entre associés, pour raisons de société de commerce;
3. des contestations entre toutes personnes relatives aux actes de commerce, en ce compris les actes relatifs aux sociétés commerciales, aux fonds de commerce, à la concurrence commerciale et aux opérations de bourse ;
4. des actes mixtes si le défendeur est commerçant;
5. des litiges complexes comprenant plusieurs défendeurs dont l'un est soit caution, soit signataire d'un chèque bancaire, d'une lettre de change ou d'un billet à ordre ;
6. des litiges relatifs au contrat de société ;
7. des faillites et concordats judiciaires.

Il connaît, en matière de droit pénal, des infractions à la législation économique et commerciale, quel que soit le taux de la peine ou la hauteur de l'amende. »
La République Démocratique du Congo compte six Tribunaux de Commerce déjà opérationnel à savoir celui de Kinshasa/Gombe et Kinshasa/Matete dans la ville province de Kinshasa, le Tribunal de Commerce de Lubumbashi, Goma, Matadi, Kisangani et MbujiMayi dans différentes provinces du pays. D'autres Tribunaux sont en cours d'installation.

III. Destinataire de la requête dans la procédure d'injonction de payer

Les procédures simplifiées de recouvrement de créances s'entendent comme étant des voies par lesquelles un créancier peut rapidement obtenir un titre exécutoire c'est-à-dire une décision judiciaire de condamnation de son débiteur au paiement de la créance[1536].

L'article 3 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement de créances et des voies d'exécution (AUPSRVE) dispose que la demande est formée par requête auprès de la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure effectivement le débiteur.

L'article 4 du même Acte dispose que la requête doit être déposée ou adressée par le demandeur ou par son mandataire autorisé par la loi de chaque Etat partie à le représenter en justice, au greffe de la juridiction compétente…
Les termes utilisés par cet article ont amenés à des interprétations différentes dans la ville de Kinshasa. C'est ainsi qu'au départ dans certaines juridictions la requête avait été adressée au président de la juridiction et dans une autre au Greffier Divisionnaire.
A la base de cette application différente nous avons une interprétation strictement attachée aux prescrits de l'article 4 précité. Cette mauvaise application a connu des débats au sein des juridictions congolaises où deux tendances se sont dessinées de la manière suivante :

Pour la première, la requête dont le destinataire est le greffe au regard de l'article 4 susdit doit être adressée à la personne responsable des greffes au sein des juridictions. En République Démocratique du Congo, pour les Tribunaux de Commerce ou de Grande Instance il s'agit du greffier divisionnaire.
Pour la seconde, l'autorité devant prendre la décision est le président de la juridiction donc la requête doit lui être adressée et pour cela ils font une combinaison des articles 3 et 4 dudit Acte Uniforme.

Situation assez confuse où l'on s'est retrouvé dans certains tribunaux dans les premiers mois d'application avec une requête adressée au Greffier Divisionnaire qui ne reçoit pas la réponse de celui-ci mais plutôt une ordonnance du chef de juridiction. La question que l'on peut se poser est celle de savoir par quel mécanisme une requête adressée au Greffier Divisionnaire arrive au chef de juridiction et le conduit à rendre une ordonnance en réponse à cette requête.

[1536] Anne-Marie H.ASSI-ESSO, NdiawDIOUF , OHADA Recouvrement des créances, Bruylant, Bruxelles 2002, p. 1

En principe les requêtes bien que réceptionnées au greffe du tribunal sont adressées au Président de la juridiction pour ce qui concerne l'injonction de payer. L'article 4 précité dont la rédaction est malencontreuse a fait penser à une tendance que le greffier responsable du greffe d'une juridiction en était le destinataire. Le greffe n'est pas une juridiction mais un service au sein d'une juridiction qui s'occupe entre autres de la rédaction et tenue des actes de la juridiction du président et du tribunal. Le vocabulaire juridique le définit comme « un office ministériel, placé sous l'autorité et la responsabilité d'un greffier titulaire de charge, assurant l'ensemble des services administratifs des tribunaux de commerce… »[5].

Or la demande est formée par requête auprès de la juridiction compétente (article 3). Le chef de la juridiction est le président, ce dernier est le seul qui examine la requête, en vérifie la recevabilité et se prononce quant au fond.
La solution à cette situation serait au regard de la formulation peu heureuse de l'article 4 que celui-ci soit modifié. La nouvelle rédaction devra préciser clairement que la requête devra être adressée par le demandeur, ou par son mandataire autorisé par la loi de chaque État partie à le représenter en justice, au président de la juridiction compétente. Celle-ci est déposée au greffe de la juridiction compétente.
Avec le temps la question a été réglée et à la date de ce jour toutes les requêtes sont adressées au président de la juridiction.

IV. Ordonnances rendues en cas de litiges nés du contentieux de l'exécution, Rédaction des actes de procédure et cas des nullités

La rédaction des exploits a également posé quelques problèmes lors des premières applications. En effet la lecture de l'Acte Uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution révèle que cette dernière matière est attachée à un formalisme rigoureux et même excessif comprenant des exigences d'ordre procédurale assez stricte en ce qui concerne les mentions que doivent contenir les exploits à peine de nullité.

Bien qu'il existe dans cet Acte Uniforme plusieurs autres types de sanctions nous allons nous limiter à la nullité. Cela n'exclut pas les cas d'irrecevabilité par exemple en violation des prescrits de l'article 4 de l'AUPSRVE, de caducité et autres sanctions.
Il sied de relever que les cas de nullité sont nombreux et c'est ainsi que la majorité des décisions rendues ont relevé la nullité des actes de procédures.

La nullité s'entend comme la sanction encourue par un acte juridique entaché d'un vice de forme ou d'une irrégularité de fond qui consiste dans l'anéantissement de l'acte[15371538]. Il peut s'agir de la situation où l'on a affaire à une sanction qui intervient à

1537 Gérard CORNU, Vocabulaire juridique, PUF, août 2011, p.495

1538 Gérard CORNU, Op cit ,p. 690Lire aussi l'article de Joseph DJOGBENOU sur : Le régime des nullités en matière de procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en droit OHADA
Joseph DJOGBENOU, L'exécution forcée Droit OHADA, 2ème édition, CREDIJ , Bénin, pp 102 et s

la suite d'une irrégularité dans la rédaction d'un exploit et même d'une irrégularité au moment de la signification d'un exploit.
L'on constate après lecture de l'Acte Uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution que le principe « pas de nullité sans grief » n'est pas de mise et l'on se retrouve plutôt face à une situation ou la nullité doit être prononcée dès que la formalité prescrite n'est pas respectée sans avoir égard à un quelconque grief qui pourrait être invoqué. Nous retrouvons ces nombreuses mentions légèrement différentes selon le type de saisie dans plusieurs articles à travers ledit Acte Uniforme. Il s'agit notamment des articles 8, 64, 67, 69, 77, 79, 82, 100, 109, 148, 157, 160, 223, 231, 232…

En matière de saisie immobilière, pour certains articles précis le principe « pas de nullité sans grief » trouve application. On peut à cet effet lire l'article 297 qui dispose : «*Les délais prévus aux articles 259, 266, 268, 269, 270, 276, 281, 287, 288 alinéas 7 et 8 et 289 ci-dessus sont prescrits à peine de déchéance.*
Les formalités prévues par ces textes et par les articles 254, 267 et 277 ci-dessus ne sont sanctionnées par la nullité que si l'irrégularité a eu pour effet de causer un préjudice aux intérêts de celui qui l'invoque.
La nullité prononcée faute de désignation suffisante de l'un ou plusieurs des immeubles compris dans la saisie n'entraîne pas nécessairement la nullité de la poursuite en ce qui concerne les autres immeubles. »

En RDC, le code de procédure civile a consacré en son article 28 le principe « pas de nullité sans grief ». Cet article dispose : « Aucune irrégularité d'exploit ou d'acte de procédure n'entraine leur nullité que si elle nuit aux intérêts de la partie adverse ». Celui qui invoque une irrégularité doit prouver qu'elle lui porte préjudice et il revient au juge d'apprécier le vice et le grief. Cette situation a permis de décanter et de désengorger les juridictions face au dilatoire pouvant élire domicile au prétoire. Le juge Congolais face au cas de nullité prévu dans l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement de créances et des voies d'exécution devra se conformer à cet Acte Uniforme pour les cas qui lui seront soumis.

Au regard de l'article 297 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement de créances et des voies d'exécution, le principe « pas de nullité sans grief » aurait pu faire fortune en matière de saisie mobilière également. La sanction de certaines irrégularités devrait pouvoir être laissée à l'appréciation du juge au regard du préjudice qu'elle cause à la personne qui l'invoque. En cas d'une réforme de cet Acte Uniforme, pour plus d'efficacité, le législateur OHADA devrait en tenir compte. Des mentions telles que le caractère très apparent ou même la reproduction intégrale de certaines dispositions ne devraient pas faire l'objet de sanction automatique. En effet tout Homme moyen placé dans les mêmes conditions lirait et relirait tout acte de procédure porté à sa connaissance. Et s'il y a des dispositions légales citées il va se renseigner sur celles-ci. L'on ne doit pas oublier qu'il y a toujours cette possibilité de recourir aux services d'un avocat. Même dans ses conditions le souci de garantir l'information ou d'éviter que l'on prétexte une quelconque ignorance se trouve toujours rencontrée.

Ce formalisme strict est une forte contrainte à charge du créancier étant donné que les violations de la loi ne sont pas souvent dues à son fait. Cela accorde parfois un avantage au débiteur car il arrive souvent que toutes ses exigences d'ordre procédurales ne soient pas respectées. Cette situation qui est une aubaine pour le débiteur évolue au détriment du créancier et génère une lenteur dans la procédure tout en augmentant les difficultés pour celui-ci de rentrer dans ces droits. Il appartient au législateur OHADA de tenir compte de cette difficulté qui est un paradoxe pour alléger la procédure dans certains cas et admettre l'application du principe « pas de nullité sans grief ».

Toutes ses mentions doivent impérativement figurer dans l'acte « ….à peine de nullité ». Lesdites mentions sont notamment :

+ La copie de l'autorisation de la juridiction pour pratiquer une saisie ;
+ La copie du procès-verbal de saisie ;
+ La désignation de la juridiction devant laquelle seront portées les contestations;
+ L'élection de domicile dans le ressort territorial juridictionnel où s'effectue la saisie si le créancier n'y demeure pas ;
+La copie du titre exécutoire ;
+ Le décompte distinct des sommes à payer en principal, frais et intérêts échus, ainsi que l'indication du taux des intérêts ;
+ Le commandement de payer ;
+ L'indication, en caractères très apparents de certaines mentions ;
+ La reproduction de certains articles de l'Acte Uniforme ;…

A la suite des contestations notamment en matière de saisie conservatoire ou de saisie-attribution les Tribunaux de Commerce de la ville-province de KINSHASA ont dans plusieurs affaires tenu compte de ses exigences d'ordre procédurale pour déclarer les exploits nuls à la suite de l'inobservance des mentions à faire figurer dans les exploits et ont ordonner la mainlevée de ces saisies.

S'agissant des mentions à faire figurer en caractère apparent, cette exigence d'ordre procédurale ne peut être observée qu'après lecture des différents exploits.
Que doit-on entendre par apparent ? Selon le vocabulaire Juridique [1539]le mot apparent renvoie à des synonymes tel que manifeste, évident…Dans un deuxième sens donné au mot manifeste celui-ci signifie « En soi très apparent, patent, qui se révèle de lui-même et de façon très visible… ».

La lecture des exploits révèle que dans les différents Tribunal de Commerce de la ville de Kinshasa les mentions devant figurer en caractère apparents apparaissent en caractère gras sur l'exploit. On relève aussi que parfois ce caractère apparent se trouve aussi dilué du fait que d'autres mentions ne devant pas se retrouver en caractère apparent sont saisies en caractère gras. Dans d'autres exploits on constate des mentions qui apparaissent en manuscrit et d'autres saisies à l'ordinateur. Lesquels de ses mentions sans avoir vérifié la loi sont en caractère apparents ? Ces situations peuvent faire disparaitre dans certaines circonstances le caractère apparent et rendre l'acte nul au regard de cette exigence.

[1539] Gérard CORNU, Op cit, pp 70, 422

Les juges font attention à cette exigence. C'est ainsi que dans un cas d'espèce la juridiction présidentielle a dans son ordonnance déclaré l'exploit nul pour non-respect du caractère apparent[1540] : « *…En outre l'article 160 du même texte prescrit en son point 2, qu'à peine de nullité, l'acte de dénonciation de la saisie-attribution contient, en caractères très apparents notamment l'indication que les contestations doivent être soulevées, à peine d'irrecevabilité, dans un délai d'un mois qui suit la date d'expiration du délai et la juridiction compétente.*
Or à la lecture dudit exploit ne sont repris en caractères très apparents que la date du 8mars 2013, supposée être celle d'expiration et le Tribunal de Commerce de Kinshasa /Gombe considéré malheureusement comme juridiction compétente en lieu et place de la juridiction du président en application de l'article 49 du même acte uniforme sur les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution et non les autres mentions ;
Le non-respect des toutes ses formalités substantielles prescrites à peine de nullité ne peut avoir comme conséquences juridique que la nullité des PV des 31 janvier 2013 et 1er février 2013 et de l'acte de dénonciation de la dite saisie a la partie saisie de 7 mars 2013… ».

S'agissant de la mention relative à la juridiction compétente celle-ci a connu des difficultés d'application au début, les exigences formulées par la loi n'étant pas toujours respectées par les huissiers de justice au moment de la rédaction de l'acte.
Dans plusieurs cas, l'exploit a été déclaré nul au motif que l'huissier instrumentant n'a pas eu à désigner correctement la juridiction compétente à saisir en cas de contestation d'une mesure d'exécution. Souvent le Tribunal de Commerce était repris dans les exploits en lieu et place du président de la juridiction statuant en matière d'urgence.
Le Tribunal de Commerce de Kinshasa/Matete a ordonné la main levé de la saisie-vente à la suite de la nullité de l'exploit pour non respect de l'article 92 point 1°pour absence de commandement préalable mais aussi de l'article 100 point 1° de l'AUPSRVE pour défaut d'indication du domicile élu par la partie saisissante. (ord n°62 du 20/06/2013).
Bien que le juge Congolais soit strict dans l'application des articles consacrant la nullité, il y a lieu de relever que la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) a eu à prendre des positions tempérées en ce qui concerne l'exigence de certaines mentions[1541]. Dans l'Arrêt n°008/2002 du 21 mars 2002, la CCJA malgré l'erreur dans l'orthographe du nom du défendeur n'a pas retenu la nullité de l'exploit sollicité en vertu de l'article 157 de l'AUPSRVE au motif que malgré que cette erreur soit commise par l'huissier, le défendeur a accepté de recevoir et de signer l'exploit de signification de l'acte d'appel et de conclure au fond.

Une application différente constatée dans les Tribunaux de Commerce de Kinshasa se situe au niveau de la signature à apposer sur l'ordonnance en matière de contestation. Au niveau du Tribunal de Commerce de Kinshasa/Matete ces ordonnances sont signées uniquement par le Président de la juridiction qui a eu à connaître de la cause. Par contre au niveau du Tribunal de Commerce de Kinshasa/Gombe celles-ci sont signées par le

---

1540 Référé 217 Tribunal de Commerce de Kinshasa/ Gombe

1541 Lire à ce propos l'article de Félix ONANA ETOUNDI sur le régime juridique des nullités des actes de procédure dans l'Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution, http://www.institut-idef.org

Magistrat ayant siégé et le greffier dans la majorité des cas et dans quelques rares situations le magistrat délégué a eu à signer seul les ordonnances.
Ce sont des divergences de positions qui surgissent dans les juridictions et qui ne peuvent trouver solutions qu'au cours des plénières organisées au sein des juridictions. Des réunions entre juridictions permettraient également d'avoir une même position sur une question de droit donnée ou une pratique. La haute hiérarchie devrait favoriser ce genre de rencontre quel que soit la compétence de la juridiction.
L'idéal serait aussi que des mesures règlementaires ou administratives soient prises à ce sujet mais également pour la tenue des registres tels que les rubriques devant y figurer ainsi que bien d'autres actes.

V. Registre des procédures simplifiées de recouvrement

L'AUPSRVE dispose en son article 18 alinéa 1er "Il est tenu au greffe de chaque juridiction un registre, coté et paraphé par le président de celle-ci, et sur lequel sont inscrits les noms, prénoms, professions et domiciles des créanciers et débiteurs, la date de l'injonction de payer ou celle du refus de l'accorder, le montant et la cause de la dette, la date de la délivrance de l'expédition, la date de l'opposition si elle est formée, celle de la convocation des parties et de la décision rendue sur opposition. … »

Il se dégage que dans plusieurs juridictions de la ville province de KINSHASA il n'existe pas un registre spécial. Nous retrouvons plusieurs situations ou toutes les affaires en matière civiles et/ou commerciales sont enregistrées dans le même registre.
Au niveau de certains secrétariats il est enregistré toutes les ordonnances que peut prendre le chef de juridiction dans un registre nommé ordonnancier notamment :
Les ordonnances en débet ;
Les ordonnances d'injonction de payer ;
Les ordonnances abréviatives de délai…
Les procédures en opposition de ces ordonnances d'injonction de payer se trouvent enregistrées dans les registres ordinaires à savoir pour les Tribunaux de Commerce le registre des affaires commerciales et économiques(RCE) et les tribunaux de Grande Instance dans le registre nommé rôle civil(RC). Donc le prescrit de l'article 18 n'a pas été respecté.

Néanmoins il a été constaté qu'au Tribunal de Commerce de Kinshasa/Matete pour se conformer à l'article 18 précité, il existe un registre d'injonction de payer, de restituer et de délivrer (RIPRD). Celui-ci reprend les ordonnances d'injonction de payer, de restituer et de délivrer ainsi que les oppositions à ces ordonnances. Il est également intéressant de signaler qu'en plus d'autres registres dans cette juridiction, il existe un registre de référé et un registre de la juridiction présidentielle(RJP) qui comprend toutes les contestations soumises à cette juridiction.
Jusqu'au mois de juillet 2013 dans les deux Tribunaux de Commerce aucune demande de délivrance ou de restitution d'un bien meuble corporel déterminé n'a été enregistrée au greffe.

La formulation de l'article 18 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution est de lecture aisée. Il est donc de la responsabilité des chefs de juridiction mais aussi des responsables des greffes de

veiller à l'application des dispositions prévues par la loi et de prévoir un registre spécial comprenant les différents éléments repris dans l'article précité.

VI. Application de l'article 12 dans la phase de l'opposition dans la procédure d'injonction de payer

Au regard, des différentes procédures engagées dans les tribunaux la phase de l'opposition est envisagée de manière différente.
La procédure de conciliation, qui est confidentielle, a pour objet de rechercher un accord amiable entre les parties et ainsi accélérer la solution du litige et éviter les charges financières d'un procès. Le législateur OHADA n'a pas fixé de quelle manière la procédure de conciliation devait se dérouler. Ainsi au Tribunal de Commerce de Kinshasa/Gombe avant que la composition désignée ne siège, le président de la chambre procède à la tentative de conciliation. Il siège en chambre du conseil. Parfois, il est demandé aux avocats d'aller obtenir une procuration spéciale de leurs clients afin de pouvoir valablement transiger ou encore les avocats sollicitent une remise à cette fin. A cet effet une remise est consentie et parfois la procédure s'étend en longueur.
Il ressort de la lecture d'une assignation à comparaitre en vertu de l'article 11 de l'AUPSRVE, qu'au Tribunal de Commerce de Kinshasa/Matete , il est signifié aux parties dans le même exploit de comparaitre par devant le Président du Tribunal pour une audience de conciliation conformément à l'article 12 du texte précité. Cette audience se déroulera en chambre du conseil.

Dans quelques rare cas la conciliation ayant réussi un Procès- verbal de conciliation a été dressé. Dans une affaire[1542] à la suite d'une ordonnance d'injonction de payer, pour une somme de 19.200$us, un procès-verbal de conciliation a été dressé et signé par le président et les parties en conflit en date du 04/06/2013. La lecture de ce Procès-verbal renseigne : *« A l'issue de la tentative de conciliation passée, en date du 04/06/2013, entre monsieur JPK et monsieur MN assistés de leurs conseils…un compromis partiel a été trouvé entre parties. Le débiteur JPK reconnait devoir la somme de 6.700$ us (six mille sept cents dollars) et ce au regard des décharges établies en date du 19, 23 et 24 septembre 2009. En foi de quoi… ».*

On constate que la somme reconnue par le débiteur JPK n'est pas celle de 19.200$us qui apparait dans l'ordonnance d'injonction de payer mais plutôt celle de 6.700$us reconnu après conciliation au regard des décharges invoquées. Le Procès- verbal ayant été signé par les parties sans émettre aucune réserve la conciliation est donc parfaite. Cela est confirmé par l'apposition de la formule exécutoire sur le Procès- verbal de conciliation et signification dudit procès-verbal en date du 28/06/13 à la requête du créancier MN.
En cas de désaccord le Tribunal de Commerce de Kinshasa/Matete a eu à établir plusieurs procès-verbaux de non conciliation. Le Tribunal de Commerce de Kinshasa/Gombe dans la cause inscrite sous le RCE 3045 a par PV de non conciliation en date du 05/06/2013 fait le constat de l'échec de la conciliation. Il sied de faire état d'une certaine doctrine[1543] qui soutient que si à l'audience de renvoi, la conciliation

---

1542 RIPDR 015, Tribunal de Commerce de Kinshasa/Matete

1543 Michel ADJAKA, La pratique des procédures simplifiées de recouvrement de créances dans l'espace OHADA 1ère édition, Ets SOUKOU, p 95

n'intervient pas, le juge doit constater par jugement avant dire droit, l'échec de la tentative de conciliation.
L'article 12 dispose : « La juridiction saisie sur opposition procède à une tentative de conciliation. Si celle-ci aboutit, le président dresse un procès-verbal de conciliation signé par les parties, dont une expédition est revêtue de la formule exécutoire. Si la tentative de conciliation échoue, la juridiction statue immédiatement sur la demande en recouvrement, même en l'absence du débiteur ayant formé opposition, par une décision qui aura les effets d'une décision contradictoire ».

Il ressort de cet article ci-dessus que le législateur OHADA n'a pas fait allusion au procès-verbal de non conciliation ni au jugement avant dire droit. Le fait de prendre une telle décision vicie-t-elle la procédure ? Nous relevons que l'audience de conciliation est une étape préalable avant l'examen de la cause en opposition. Que cette exigence de la loi est respectée même lorsque le président dresse un procès-verbal de non conciliation. En outre ledit Acte Uniforme n'a prévu aucune sanction quant à cette situation. La situation serait examinée autrement si un justiciable se plaignait que le temps mis pour la rédaction du procès-verbal de non conciliation ou du jugement avant dire droit lui aurait causé préjudice en allongeant la procédure et en favorisant l'insolvabilité du débiteur. Question de fait qui devra être examinée au cas par cas par les juridictions.
Une certaine tendance estime que cet automatisme de penser qu'à défaut de conciliation un P.V de non conciliation devrait être dressé doit disparaître à moins que le législateur OHADA au moment de la réforme n'opte pour cette solution. Pour d'autres bien que n'étant pas prévue l'établissement d'un Procès- verbal de non conciliation le fait de dresser un tel Procès-verbal est une pratique qui s'inscrit dans la logique de la loi et pratique judiciaire. Elle rallonge certes la procédure mais si l'on reste dans la logique du Procès- verbal de conciliation, il faudrait accepter la situation du Procès- verbal de non conciliation.

L'argument est tiré du droit du Travail [1544] ou il est prévu une procédure de conciliation en cas de litige individuel du travail entre le travailleur et l'employeur. A l'issue de celle-ci selon qu'il y a conciliation ou non l'inspecteur du travail va dresser un PV de conciliation ou de non conciliation ou encore établit un procès-verbal de carence valant constat de non-conciliation.
Dans un souci de célérité, étant donné que dans la majorité des cas il n'y a pas entente, la phase de conciliation pourrait être abandonnée étant donné qu'il est pratiquement fait recours à l'opposition et c'est devenu une étape qui sert parfois pour faire prospérer le dilatoire. Qu'en outre il y a possibilité pour les parties de se mettre d'accord à n'importe quel stade du procès et obtenir du tribunal un jugement d'expédient constatant leur accord. En cas de désaccord un jugement tranchant le litige interviendra à la fin du procès.
Cette hypothèse bien que reflétant la réalité sur terrain semble s'éloigner des premières préoccupations du législateur OHADA qui voulait d'une procédure de conciliation dans le but de favoriser un règlement amiable rapide. Malheureusement le recours à

[1544] Article 298 du code du Travail Congolais :« Les litiges individuels ne sont pas recevables devant le Tribunal du Travail s'ils n'ont été préalablement soumis à la procédure de conciliation, à l'initiative de l'une des parties, devant l'Inspecteur du Travail du ressort… »

l'opposition de l'ordonnance d'injonction de payer est quasi automatique[1545]. En cas de réforme de l'AUPSRVE des débats devraient porter sur cette question. Un effort de sensibilisation auprès des acteurs judiciaires, sur la nécessité de cette étape pourrait peut-être améliorer la situation.
L'exigence de statuer immédiatement telle que prévue à l'article 12 sous examen est dans la pratique réalisée de façon diverse[1546]. Immédiatement signifie –t-il qu'à la première audience l'instruction doit avoir lieu et la cause doit être prise en délibéré. On constate dans la pratique que plusieurs remises sont accordées sans que la cause ne soit examinée ou que jugement intervienne.

Il serait indiqué au regard de l'article 12, en attendant la réforme, que les juridictions puissent suivre à la lettre les exigences de l'article précité. Il devrait également être compris que « statuer immédiatement » signifie commencer la procédure directement après l'échec de la conciliation. Le juge sera donc guidé par les éléments du dossier qui devront être examinés et traités avec célérité. Cela n'exclut donc pas les remises à accorder aux parties pour tel ou tel motifs ou devoir à accomplir. Dans cette situation le législateur OHADA devrait contenir la procédure d'opposition dans un délai précis. Même sans prévoir des sanctions en cas de non-respect du délai, l'obligation de respecter la loi et de l'appliquer qui pèse sur le juge l'obligerait à se conformer à ce délai sous peine de mesure disciplinaire[1547]. La pratique fera que la partie qui a formé l'opposition dès la première audience communique toutes ses pièces et moyens à son adversaire. Il serait également avantageux que l'appel soit limité dans le temps. Cela

---

1545 Félix ONANA ETOUNDI, Grandes tendances jurisprudentielles de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en matière d'interprétation et d'application du Droit OHADA (1997-2010) près de 300 décisions et avis annotés et commentés par thème, collection : « Pratique et contentieux de Droit des Affaires, édition spéciale : octobre 2011, p.377

1546 Félix ONANA ETOUNDI, op. cit, p.380

1547 En RDC cela pourrait se réaliser par la combinaison des articles 5, 46 et 47 point7 de la Loi organique n° 06/020 du 10 octobre 2006 portant statut des magistrats. Article 5 : « Le magistrat n'entre en fonction qu'après avoir prêté verbalement ou par écrit, devant la juridiction à laquelle il est affecté, le serment : « je jure de respecter la Constitution et les lois de la République Démocratique du Congo et de remplir loyalement et fidèlement, avec honneur et dignité, les fonctions qui me sont confiées ».

Article 46 : « Tout manquement par un magistrat aux devoirs de son état, à l'honneur ou à la dignité de ses fonctions, constitue une faute disciplinaire. »

Article 47 :

Sont notamment constitutifs de fautes disciplinaires :

1. le fait, pour un magistrat du Parquet, de ne pas rendre son avis dans les délais suivants :

a) endéans dix jours au pénal ;

b) endéans trente jours pour les matières du travail ;

c) endéans trente jours pour les affaires civiles ou commerciales ;

2. le fait pour les juges de ne pas rendre une décision dans les mêmes délais ;

3. le fait pour un magistrat de chercher directement ou indirectement à entrer en contact avec les parties en cause avant son avis, ou sa décision, selon le cas ;

4. le fait de procéder à des arrestations et détentions arbitraires ;

5. le fait de ne pas informer l'inculpé ou prévenu de ses droits, conformément aux articles 17 et 18 de la Constitution ;

6. le fait d'encourager ou de pratiquer la torture ;

7. le fait pour un magistrat de violer les termes de son serment ;

8. le fait pour un magistrat, au cours de l'instruction, de se rendre coupable des tortures ou d'autres traitements cruels, inhumains, dégradants ou encore d'harcèlements et des violences sexuelles.

permettrait de rejoindre les premières préoccupations au moment de la création de l'OHADA de voir les procédures simplifiées de recouvrement être des procédures accélérées.

VII. Article 30 de l'AUPSRVE

Le législateur OHADA instaure le principe de l'immunité d'exécution des personnes morales de Droit public ou des entreprises publiques.
L'article 30 de l'AUPSRVE dispose : « L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution.
Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité… »
Cette immunité des personnes morales de Droit public ou des entreprises publiques malgré son tempérament de compensation des dettes pose problème surtout lorsque celles-ci agissent ou concluent des contrats dans le cadre d'une activité commerciale.
La solution serait celle qui est préconisée par la majorité des intervenants du monde des affaires de voir la portée de ce principe d'immunité d'exécution dont bénéficient les personnes morales de Droit public être réduit. Cette restriction concernerait uniquement les personnes morales de Droit Public agissant strictement dans le cadre d'une mission de service public[1548].

Mais si ces dernières contractent avec un partenaire pour obtenir des fournitures de bureau par exemple cette solution posera également problème étant donné qu'il y aura également un fournisseur se trouvant en difficulté de recouvrer sa créance. Et si après compensation un solde persiste, quelle sera la solution à adopter ? Faudra-t-il attendre une solution à l'amiable dépendant du bon vouloir de l'établissement public ?
Dans un cas d'espèce, à la suite d'une ordonnance d'injonction de payer du président ai du tribunal de commerce de Kinshasa/Gombe, une saisie attribution avait été opérée sur les avoirs logés dans différentes banques du Programme National Multisectoriel de lutte contre le SIDA (PNLMS) qui est une institution publique de l'Etat chargée de la lutte contre le SIDA . Celui-ci va initier une action en contestation de cette saisie attribution. La décision qui interviendra fera application de l'article 30 précité pour ordonner la main levée de ladite saisie au motif que le PNMLS est une institution publique de l'Etat. (Référé 243)

La grande tendance à Kinshasa estime que les partenaires en affaire devraient bénéficier des mêmes avantages et être soumis aux mêmes règles. Cela permettrait de maintenir l'équilibre tant recherché pour les activités économiques et commerciales et obligerait ainsi chaque partie à un contrat à respecter ses engagements. L'assainissement du climat des affaires tant recherché dans le pays et dans la zone OHADA devrait également passer par cette solution.

[1548] Félix ONANA ETOUNDI, op.cit, p.436 ; Du même auteur, L'immunité d'exécution des personnes morales de Droit Public et ses applications jurisprudentielles en Droit OHADA, in revue de Droit Uniforme Africain n°000-09/08/2010

Il est constaté paradoxalement à cet article 30 que des saisies continuent à être pratiquées sur les avoirs de ses Entreprises publiques transformées. L'Huissier de justice près le Tribunal de Commerce de Kinshasa/Gombe a eu à procéder à une saisie attribution des créances en date du 13 mai 2013 sur les sommes d'argent de la société commerciale des transports et des ports, une entreprise publique transformée[1549].
Les Tribunaux de Commerce de Kinshasa font application de l'article 30 susmentionné et toute les fois qu'une saisie a été opérée sur les biens des Entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, établissements publics et services publics ils ont rendu des décisions ordonnant la main levée desdites saisies.
En effet il a été décidé en ce sens à plusieurs reprises du fait que l'Etat Congolais est l'actionnaire unique et de ce fait ses avoirs ne peuvent faire l'objet d'une exécution forcée parce que bénéficiaire d'une immunité d'exécution.

Les actions en justice continuent à être initiées. Cela ne fait que ressortir la situation dans laquelle sont placés les créanciers. Une solution dans devient impérieuse.
En règle générale les contrats en droit privé sont signés sur une base égalitaire et sont basés sur le consentement. La position « dominante » des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques au regard de l'article 30 crée un déséquilibre et une perturbation dans le monde des affaires. Certes ces dernières visent l'intérêt général dans les activités et missions qui sont les leurs. Mais doivent-elles pour cela être le maillon faible de l'activité économique en se « recouvrant » de l'article 30 de l'AUPSRVE toute les fois qu'elles devront faire face à leurs obligations ? La solution proposant la restriction de l'immunité d'exécution uniquement aux personnes morales de Droit Public agissant strictement dans le cadre d'une mission de service public serait une avancée. Elle devrait être renforcée par une procédure particulière devant aboutir au paiement de la créance et répondant à un certain délai et pourquoi ne pas envisager le cas échéant une levée de cette immunité. Une autre solution qui va dans le sens du dynamisme du Droit serait celle de voir les entreprises publiques par exemple renoncer à leur immunité d'exécution au moment de la signature du contrat. Cela aurait au-delà du bénéfice que l'on pourrait tirer sur le plan judiciaire celui de favoriser la Bonne Gouvernance dans la zone OHADA.

VIII. Article 111 de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'ordre judiciaire

L'article 111 de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'ordre judiciaire dispose « Quelle que soit la valeur du litige, les présidents des tribunaux de paix, ou, à défaut, les présidents des tribunaux de grande instance, là où les tribunaux de paix ne sont pas installés,

---

1549 Le programme de désengagement de l'Etat dans les entreprises du portefeuille s'inscrit dans le contexte des réformes économiques entreprises afin de favoriser un meilleur développement économique. Cela est devenu concret par la loi n°08/008 du 07 Juillet 2008 portant dispositions générales relative au Désengagement de l'Etat des entreprises du portefeuille. Le Décret n°09/11 du 24 Avril 2009 portant mesures transitoires relatives à la transformation des entreprises publiques du Premier Ministre fixe la liste des, établissements publics, services publics et des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales. En ce qui concerne ces dernières, l'Etat Congolais et l'actionnaire unique. Le processus est en cours et n'est pas encore achevé.

peuvent autoriser les saisies arrêts et les saisies conservatoires en matière civile ou commerciale ».
La lecture de cet article engendre au sein du monde judiciaire et du monde des affaires des interprétations et application différentes.
Bien que le thème développé ne concerne que la ville de Kinshasa, il est cependant utile de signaler que le Tribunal de Commerce de Lubumbashi[1550] en matière de saisie connait des applications différentes dépendant de la position du chef de juridiction. Le premier chef de juridiction a eu à procéder aux saisies tel que cela était prévu dans le titre III « Des voies d'exécution et de sûreté » du code de procédure civile datant du 07 mars 1960 partant des articles 105 à 143 tout en prenant en compte la compétence en matière commerciale et économique.

Le président l'ayant succédé au regard du même texte a estimé que les saisies devaient être opérées par les tribunaux de paix et pour toutes celles liées à la matière économique et commerciale la validation de la saisie devait se faire par devant le Tribunal de Commerce. Le troisième magistrat à présider cette juridiction va revenir à la première position et pratiquer les saisies. A la date de ce jour au regard de l'article 111 de la loi précitée le Tribunal de Commerce de Lubumbashi a délaissé la matière des saisies aux Tribunaux de paix du même ressort.

Le Tribunal de Commerce de Kinshasa/ Matete continue à procéder aux saisies. S'agissant du Tribunal de Commerce de Kinshasa / Gombe celui-ci estime que la compétence en ce qui concerne les matières commerciale et économique lui est dévolue de par la loi et continue aussi à procéder aux saisies. Qu'en outre au regard des règles édictées par l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, l'article 111 se trouve abrogé. Que c'est ainsi elle a eu à déclarer nul et de nul effet l'ordonnance de saisie conservatoire prise et tous les actes y afférents par le Tribunal de paix de Kinshasa/Gombe au motif que le juge de paix est incompétent en raison de la matière et a ainsi ordonné la main levée de la saisie[1551].
Les tribunaux de paix, fort de cet article 111 procèdent aux saisies quelle que soit la matière.

A la suite de l'ordonnance n°0103/2013 rendue par le Tribunal de paix de Kinshasa/Matete en date du 10/07/2013 dans une matière commerciale (bail professionnel) des biens d'un commerçant ont été saisi. Le président a ordonné la saisie sur pied des articles 137 et 138 du code de Procédure civile. Pourtant, le titre III « Des voies d'exécution et de sûreté » du code de procédure civile datant du 07 mars 1960 partant des articles 105 à 143 comme dit plus haut a été abrogé par l'article 336 de l'AUPSRVE.

Cet article 111 pose problème au regard du Droit OHADA et de la compétence matérielle des Tribunaux de Commerce.
S'agissant du droit OHADA, l'article 10 du traité du 17/10/1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique tel que révisé à ce jour dispose que les Actes Uniformes

---

1550 Chef-lieu de la province du KATANGA en RDC
1551 Référé 246 du 23 juillet 2013

sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.

Cet article 10 consacre la primauté et l'effet direct des Actes Uniformes[1552]. La CCJA[1553], dans son avis n°002/99/EP du 13 octobre 1999 sur demande de la République du Mali en date du 22 mai 1999, avait émis la réponse suivante :*<<l'art. 10 du traité….ayant affirmé la force obligatoire des actes Uniformes et leur supériorité sur les dispositions du droit interne des états parties et les articles 336 et 337 de l'acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécutions ayant exclu toute possibilité de dérogation audit Acte Uniforme dans les matières qu'il concerne… »*

Les articles 336 et 337 de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution disposent respectivement : « Le présent Acte Uniforme abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les Etats parties. » et « Le présent Acte Uniforme sera applicable aux mesures conservatoires, mesures d'exécution forcée et procédures de recouvrement engagées après son entrée en vigueur. »

Le titre III du code de procédure civile ayant trait aux voies d'exécution et de sûreté se retrouve donc abrogé par le fait des articles 336 de l'Acte Uniforme précité et de l'article 10 du Traité du 17 octobre 1993 tel que révisé à ce jour. L'abrogation des lois interne des Etats membres de l'OHADA survient lorsqu'il y a des dispositions contraires à un Acte Uniforme mais concernant cet acte uniforme celui-ci abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les Etats parties.
Le titre III du code de procédure civile ayant trait aux voies d'exécution et de sûreté se retrouve abrogé par le fait des articles 336 de l'Acte Uniforme précité et l'article 10 du Traité. L'abrogation des lois interne des Etats membres de l'OHADA survient lorsqu'il y a des dispositions contraires à un Acte Uniforme mais concernant cet acte uniforme celui-ci abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les Etats parties.

Un autre problème est celui de la juridiction compétente.
Il y a lieu de relever avant d'aborder ce point que le Droit judiciaire congolais ne connait pas la procédure de référé[1554]ni le juge de l'exécution et bien d'autres professions et institutions judiciaires.
S'agissant de la juridiction compétente pour une certaine opinion, le juge de paix est seul compétent au regard de l'article 111 précité. Mais peut-on parler d'un juge compétent lorsque la loi se base sur une matière et disposition déjà abrogée? Devant une telle

---

1552 Traité et actes uniformes commentés et annotés, 4ème édition, Juriscope 2012,pp. 35, 36 et 37 ; Commission Nationale OHADA-RDC, Harmonisation du droit congolais avec les Actes uniformes de l'OHADA volume 1,étude et publication réalisées avec le soutien de la Banque Mondiale et du COPIREP,p.15

1553 Félix ONANA ETOUNDI, Grandes tendances jurisprudentielles de la Cour Communes de Justice et d'Arbitrage en matière d'interprétation et d'application du Droit OHADA (1997-2010)(Près de 300 décisions et avis annotés et commentés par thème),collection :Pratique et contentieux de droit des affaires, octobre 2011, pp 234 et s ;

1554 Commission Nationale OHADA-RDC, op.cit, p 34

situation chaque juridiction devra prendre en considération la matière qu'elle a le droit de connaitre en vertu de la loi pour retenir ou pas sa compétence[1555].
Cet article 111 de la loi précitée qui concerne les saisies conservatoires et saisies arrêt est une disposition qui survient après l'application des Actes Uniformes en République Démocratique du Congo. L'on peut relever que cette disposition en parlant de la saisie arrêt se trouve en contradiction avec l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

La question qui se pose est celle de savoir quel est le contenu de la saisie conservatoire dont il est fait état dans cet article 111. Etant donné que cet article cite la saisie arrêt devons-nous penser qu'il s'agit de la saisie conservatoire prévue par les articles 137 et 138[1556]du code de procédure civile précité ? Nous retenons qu'aucune précision n'est donnée par ladite loi quant à ce. Néanmoins nous relevons que certains justiciables et Tribunaux de paix continuent à faire référence aux articles précités du code de procédure civile.
S'agissant de la compétence matérielle des Tribunaux de Commerce, l'article 17 de la loi 002/2001 du 03 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de Commerce fixe la compétence de ces juridictions. De par la volonté du législateur la matière commerciale et économique relève de la compétence des Tribunaux de Commerce. Ainsi les saisies, étant toujours générés par un litige, lorsqu'elles concernent la matière commerciale et économique elles doivent être pratiquées par ces dernières juridictions. Qu'en outre l'article 149[1557] de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'ordre judiciaire par sa formulation confirme cette compétence. Qu'en effet il se dégage de la simple lecture de cet article que les dispositions relatives à l'organisation et à la compétence telles que prévues par ladite loi organique ne sont

---

1555 Loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'ordre judiciaire Article 110 : Les tribunaux de paix connaissent de toute contestation portant sur le droit de la famille, les successions, les libéralités et les conflits fonciers collectifs ou individuels régis par la coutume.

Ils connaissent de toutes les autres contestations susceptibles d'évaluation pour autant que leur valeur ne dépasse pas deux millions cinq cent mille francs congolais.

Ils connaissent également de l'exécution des actes authentiques.

Article 112 : Les tribunaux de grande instance connaissent de toutes les contestations qui ne sont pas de la compétence des tribunaux de paix. Toutefois, saisi d'une action de la compétence des tribunaux de paix, le tribunal de grande instance statue au fond en dernier ressort si le défendeur fait acter son accord exprès par le greffier.

1556 Décret du 7 mars 1960 portant code de procédure civile Art. 137 : Tout créancier, même sans titre, peut, sans commandement préalable, mais avec permission du juge, faire saisir conservatoirement les effets mobiliers de son débiteur.

La saisie conservatoire est faite en la même forme que la saisie-exécution.

Art. 138 : La saisie conservatoire n'est autorisée par le juge que s'il y a de sérieuses raisons de craindre l'enlèvement des effets mobiliers du débiteur et n'est valable qu'à la condition d'être suivie d'une demande en validité dans le délai fixé par l'ordonnance accordant l'autorisation

1557 Article 149 de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'ordre judiciaire : Les règles relatives à l'organisation et à la compétence prévues par la présente loi organique sont applicables en matière commerciale et sociale là où les tribunaux de commerce et les tribunaux du travail ne sont pas encore installés.

d'application en matière commerciale et sociale que là où les tribunaux de commerce et les tribunaux du travail ne sont pas encore installés. Cela revient à dire que là où les tribunaux de commerce, les tribunaux du travail et les tribunaux pour enfants existent les lois particulières portant création et fixant la compétence et l'organisation de ses juridictions sont d'application. Leur compétence particulière est donc reconnue.
En prenant l'hypothèse qu'une saisie concernant la matière commerciale et économique est pratiquée par le tribunal de paix, quelle serait la juridiction compétente pour connaitre de l'appel ?

Le Tribunal de Grande Instance ne pourra pas connaitre de l'appel du fait que la matière commerciale ne rentre pas dans sa compétence matérielle. Néanmoins dans les dispositions finales et transitoires de la loi sur les Tribunaux de Commerce l'article 44 dispose que jusqu'à l'installation effective des Tribunaux de Commerce, leur compétence sera exercée par le Tribunal de Grande Instance. Dans cette situation le tribunal agira-t-il comme Tribunal de Grande Instance ou en vertu de cet article 44 de la loi sur les Tribunaux de Commerce? Situation ambiguë et non satisfaisante.
Le Tribunal de Commerce ne pourra pas connaitre de cet appel étant donné que de par la loi elle n'est pas une juridiction d'appel. En effet l'article 2 de la loi portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de Commerce dispose : « Le Tribunal de Commerce est une juridiction de droit commun siégeant au premier degré et composée de juges permanents qui sont des magistrats de carrière et de juges consulaires…. ». La juridiction d'appel étant en toute logique celle ayant un rang immédiatement supérieure et prévue par la loi cette situation va créer un problème.

En conclusion cet article 111 qui est appliqué malheureusement par plusieurs juridictions à travers la République sans tenir compte de l'article 10 du traité et des articles 336 et 337 de l'Acte Uniforme précité et de l'article 17 de la loi 002/2001 du 03 juillet 2001 portant création, organisation et fonctionnement des Tribunaux de Commerce crée une véritable insécurité judiciaire. Les justiciables ne savent plus devant quelles juridictions se présenter. Certaines juridictions se considèrent compétentes et d'autres pas. Pour certaines elles le sont en vertu de l'article 111 précité et de ce fait procède aux saisies quel que soit la nature de la créance. Pour d'autres juridictions elles le sont en vertu de la compétence que la loi leur reconnait. C'est le cas des Tribunaux de commerce de Kinshasa. D'autres juridictions se refusent la compétence en matière de saisie en vertu de l'interprétation faite de cet article 111 de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013.Une réforme du droit judiciaire Congolais prenant en compte le Droit OHADA s'impose. Nous pensons qu'en attendant cette réforme et la modification de l'article 111 de la loi organique n° 13/011-B du 11 avril 2013 portant organisation, fonctionnement et compétence des juridictions de l'ordre judiciaire la Haute Hiérarchie devrait pouvoir intervenir pour éclairer les juges et trancher sur la question de compétence des juridictions congolaises en matière de saisie.

IX. Saisie immobilière

Jusque en 2013 aucune des deux juridictions de Commerce de la ville de Kinshasa n'avait été saisie d'un cas de saisie immobilière enrôlé à partir de la date du 12 septembre 2012. Toutes les procédures en cours ont débuté avant que le Droit OHADA ne soit d'application et conformément à l'article 337 du présent Acte Uniforme la

procédure ancienne en matière immobilière est d'application. L'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ne pouvant être applicable qu'aux mesures conservatoires, mesures d'exécution forcée et procédures de recouvrement engagées après son entrée en vigueur.
Bien qu'il n'y ait pas encore eu lieu à des procédures en matière de saisie immobilière en vertu de cet Acte Uniforme cela n'empêche de relever certaines remarques.

L'AU précité a prévu avant l'ouverture des enchères, qu'il soit préparé des bougies de manière que chacune d'elles ait une durée d'environ une minute. Aussitôt les enchères ouvertes, il sera allumé une bougie et le montant de la mise à prix devra être annoncé (article 283 alinéa 2). Donc la loi n'a prévu qu'un Chronométrage basée sur une bougie.
Le législateur OHADA devra tenir compte de l'évolution des pratiques dans l'organisation des ventes publiques dans la réforme de cet Acte Uniforme. La procédure gagnerait en précision et en « sérénité » en donnant la possibilité d'utilisation aussi des modes de chronométrage moderne. A ce titre, le législateur OHADA devra permettre le choix entre les bougies d'une minute ou l'usage du chronomètre par exemple qui est plus adapté à notre époque.

X. Conclusion

Depuis l'indépendance de la République Démocratique du Congo, le code de procédure civile est demeuré parmi les textes de base de la procédure par laquelle un créancier pouvait obtenir une décision de justice condamnant son débiteur au paiement de sa créance et recourir aux voies d'exécution. Avec les Actes Uniformes une page de l'histoire judiciaire de la RDC a été modifiée et peut être même tournée.
Le Droit à un caractère dynamique car il est appelé à évoluer et à s'adapter à l'évolution de chaque société. On peut donc relever pour la République Démocratique du Congo un avantage en gain de temps, d'énergie et de réflexions d'avoir intégré dans son Droit interne un ensemble de textes de lois, à savoir les Actes Uniformes. Nous pouvons retenir de nouvelles procédures, mais aussi de nouvelles formes de saisies. Nous pouvons également retenir les nouvelles professions à venir et celles à libéraliser. Nous pouvons dire comme le professeur Roger MASAMBA que l'OHADA apparaît comme une opportunité historique[1558].

Il appartient donc aux Congolais de s'approprier du Droit OHADA et ainsi contribuer à l'assainissement du climat des affaires.

A ce jour l'application des Actes Uniformes en République Démocratique du Congo est une réalité effective par devant les Cours et Tribunaux. La justice Congolaise doit désormais appliquer les Actes Uniformes. Elle se trouve confrontée à des procédures nouvelles parfois différentes des procédures jadis appliqués dans les juridictions. L'examen de l'application de l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution a été retenu du fait qu'il est le plus sollicité en cas de litige. Les difficultés rencontrées et reprises dans les cas d'espèces

[1558] Lire Roger MASAMBA, L'OHADA en RDC Manuel de vulgarisation, www.congolegal.cd, Kinshasa 2012, page 3

sont réelles. Plusieurs difficultés d'ordre pratique et procédural ont surgi et l'analyse de celles-ci permettent de voir les avancées effectuées par les juridictions congolaises en termes d'application. Elles permettent également de déceler les failles mais aussi d'envisager des propositions de modification. Le Droit étant par principe dynamique.
A ce jour, au regard des actes de procédures et des décisions rendues, les chefs de juridictions et autres intervenants judiciaires se sont investis afin d'obtenir des améliorations en ce qui concernent notamment la rédaction des exploits au regard des mentions exigées dans l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution mais essentiellement en ce qui concerne l'application des actes Uniformes.

Le trop lourd formalisme qui ressort de cet Acte Uniforme fait ressortir la nécessité de la formation des différents intervenants judiciaires pour une bonne application de la loi. Etant donné que la République Démocratique du Congo se trouve encore dans une période de transition ou l'ancienne législation cohabite avec les Actes Uniformes dans les juridictions, des formations sont aussi indispensables auprès des acteurs économiques ainsi que des sessions d'informations dirigés vers le grand public qui n'est toujours pas en contact avec les lois.

Nous retenons que la bonne application du Droit, l'exécution rapide des décisions de justice est parmi le gage d'une sécurité juridique et judiciaire dans la zone OHADA. Que cela est également le levain d'un développement économique pour les 17 pays membres de l'OHADA.

Les entreprises publiques RDCongolaises transformées en sociétés commerciales à l'épreuve de l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

Par Gilbert TONDUANGU KONGOLO

Enseignant vacataire de l'ERSUMA pour la RDCongo

Magistrat à la Cour des comptes de la RDC

Résumé

L'Etat congolais a amorcé depuis 2008 une réforme dans le domaine des entreprises publiques en initiant le processus de son désengagement desdites entreprises. Le droit OHADA introduit en RDC depuis le 12 septembre 2012, est une nouvelle donne censée parfaire cette réforme dans la mesure où les entreprises de l'Etat œuvrant dans le secteur marchand sont appelées à revêtir la forme commerciale. Le législateur, ayant manifesté son attrait pour les sociétés par action à responsabilité limitée, il sera abordé ici la question du passage de cette forme de société à celle de société anonyme qui s'avère être sa correspondante en droit OHADA. Un accent particulier sera mis sur les avantages de cette mutation et ses implications notamment en termes de revers d'un actionnariat public unique, conséquence de la crainte des partenaires privés à collaborer avec l'Etat au sein des entreprises publiques ainsi transformées. L'actionnariat salarié serait un palliatif.

Plan

Introduction

I. Bref aperçu de la législation sur les sociétés commerciales d'avant le droit OHADA

A. La notion de société dans la législation congolaise sur les sociétés commerciales

B. La nomenclature des sociétés commerciales

II. Des innovations apportées par le Droit OHADA au droit congolais des sociétés commerciales

A. La nomenclature des sociétés commerciales

B. l'unipersonnalité des sociétés commerciales

B. La suppression de l'autorisation présidentielle pour les sociétés des capitaux

C. La revalorisation de l'institution « commissaire aux comptes »

III. L'impact du droit OHADA des sociétés commerciales et du GIE sur la forme et le fonctionnement des entreprises publiques congolaises transformées

A. L'impact sur la forme juridique des entreprises publiques transformées

B. L'impact sur le fonctionnement des entreprises publiques transformées

C. L'actionnariat des salariés : Un palliatif aux faiblesses d'un actionnariat public unique.

Conclusion

Introduction

En date du 11 Février 2010, après son adoption par l'Assemblée nationale et le Sénat, le Président de la République démocratique du Congo a promulgué la loi n° 10/002 autorisant l'adhésion de la RDC au traité de l'OHADA[1559]. Le 27 juin 2012, la RDC a parfait le processus de cette adhésion en déposant au Sénégal, l'Etat dépositaire du traité, les instruments d'adhésion à l'OHADA. Il devenait ipso facto le 17ème pays membre de cette organisation.

Conformément à l'article 52 alinéa 3 du traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, la RDC avait, dès cet instant, soixante jours pour la mise en application sur son territoire des actes uniformes de l'OHADA. Aujourd'hui donc, le Droit OHADA s'applique en République démocratique du Congo.

Cette adhésion intervient presque après quatre ans que l'Etat congolais ait entrepris le processus de son désengagement de ses entreprises publiques. Pour ce faire, un Comité de pilotage de la réforme des entreprises du portefeuille de l'Etat, « COPIREP » en sigle, a été créé. [1560] Il s'agit d'un établissement public à caractère technique créé en exécution de l'article 10 de la loi n° 08/008 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives au désengagement de l'Etat des entreprises du Portefeuille. COPIREP est chargé principalement de la gestion du processus de désengagement de l'Etat ainsi que du processus de la réforme du Portefeuille de l'Etat par la préparation ainsi que par le suivi et le contrôle de sa mise en œuvre. C'est cette structure qui a élaboré l'avant-projet de la réforme des entreprises publiques en proposant leur transformation les unes en établissements publics, les autres en services publics et d'autres encore en sociétés commerciales, le reste étant purement et simplement liquidé. C'est l'objet de la loi n° 08/007 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques, qui dispose en son article 3 que « les entreprises publiques sont, selon le cas :

4. transformées en sociétés commerciales ;
5. transformées en établissements publics ou en services publics ;
6. dissoutes et liquidées. [1561]

Deux décrets du Premier ministre portant respectivement les numéros 09/11 et 09/12 du 24 avril 2009[1562] prises en application de la loi précitée sont venus définir d'une part les mesures transitoires relatives à la transformation des entreprises publiques et d'autre part, la liste des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales, établissements publics et services publics. Le décret n° 09/13 s'est chargé, quant à lui,

---

1559 Loi n° 10/2010 du 11 février 2010, Journal officiel de la République démocratique du Congo, n° spécial, 3 mars 2010.

1560 Décret n° 09/15 du 24 avril 2009, Journal officiel de la RDC, n° spécial, 30 avril 2009.

1561 Loi n° 08/007 du 07 juillet 2008, Journal officiel de la République démocratique du Congo, numéro spécial du 12 juillet 2008, page 3.

1562 Décrets n°s 09/11 et 09/12 du 24 avril 2009, Journal officiel de la République démocratique du Congo, numéro spécial du 30 avril 2009, pages 1 et suivantes.

de la dissolution et de la liquidation de quelques entreprises publiques, en l'occurrence celles qui n'auront pas été transformées en sociétés commerciales, ni en établissements ni en services publics.

Ce qui nous intéresse ici ce sont les entreprises publiques transformées en sociétés commerciales car c'est cette catégorie qui est la seule concernée par les règles fixées par le nouveau Droit des sociétés commerciales du fait qu'elles opèrent dans le domaine des affaires.

En effet, comme l'écrit le professeur LUKOMBE NGHENDA paraphrasant Monsieur Roger Christen, ce consultant de la Banque mondiale qui avait gagné l'adjudication publique sur la réforme des entreprises publiques congolaises, « *le Gouvernement de la RDC souhaite procéder à la réforme du statut juridique et réglementaire de ses entreprises publiques, et cela en vue notamment de créer un cadre institutionnel propre à insuffler un dynamisme nouveau aux entreprises publiques et à améliorer leur potentiel de production, et à faciliter la mise en place d'un droit conforme aux principes de bonne gouvernance, notamment dans la perspective de l'adhésion prochaine de la RDC à l'OHADA. »*[1563]

Ce n'est donc pas par hasard que le législateur congolais, prenant en charge l'avant-projet élaboré par le COPIREP, a prévu que *« les entreprises publiques du secteur marchand seraient transformées en sociétés commerciales soumises au régime de droit commun et aux dispositions abrogatoires de la présente loi et que la société commerciale dont question serait une société par actions à responsabilité limitée.* [1564]»

C'est dans cette optique que les statuts révisés de chacune desdites entreprises prévoient que « *lors de l'entrée en vigueur de la législation OHADA en République démocratique du Congo, la société sera transformée en société anonyme… »*[1565]

Ayant depuis la loi précitée et ses mesures d'application, connu une première mutation quant à leur forme en devenant des sociétés par actions à responsabilité limitée, les entreprises publiques congolaises sont appelées à en connaître d'autres plus profondes suite à l'entrée en vigueur sur le territoire national du Droit de l'OHADA, spécialement l'acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, AUSCGIE en sigle.[1566]

Il sera donc question ici d'étudier l'impact de cet acte uniforme sur la forme et le fonctionnement de ces anciennes entreprises publiques récemment transformées en sociétés par actions à responsabilité limitée dans le but d'en dégager les avantages et les implications pour les entreprises ainsi transformées.

1563 LUKOMBE NGHENDA, Le Droit des entreprises publiques, né de la réforme du 7 juillet 2008, Publication des Facultés de Droit des Universités du Congo, 2009, p. 17.

1564 Article 4 et 5 de la loi n° 08/007 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques, journal officiel de la République démocratique du Congo, numéro spécial du 12 juillet 2008, page 3.

1565 Lire l'article 49 des statuts de la Société nationale d'assurances, « SONAS SARL».

1566 Journal officiel OHADA n° 2. 01/10/97, pages 1 et suivantes.

La nouvelle législation comporte évidemment d'importantes innovations. Il remplace quasiment de vieux textes coloniaux qui régissaient jusqu'alors les sociétés commerciales. Il est, en effet, de notoriété publique que la RDC, à l'instar de la plupart des autres pays africains de l'espace OHADA, disposait jusqu'alors d'une législation commerciale très vétuste et éparse, vecteur donc d'une insécurité juridique certaine. Nous y reviendrons dans la première partie du présent article.

Avant d'aborder l'étude des innovations apportées par le nouveau droit des sociétés commerciales et leur impact sur la forme et le fonctionnement des entreprises publiques congolaises transformées (III), nous aimerions rappeler en quelques lignes la législation sur les sociétés commerciales d'avant le droit OHADA en République démocratique du Congo (I) ainsi que les innovations apportées par le droit OHADA au droit congolais des sociétés commerciales (II).

B. Bref aperçu de la législation sur les sociétés commerciales d'avant le droit OHADA

La période pré-OHADA est caractérisée en RDC par une législation commerciale vétuste, éparse et lacunaire à l'instar de la plupart des Etats africains membres de l'OHADA. C'est ce qui a fait dire à Monsieur Joseph KAMGA que *« la volonté politique principale de l'OHADA est de redonner confiance aux investisseurs qui, pendant longtemps, ont tourné le dos à l'Afrique à cause de l'insécurité juridique caractérisée par l'obsolescence, l'éparpillement et l'extrême hétérogénéité de ses législations de nature économique… »*[1567]

Parlant de la RDC, le même auteur note que « l'ancien droit congolais des sociétés est encore plus symptomatique de l'inadaptation du droit congolais à la vie moderne des affaires[1568]. »

En RDC, en effet, la législation en matière des sociétés commerciales était constituée essentiellement des textes ci-après : le Décret du Roi souverain du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales[1569], l'arrêté royal du 22 juin 1926 sur les sociétés par actions à responsabilité limitée[1570], le décret du Roi souverain du 24 mars 1956 sur les sociétés coopératives[1571], le décret du 23 juin 1960, sans oublier l'article 446 alinéa 1er du décret du Roi souverain du 30 juillet 1888 sur les contrats et les obligations conventionnelles (code civil livre III) qui définit le contrat de société[1572].

1567 Joseph KAMGA, l'apport du droit OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les Etats-parties in Revue des Juristes de sciences po. Hiver 2012, n° 5

1568 KAMGA (J) et Marlize (E), « L'insertion du droit de l'Ohada en RD Congo : Les roses et les épines » in Revue de l'ERSUMA, n° 2, mars 2013, p. 245

1569 Bulletin officiel, 1887, p. 24, nouvelle édition, p. 150.

1570 Bulletin officiel, 1926, p. 588.

1571 Bulletin officiel, 1956, p. 1690.

1572 Bulletin officiel, 1888, p. 109.

A. La notion de société dans la législation congolaise des sociétés commerciales

La notion de société en droit congolais évolue selon qu'elle est formée entre les particuliers, entre les particuliers et l'Etat et par l'Etat seul en tant qu'actionnaire unique.

1. La société formée entre les particuliers

L'article 446.1 du décret du Roi souverain du 30 juillet 1888 relatif aux obligations, définissait la société comme .un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

Dans ses études sur les sociétés congolaises parues dans la revue de doctrine et de jurisprudence coloniales, John VAN DAMNE a enrichi la définition légale en appréhendant la société comme « une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent de former un fonds commun au moyen de mises à fournir par chacune d'elles, dans la vue d'arriver à un résultat déterminé, ou de partager les bénéfices mais aussi les pertes[1573]. » Ainsi comprise, la société est à la fois un contrat et une institution :

En tant que contrat, la société est un acte juridique par lequel deux ou plusieurs personnes décident de mettre en commun des biens ou leur industrie (activité, compétence…) dans le but de partager les bénéfices, les économies ou les pertes qui pourront en résulter[1574]. Ce contrat se caractérise donc par la mise en commun des apports, la vocation au partage des bénéfices et contribution aux pertes et l'affectio societatis (la volonté d'être en société). Le droit congolais ne connaissait donc pas de société unipersonnelle.

En tant qu'institution, la société est la personne morale qui s'en suit et qui fonctionne avec des organes et un patrimoine propres.

Cette notion de société a connu une évolution par la suite avec la création des sociétés d'économie mixte et les sociétés créées par l'Etat congolais seul en tant qu'actionnaire unique.

2. la société formée entre l'Etat congolais et les particuliers : Société d'économie mixte

La société d'économie mixte ou société mixte est une société fondée sous un statut commercial et soumise aux règles du droit des affaires, mais associant dans des proportions très variables des capitaux d'origine publique toujours majoritaire (Etat, collectivités locales, établissements publics) et d'origine privée, et dont l'activité diffère profondément des unes aux autres.[1575]

1573 LUKOMBE NGHENDA, Droit congolais des sociétés, Tome I, Presses universitaires du Congo, 1999, p. 40.

1574 GUILLIEN (R) et VINCENT (J) Lexique des termes juridiques, 13ème édition, v° société.

1575 Idem, v° Société d'économie mixte.

Il s'agit, en d'autres termes, d'une société formée entre l'Etat et des particuliers. Elle fonctionne exactement comme une société formée entre particuliers mais avec cette particularité que l'Etat y détient une part dans le capital. C'est le cas notamment de la Cimenterie nationale (CINAT), de la société congolo-italienne des raffineries (SOCIR) et de la société des entreprises pétrolières du Congo (SEP-CONGO).

3. La société d'Etat

C'est avec la création de sociétés d'Etat que la notion de société définie comme contrat a connu une évolution. Par dérogation au droit commun des sociétés, le législateur a prévu la possibilité pour l'Etat d'être actionnaire unique dans ses entreprises.

Le terme « société d'Etat » a pris deux formes en droit congolais : D'abord, sous forme des sociétés nationalisées comme la Générale des carrières et des mines (GECAMINES). En effet, une ordonnance-loi du 02 janvier 1967 autorisa la constitution d'une Société d'Etat à 100 % dite la Générale des Carrières et des Mines du Congo (GECOMIN) et puis « GECAMINES ».

Ensuite, le terme « société d'Etat » a été utilisé par le législateur pour désigner des sociétés créées de toutes pièces par l'Etat et où il est l'unique actionnaire. C'est le cas de la Société nationale d'assurances (SONAS), par l'ordonnance-loi n° 66/622 du 23 novembre 1966. Il en est de même de la société zaïroise de commercialisation des minerais (SOZACOM).[1576]

Ces sociétés d'Etat, que le législateur congolais a désignées sous la dénomination « entreprises publiques », furent régies par la loi du 06 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques. Cette loi a été abrogée en 2008 par la loi n° 08/007du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques.

B. la nomenclature des sociétés commerciales dans l'ancien droit congolais des sociétés

Selon l'article 3 du Décret du 2 août 1913, sont commerciales et soumises aux règles du droit commercial, toutes les sociétés à but lucratif, quel que soit leur objet, qui sont constituées dans les formes du code du commerce. Il s'agit de la théorie de la commercialité par la forme.

Et le Décret du 23 juin 1960 recommandait aux sociétés commerciales de prendre l'une des cinq formes ci-après : la société en nom collectif (SNC), la société en commandite simple (SCS), la société privée à responsabilité limitée (SPRL), la société par actions à responsabilité limitée (SARL) et la société coopérative (SC). L'ancienne SARL connue en droit congolais, qui était une société des capitaux n'est pas à confondre avec la SARL du droit uniforme qui est une société des personnes.

1576 LUKOMBE (N), Droit congolais des sociétés, Tome 1, Presses universitaires du Congo, Kinshasa, p. 47.

De notable à retenir par rapport à la suite de notre exposé c'est que, sous réserve de ce qui a été dit des entreprises publiques, l'ancien droit congolais des sociétés commerciales ne connaissait pas de société unipersonnelle et que la création d'une société par actions à responsabilité limitée était soumise à une autorisation présidentielle préalable et à la présence d'au moins sept actionnaires.

II. Des innovations apportées par le Droit OHADA au droit congolais des sociétés commerciales

En termes d'innovations, le droit OHADA a apporté beaucoup de nouveautés à l'ordonnancement juridique congolais du droit des sociétés commerciales. Il serait fastidieux de les répertorier toutes. Nous nous contenterons d'en énumérer les plus notables et qui cadrent avec la logique du thème abordé. Dans cette optique, quatre points essentiels retiendront notre attention, en l'occurrence la nomenclature des sociétés commerciales (A), la suppression de l'autorisation présidentielle (B), l'unipersonnalité des sociétés (C) et la revalorisation de l'institution « commissaire aux comptes » (D).

5. La nomenclature des sociétés commerciales

La typologie des sociétés commerciales en Droit OHADA se présente de la manière qui suit : La société en nom collectif, la société en commandite simple, la société à responsabilité limitée (SARL), la société anonyme (SA), le groupement d'intérêt économique (GIE), la société en participation et la société de fait.

En dehors de la société en nom collectif, de la société à commandite simple, de la société à responsabilité limitée et de la société anonyme qui ont existé en droit congolais mais sous une autre dénomination, le droit OHADA des sociétés commerciales a innové en prévoyant le groupement d'intérêt économique (article 869 de l'AUSCGIE), la société en participation (articles 864 à 868 de l'AUSCGIE) et la société de fait (Articles 864 à 868 de l'AUSCGIE). La formalisation des notions comme le groupe et la prise de participation, jadis informelles en RDC, sont des innovations de taille dont le droit congolais est redevable du droit communautaire.

Longtemps prévue dans le cadre des sociétés par actions à responsabilité limitée, le préalable de l'autorisation présidentielle a été supprimé par le Droit OHADA.

6. La suppression de l'autorisation présidentielle pour les sociétés des capitaux

Avant l'entrée en vigueur du droit OHADA en RDC, l'article 6 du Décret du 27 février 1887 disposait que « *nulle société par actions à responsabilité limitée ne pourra se fonder au Congo qu'après avoir été autorisée par décret.* » Pour justifier cette condition, Deux thèses sont entrées en conflit : Pour les tenants de la première, cette autorisation était commandée par l'ordre public. On craignait, en effet, que des entreprises témérairement ou frauduleusement conçues ne tendissent un piège à la crédibilité des citoyens et n'exposassent même le crédit public… Pour les tenants de la seconde thèse, les raisons profondes sont à trouver dans la volonté du Roi souverain belge de contrôler la création de grandes sociétés de peur de voir se créer de véritables Etats dans l'Etat c'est-à-dire dans l'Etat indépendant du Congo et par la suite dans le Congo belge. »

Ce qu'il faut noter c'est qu'au-delà de ces deux savantes argumentations, la technique de l'autorisation a été détournée de ses objectifs nobles au point de s'ériger comme un véritable frein contre les investissements étrangers tellement elle alourdissait la procédure de création des sociétés par actions à responsabilité. Ce qui est plus grave c'est que le chef d'Etat n'a pas de compétence liée en ce sens qu'il peut accorder ou refuser l'adoption d'un décret d'autorisation en invoquant par exemple de simples motifs discrétionnaires voire d'opportunité.[1577] C'est ici le lieu de préciser que la décision de refus du Chef de l'Etat est souveraine, de sorte que son refus ne donne pas lieu à recours.[1578] Comme il est aisé de s'en rendre compte, ce fut une porte ouverte pour l'arbitraire. D'où la salvatrice option levée par le législateur communautaire d'y mettre fin.

7. L'unipersonnalité des sociétés commerciales

Parlant des innovations apportées par le Droit OHADA dans le domaine des sociétés commerciales, le Professeur Gilbert BOSSA écrit notamment que le Droit OHADA permet la création d'une société constituée par une seule personne appelée « associé unique ».[1579]

En RDC, l'article 446.1 du code civil livre III traitant des obligations en général, définissait la société comme « *un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter* » Instituant le principe de la pluripersonnalité du contrat de société et de son caractère contractuel, ce texte excluait absolument la possibilité de création de sociétés unipersonnelles sauf pour l'Etat congolais qui pouvait avoir la qualité d'actionnaire unique sur pied de la loi du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques.

Le droit congolais des sociétés était déjà dépassé et inadapté sur ce point dans la mesure où les droits français et belges dont il est l'émanation connaissaient déjà les sociétés unipersonnelles. Cet état figé de la législation congolaise obligeait les fondateurs de sociétés à recourir aux associés « *de paille* » pour créer une entreprise. C'est ainsi qu'il était courant de trouver des sociétés privées à responsabilité limitée avec comme seuls associés un papa avec ses enfants et son épouse. La tâche devenait encore plus ardue quand il fallait créer une société par actions à responsabilité limitée car la présence de 7 actionnaires était une obligation légale.[1580] Le Droit OHADA est venu résoudre ce problème en apportant une innovation de taille : il prévoit expressis verbis la société unipersonnelle. C'est l'objet de l'article 5 de l'AUSCGIE. Et comme nous le verrons plus loin, c'est cette ouverture qui pourra permettre la survie juridique des entreprises publiques transformées en sociétés commerciales avec l'Etat actionnaire unique.

1577 LUKOMBE (N), op.cit., p. 404

1578 Idem, p. 405

1579 BOSSA (G), L'entreprise et le Droit, page 71.

1580 Article 1er de l'arrêté royal du 22 juin 1926 sur les sociétés par actions à responsabilité limitée.

8. La revalorisation de l'institution « commissaire aux comptes »

L'institution « Commissaire aux comptes » n'est pas une nouveauté en droit de la RDC. Elle a, en effet, existé tant dans les sociétés commerciales que dans les entreprises publiques bien avant leur transformation et l'entrée en vigueur du droit OHADA.

La mission du commissaire aux comptes a toujours été le contrôle et la surveillance de la société. L'article 71 du décret du 23 juin 1960 prévoyait déjà que « *la mission des commissaires aux comptes consiste en la surveillance de la gestion.* » Et l'article 75 du même texte d'expliciter que *«le mandat de commissaire aux comptes consiste à surveiller et contrôler sans aucune restriction tous les actes accomplis par la gérance, toutes les opérations de la société et le registre des associés.* »

La législation sur les entreprises publiques du 6 janvier 1978 reconnaissait les mêmes pouvoirs aux commissaires aux comptes.[1581] Quant à leur statut, ils étaient des agents de l'Etat provenant du Conseil permanent de la Comptabilité au Congo et de l'Inspection générale des finances[1582]. Il s'agissait-là des fonctionnaires de l'Etat dotés d'une expertise en matière de comptabilité et des finances publiques.

Mais pourquoi nos entreprises publiques ont-elles manqué de performance alors que ce n'est pas le contrôle qui a fait défaut ?

Le professeur LUKOMBE NGHENDA nous donne une piste de réflexion lorsqu'il écrit : *« la surveillance, raison d'être du commissaire aux comptes au sein d'une société, ne peut s'exercer valablement que si celui-ci est non seulement muni d'autonomie et d'indépendance à l'égard de l'entreprise à contrôler, mais aussi si les bénéficiaires directs du contrôle (les associés, les entreprises publiques) ont les garanties de l'efficacité de ce contrôle. »*[1583]

Le professeur se fait plus pragmatique en formulant le vœu de voir la profession de commissaire aux comptes être réglementée avec les précisions nécessaires, mais encore être instituée par une loi.[1584]

C'est pour répondre à ces préoccupations que le législateur communautaire a entendu revaloriser la profession de « commissaire aux comptes. » En effet, des garanties pour la compétence, l'indépendance et la probité morale du commissaire aux compétences ont été imaginées et trouvées avec le droit OHADA:

- le commissaire aux comptes est choisi sur la liste des personnes physiques ou morales qui sont inscrits au tableau de l'Ordre National des experts comptables Agréés de l'Etat partie (article 695 de l'AUSCGIE). A défaut d'existence d'un tel ordre, le commissaire aux comptes est désigné par une commission de quatre membres composés de la manière suivante : d'un magistrat de la Cour du siège avec voix prépondérante, d'un professeur de droit, de sciences économiques et

---

1581 Articles 26 à 29 de la loi n° 78-002 du 6 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques, Journal officiel du Zaïre n° 4, 15 février 1978, p.9

1582 Ordonnance n° 87-323 portant création de l'Inspection générale des finances, Journal officiel du Zaïre, n° 19, 1er octobre 1987, p. 30.

1583 LUKOMBE (N), op.cit, p. 806

1584 Idem, page 813.

de gestion, d'un magistrat de la juridiction compétente en matière commerciale et d'un représentant du trésor public (article 696 de l'AUSCGIE).

- le commissaire aux comptes exerce une profession libérale. C'est un indépendant qui est soumis à un régime très sévère d'incompatibilités (article 657 de l'AUSCGIE).

- L'indépendance que requièrent les fonctions de commissaire aux comptes explique qu'il soit généralement instauré un barème minimum de rémunérations des commissaires aux comptes.[1585]

- Tout obstacle au contrôle des commissaires aux comptes est répréhensible (articles 897 et 900 de l'AUSCGIE).

En schématisant, M. Aloune Dièye note que *« le commissaire aux comptes contrôle la société. Ses contrôles doivent lui permettre d'émettre une opinion dans le rapport général annuel adressé aux actionnaires, sur la régularité, la sincérité et la fidélité des comptes. »*[1586]

Il se dégage de ce qui précède, que le législateur uniforme a pris toutes les précautions pour garantir la compétence technique, l'indépendance et la probité morale du commissaire aux comptes dans la perspective d'un contrôle efficient.

III L'impact du droit OHADA des sociétés commerciales sur la forme juridique et le fonctionnement des entreprises publiques congolaises transformées

Après le passage en revue de toutes ces dispositions d'ordre général, il convient de s'interroger à présent sur l'impact de l'entrée en vigueur du droit uniforme sur la forme juridique et le fonctionnement des entreprises publiques congolaises transformées.

3. L'impact de l'AUSCGIE sur la forme juridique des entreprises transformées

Les entreprises de l'Etat ont fonctionné jusqu'il y a peu sous le régime de la loi du 06 janvier 1978 portant dispositions générales applicables aux entreprises publiques. La donne de transformation des entreprises publiques venait de provoquer la révision de leurs statuts pour prendre la forme d'une SARL. C'est dans ces entrefaites que les entreprises publiques marchandes ont pris la forme des sociétés par action à responsabilité limitée. C'est ce que sous d'autres cieux on appelait déjà sociétés anonymes pour désigner les sociétés des capitaux. C'est ce qui ressort de la lecture des articles 4 et 5 de la loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques.

1585 Alioune DIEYE, Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA, 3ème édition, 2008, p. 210.

1586 Alioune Dièye, op.cit., p.210.

Avec l'entrée en vigueur du nouveau Droit, les statuts de ces entreprises devront nécessairement connaître une seconde revisitation pour qu'ils soient adaptés à cette nouvelle législation. Ces entreprises ont deux ans, à dater de l'entrée en vigueur du Droit OHADA en RDC, pour mettre leurs statuts en harmonie avec l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (article 915 de l'AUSCGIE). Ce délai de grâce va donc jusqu'au mois de septembre 2014.

Pour se rendre compte de la profondeur de la mutation dont elles sont l'objet, il y a lieu de retracer brièvement l'histoire des entreprises publiques de l'Etat en République démocratique du Congo.

1. les entreprises publiques de l'Etat à l'origine

Evoluant dans le cadre de l'ordonnance-loi n° 78-002 du 06 janvier 1978 précitée, les entreprises publiques de l'Etat étaient dotées des statuts sociaux portés par des actes règlementaires, en l'occurrence des ordonnances présidentielles. Ces entreprises présentaient les caractéristiques ci-après :

- Propriété exclusive de l'Etat ;

- Double tutelle ministérielle (le Ministère du secteur d'activité de l'entreprise pour la tutelle technique et celui du Portefeuille pour la tutelle administrative) ;

- Administration par un Conseil d'administration et un comité de gestion dirigé par un Délégué général, les deux organes étant composés de mandataires de l'Etat.

- contrôle et surveillance par des commissaires aux comptes, fonctionnaires de l'Etat ;

- Absence d'assemblée générale.

Ces entreprises ont fonctionné sous cette forme jusqu'à la promulgation de la loi n° 08/007 du 7 juillet 2008 suivi de la signature par le Premier Ministre, chef du Gouvernement du Décret n° 09/11 du 24 avril 2009 portant mesures transitoires relatives à la transformation des entreprises publiques. Le Décret n° 09/12 signé à la même date, a notamment répertorié les entreprises publiques devant prendre la forme de sociétés commerciales (SARL). Il s'agit exactement de 20 entreprises opérant dans les secteurs industriel, minier, financier, de service, de télécommunications, d'énergie et de transport.

Toutes ces entreprises ont dû prendre la forme d'une SARL en conformité non seulement avec la législation alors en vigueur en matière des sociétés commerciales mais surtout en application des articles 4 et 5 de la loi portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques[1587].

[1587] Article 4 : « les entreprises publiques du secteur marchand sont transformées en sociétés commerciales soumises au régime de droit commun et aux dispositions dérogatoires de la présente loi. »Article 5 : « la société commerciale visée aux articles 2 et 4 ci-dessus est une société par actions à responsabilité limitée. »

2. Transformation des entreprises publiques en sociétés par actions à responsabilité limitée.

En application des deux décrets susmentionnés, les entreprises publiques congolaises évoluant dans le secteur marchand ont toutes pris la forme d'une société par actions à responsabilité limitée, dotées des statuts notariés depuis le 24 décembre 2010 et immatriculé au nouveau registre de commerce. Nous devons ici vite préciser qu'il s'agit d'une SARL de type nouveau dans la mesure où elle ne répond pas aux conditions classiques prévues par la législation congolaise sur les sociétés commerciales notamment l'exigence d'au moins 7 actionnaires pour une SARL. C'est ce que le législateur a désigné par les termes « dispositions dérogatoires de la présente loi »[1588]. Ces SARL fonctionnent avec un actionnaire unique : l'Etat congolais.

Pourquoi seulement cette forme de sociétés ?

Dans son effort d'explications de l'attrait de l'Etat congolais pour la SARL ou société anonyme, le Professeur LUKOMBE note que « *cette forme de société – société anonyme ou société par actions à responsabilité limitée, a été conçue au 19ème siècle comme un moyen de drainer les capitaux nécessaires à la constitution de grandes entreprises ; les caractéristiques de cette dernière permettent d'associer les épargnants au financement des entreprises. »*[1589]

Abondant dans le même sens, George RIPËRT qualifie cette forme des sociétés comme étant un merveilleux instrument créé par le capitalisme moderne pour collecter l'épargne en vue de la fondation et de l'exploitation des entreprises.[1590]

Mais hélas, une nouvelle donne vient d'intervenir : c'est l'adhésion de la RDC à l'OHADA avec à la clé l'entrée en vigueur de l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le Groupement d'intérêt économique.

Les statuts de ces anciennes entreprises publiques devenues SARL devront encore faire face à l'intransigeance de l'article 10 du traité de l'OHADA et à la supranationalité de ses actes uniformes. Elles doivent se transformer inévitablement en sociétés anonymes (SA).

3. Des SARL de l'Etat aux sociétés anonymes : Choix du législateur congolais

Comme nous l'avons dit plus haut, l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique prévoit une classification des sociétés commerciales différente de celle qui prévalait jusqu'ici en droit positif congolais.

Ironie du sort, ce que le droit congolais appelait à l'époque SARL, pour dire société par actions à responsabilité limitée, signifie dans le Droit OHADA Société à responsabilité limitée, pour désigner en réalité les anciennes sociétés privées à responsabilité limitée.

1588 Article 4 de la loi n° 08/007 du 07 juillet 2008 portant dispositions générales relatives à la transformation des entreprises publiques, journal officiel numéro spécial du 12 juillet 2008, p. 3

1589 LUKOMBE NGHENDA, Droit congolais des sociétés, tome 1, PUC, 1999, p.

1590 G. RIPERT, Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 2ème édition, 1951, n° 46,cité LUKOMBE NGHENDA, le droit des entreprises publiques, né de la réforme du 7 juillet 2008, Publications des Facultés de Droit des Universités du Congo, 2009, Kinshasa, p. 54.

Les anciennes sociétés par actions à responsabilité limitée (SARL en droit congolais) équivalent à ce que le Droit OHADA nomme « sociétés anonymes ».

Les entreprises publiques RDCongolaises sont donc appelées de nouveau à changer de forme juridique. En application de l'article 919 de l'AUSCGIE, un délai de deux ans à dater de l'entrée en vigueur de la nouvelle législation est accordé aux sociétés commerciales pour adapter leurs statuts sociaux. Les entreprises publiques déjà transformées en SARL du régime de l'ancienne législation coloniale de la RDC, devront prendre la forme de sociétés anonymes (SA) du droit OHADA. Le droit OHADA étant entré en vigueur en RDC depuis le mois de septembre 2012, ces anciennes entreprises publiques devenues SARL ont jusqu'au mois de septembre 2014 pour conformer leurs statuts au nouveau Droit en changeant d'habits, sans changer de personnalité juridique bien entendu.

Doit-on parler de transformation de société ou de mise en harmonie des statuts ?

Rappelons d'entrée de jeu que la transformation d'une société commerciale est l'opération par laquelle cette société change de forme juridique par décision des associés.[1591] La transformation de la société commerciale suppose donc le passage d'une forme de société à une autre, les deux étant prévues dans la loi-cadre qui les organise. C'est ainsi qu'une société à responsabilité limitée peut devenir une société anonyme. La situation est différente dans le cas d'espèce. Le passage des sociétés par actions à responsabilité limitée de l'Etat congolais « actionnaire unique », sociétés des capitaux donc déjà sociétés anonymes, aux sociétés anonymes de droit OHADA donc également sociétés des capitaux, est plus à considérer comme une mise en harmonie des statuts, prévue par les articles 908 et 909 de l'AUSCGIE qu'une vraie transformation de société au sens de l'article 690 du même acte.

4. L'impact de l'AUSCGIE sur le fonctionnement des entreprises publiques transformées

L'objectif ici est celui de dégager le bénéfice que les entreprises transformées pourront tirer de l'application de nouvelles règles de gestion et de contrôle prévues par l'AUSCGIE. Il est, en effet, de notoriété publique que les anciennes entreprises publiques étaient des canards boiteux suite à la mauvaise gestion des mandataires de l'Etat et de la carence d'un contrôle efficient que le législateur était en droit d'attendre des commissaires aux comptes agents de l'Etat.

Il sied de préciser de prime abord que les avantages qu'apporte le droit OHADA des sociétés commerciales tant sur le plan de la gérance que du contrôle ne pourraient être effectifs dans une entreprise publique sous contrôle exclusif de l'Etat congolais actionnaire unique. L'Etat, seul maître à bord, demeurera ce gestionnaire unique et généralement inconséquent qui nomme, en plus de gestionnaires, des commissaires aux comptes parmi les fonctionnaires de l'Etat et souvent suivant un critérium aux contours ondulants et ondoyants. Il nous semble que ces avantages ne seront percevables que dans les entreprises où l'Etat ne sera pas actionnaire unique, obligé de partager les

---

[1591] SAMBE (O) et DIALLO (M.I.), Guide pratique des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, 2ème édition, Editions comptables et juridiques, Dakar, 2008, p. 263.

pouvoirs avec les partenaires privés sur le plan de la gérance et du contrôle des entreprises concernées.

t. Sur le plan de la gérance

Le Droit OHADA a mis en place un régime très strict concernant les personnes appelées à gérer les entreprises. Il va de leur choix à la panoplie des sanctions prévues contre leurs actes de gestion.

- **le choix des dirigeants**

Ce qu'il faut noter de prime à bord c'est qu'un dirigeant d'entreprise ce n'est pas n'importe qui. Il est le chef d'orchestre de toute l'organisation de la structure. C'est lui qui définit les stratégies globales de fonctionnement de l'entreprise à court et à moyen termes. Des compétences managériales sont indispensables au métier de dirigeant ainsi qu'une excellente capacité d'adaptation pour savoir faire face à des situations et des publics variés. Nous devons reconnaître que ces qualités ont toujours fait défaut dans le chef des mandataires publics de l'Etat dans ses entreprises.

Suite au partenariat public-privé dans le capital et/ou dans la gestion des entreprises publiques transformées, l'Etat, ce mauvais gestionnaire patenté ne sera plus le seul maître à bord. La rigueur et le sens des affaires des partenaires privés auront pour effet de mettre fin à la race des mandataires publics complaisants choisis sur base d'un critère politique et non managérial.

Les partenaires privés jouant au garde-fou, des personnes qui présideront désormais à la destinée des entreprises de l'Etat transformées seront des gérants responsables, expérimentés, rompus dans la science de la gestion des entreprises et dotés des capacités managériales éprouvées. Adieu le clientélisme politique, vive l'expertise dans les entreprises publiques transformées en sociétés anonymes.

- **le régime des sanctions des dirigeants**

L'acte uniforme sur les sociétés commerciales a mis en place un régime sévère de responsabilités des gérants des sociétés. C'est l'objet de la partie III. Il y est, en effet, prévu des sanctions pénales à charge des gérants de sociétés à l'occasion de la gérance, de l'administration et de la direction des sociétés[1592]. Le législateur uniforme incrimine toutes les pratiques actuellement courantes dans la gestion des entreprises publiques en RDC en dépit de leur mutation transitoire en sociétés par actions à responsabilité limitée, pratiques allant de la présentation des inventaires et des bilans falsifiés aux abus de biens sociaux. Les gérants inconséquents ne seront plus à l'abri des sanctions. Adieu l'impunité. Un contrôle sévère par un expert indépendant et compétent est un des moyens pour garantir un fonctionnement efficace du régime répressif ainsi mis en place par l'AUSCGIE.

1592 Articles 889, 890 et 891 de l' AUSCGIE.

u. Sur le plan du contrôle

L'objectif traditionnellement poursuivi par le législateur à travers le principe de désignation d'un commissaire aux comptes dans les entreprises repose sur l'idée de confier à des professionnels indépendants une mission générale et permanente de vérification des comptes et de contrôle du fonctionnement de l'entreprise.

J.F. Barbieri note à ce propos que « de 1867 à nos jours, le législateur n'a cessé d'étendre la mission et de renforcer l'indépendance des commissaires aux comptes…. Ce contrôle, destiné à protéger les actionnaires, est longtemps demeuré très illusoire, en l'absence de garantie d'indépendance et de capacité des commissaires, nommés pour un an seulement, mal rémunérés et dépourvus de réels pouvoirs d'investigation.[1593]

L'idéal serait donc de soumettre les commissaires aux comptes à un statut permettant à la fois de garantir leur indépendance et leur compétence, mais aussi de sanctionner tout manquement aux obligations légales ou professionnelles. C'est qui a manqué jusqu'ici dans les entreprises publiques de l'Etat. Heureusement que ces entreprises viennent d'être transformées en sociétés anonymes et que l'OHADA est arrivée avec son Droit des sociétés commerciales, mettant en exergue notamment des commissaire aux comptes d'un genre nouveau, toujours à l'affût pour dénoncer tout acte contraire à une gestion saine et responsable des biens sociaux. Ils doivent être des experts comptables. La garantie d'un contrôle efficient c'est leur expertise et, surtout, leur indépendance. On n'aura plus affaire à de simples fonctionnaires de l'Etat généralement inconscients et mal rémunérés, mais plutôt à des experts et à des professionnels exerçant librement leur profession dans le cadre d'un ordre professionnel dénommé Ordre national des experts comptables. Cet ordre aura donc pour objet, comme c'est le cas en France, le bon exercice de la profession, sa surveillance ainsi que la défense de l'honneur et de l'indépendance de ses membres.[1594]

Mais « qui custodiat custodem ? »[1595].

L'AUSCGIE a renforcé la responsabilité du commissaire aux comptes tant sur le plan civil que pénal. En dehors donc de sa mission classique de certification de la régularité et de la sincérité des états financiers, le commissaire aux comptes a été rendu civilement responsable des conséquences dommageables des fautes et négligences commises lors de l'exercice de sa mission.

A l'instar des dirigeants des entreprises, les commissaires aux comptes sont soumis à un régime répressif sévère. Certains actes commis par eux à l'occasion de l'exercice de leur mission sont répréhensibles. Il s'agit notamment du non-respect des incompatibilités frappant leurs fonctions, de la confirmation des informations inexactes sur la situation de la société et le défaut de dénonciation au Ministère public des faits délictueux dont le commissaire aux comptes aura eu connaissance.[1596]

1593 J.F. Barbieri, « Commissariat aux comptes », GLN Joly, 1996 (Droit des affaires), n° 2 cité dans Bulletin de la Commission bancaire n° 26 – Avril 2002.

1594 Lire l'article 1er du décret du 12 août 1969

1595 Qui contrôlera le contrôleur ?

1596 Articles 898 et 899 de l'AUSCGIE

Eu égard à ce qui précède, il n'est pas faux d'affirmer que les sociétés anonymes qui seront issues des entreprises publiques transformées en sociétés par actions à responsabilité limitée, auront toutes les chances d'être mieux gérées et parce que mieux contrôlées qu'avant.

5. l'actionnariat des salariés : Un palliatif aux faiblesses d'un actionnariat public unique.

La question ici est celle de savoir si les employés des entreprises publiques transformées peuvent devenir des actionnaires au sein de leurs entreprises. Cette question vaut son pesant d'or dans la mesure où, alors que tous les espoirs étaient permis dès l'inauguration du processus de réforme des entreprises de l'Etat, il se constate aujourd'hui malheureusement que les partenaires privés ne se bousculent pas aux portillons des entreprises publiques congolaises transformées. C'est le cas notamment de la Société nationale d'assurances (SONAS) dont les anciennes sociétés courtières attendent impatiemment la libéralisation du secteur des assurances pour lui faire concurrence. Ces entreprises publiques transformées risquent donc de continuer à fonctionner, même après la libéralisation de certains secteurs aujourd'hui sous monopole public (électricité, eaux, assurances…) avec un actionnaire unique, l'Etat congolais, déjà réputé mauvais gestionnaire. Le droit OHADA prévoit d'ailleurs cette possibilité.

Plus grave encore, particulièrement en matière d'assurances, de nombreuses législations exigent que les sociétés d'assurance s'organisent sous forme des sociétés anonymes pluripersonnelles.[1597] C'est sans doute dans ce sens que doit pencher le projet du code congolais des assurances appelé à être en harmonie avec la législation de la majorité des Etats membres de l'OHADA faisant déjà partie du traité CIMA[1598]. Qu'adviendra-t-il alors de la Société nationale d'assurance (SONAS SARL) si aucun partenaire ne vient s'associer à l'Etat jusqu'ici actionnaire unique? Faudra-t-il procéder à sa liquidation ?

Il est donc opportun de se poser la question de savoir si les employés de ces anciennes entreprises publiques ne peuvent pas s'organiser pour obtenir des actions dans le patrimoine de la société et gérer avec l'Etat, non seulement en contrepoids mais aussi et surtout pour obtenir la mise en place d'une société anonyme pluripersonnelle s'agissant particulièrement de la SONAS par exemple. Il s'agit de ce qu'on appelle l'actionnariat salarié, qui se définit comme l'accès des salariés au capital d'une société. Ce peut être la société où ils sont employés (actionnariat dans l'entreprise) ou toute autre société (Capitalisme populaire).[1599] C'est, en d'autres termes, la participation des travailleurs au capital.[1600]

1597 Article 301 du code CIMA.

1598 Conférence interafricaine des marchés des assurances qui a produit un code unique annexé au traité. Ce code contient les règles issues du droit uniforme des assurances des pays de la Zone Franc (Bénin, Burkina-Faso, Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte d'ivoire, Gabon, Madagascar, Niger, Sénégal, Tchad et Togo.

1599 Guillien (R) et Vincent (J), op.cit., V° Actionnariat salarié.

1600 PELISSIER (J), SUPIOT (A), et JEAMMAUD (A), Droit du travail, Dalloz, 21ème édition, p. 1162.

Il s'agit-là d'une pratique très utilisée en France, surtout avec la loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation des salariés. Cette loi dispose notamment que lors d'une privatisation, 10 % des titres offerts par l'Etat sont réservés aux salariés. Les pays comme le Royaume-Uni et l'Irlande connaissent aussi cette pratique.

Loin de créer un conflit d'intérêt entre la qualité d'actionnaire et de travailleur, la pratique de « salarié actionnaire » présente des avantages ci-après :

C- Un contrepoids face aux actionnaires privés : ces derniers sont parfois sans scrupules dans leur prise de position ;

D- Un contrepoids face aux actionnaires publics : l'Etat, ou ses représentants, n'est pas nécessairement le meilleur allié des salariés. il a souvent ses propres intérêts à protéger et qui ne convergent pas toujours avec ceux des salariés ;

E- Un rendement avantageux dans le long terme ;

F- Une implication plus importante dans la stratégie de l'entreprise ;

G- Des administrateurs spécifiques pour les salariés actionnaires ;

H- Le droit d'agir en justice pour la défense de ses droits personnels, par exemple en cas d'abus de bien social ou d'abus de majorité ;

Quelle est la position du législateur congolais sur la question ?

Le législateur congolais a donné sa position à l'article 7 de la loi n° 08/010 du 07 juillet 2008 fixant les règles relatives à l'organisation et à la gestion du portefeuille de l'Etat. Parlant, en effet, des modes de désengagement de l'Etat de ses entreprises, il fait allusion notamment à la cession d'actifs, d'actions ou de parts sociales aux salariés (article 7 point 3). Il est donc possible aux salariés des entreprises publiques transformées de prendre des participations dans leurs entreprises. C'est par ce moyen qu'ils pourront contrebalancer les effets pervers redoutés de l'actionnariat public unique de l'Etat et de sa conséquence inévitable qu'est la mauvaise gestion et la carence d'un contrôle efficace. Devenus actionnaires, les travailleurs pourront participer à la gestion de leurs entreprises à côté de l'Etat. Ils pourront ainsi participer au contrôle desdites entreprises non seulement par le mécanisme d'alerte[1601] mais aussi et surtout en prenant part au choix des commissaires aux comptes cette fois-ci indépendants.

[1601] La procédure d'alerte permet au commissaire aux comptes qui relève un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, de demander des explications aux dirigeants de l'entreprise. Les actionnaires disposent d'un droit identique lorsqu'ils constatent des faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise.

Conclusion

Les développements qui précèdent nous ont démontré que le Droit OHADA a apporté d'importantes innovations dans le domaine du droit des sociétés commerciales. Ce nouveau droit constitue un outil efficace dont dispose désormais l'Etat congolais pour mener à bon port le processus de réforme de ses entreprises. Les innovations charriées par le droit uniforme sont des garanties légales suffisantes pour une gestion orthodoxe et efficiente des entreprises publiques congolaises transformées en sociétés commerciales.

Seulement, les statuts de ces entreprises qui ont déjà connu une première modification au moment de leur transformation en sociétés par actions à responsabilité limitée, devront encore être revisités en faveur de leur transformation en sociétés anonymes et en vue de la prise en compte éventuellement de l'entrée en jeu des partenaires privés.

Palliatif potentiel face aux hésitations des partenaires privés de collaborer avec l'Etat congolais dans la gestion des entreprises publiques transformées, l'actionnariat salarié pourra être utilement mis à profit pour éviter que l'avant-réforme des entreprises publiques soit égal à l'après-réforme, l'Etat congolais demeurant seul maître de la destinée des entreprises qu'il n'a pas pu bien gérer pendant plusieurs décennies de monopole. Il est donc souhaitable que comme dans d'autres cieux, une loi vienne organiser l'actionnariat salarié en République démocratique du Congo.

L'actionnariat salarié s'avérerait un palliatif indispensable pour éviter, par exemple, la liquidation de la société nationale d'assurances au cas où l'Etat ne trouverait pas d'autres partenaires pour faire revêtir à cette société une forme pluripersonnelle.

Par ailleurs, la rigueur des dispositions du droit uniforme quant aux actions des gérants des entreprises et quant au mécanisme de leur contrôle par un commissaire aux comptes d'un genre nouveau, aura pour effet d'accoucher des entreprises mieux gérées et mieux contrôlées donc bien parties pour des performances économiques certaines, la prise en compte de toutes ces innovations comportant un fil conducteur : Le souci de mettre les entreprises publiques congolaises transformées au diapason de celles qui prospèrent ailleurs en les rendant plus performantes par une gestion plus responsable et plus transparente et un contrôle interne et externe plus efficient.

BREF APERCU DU REGLEMENT DE PROCEDURE DE LA COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE DE L'OHADA TEL QUE MODIFIE LE 30 JANVIER 2014 A OUAGADOUGOU

Jérémie WAMBO
Juriste Référendaire
CCJA / OHADA

Le 30 janvier 2014, le Conseil des Ministres de l'OHADA a, en sa session des 30 et 31 janvier 2014 clôturant la présidence du Burkina Faso, adopté le Règlement n°001/2014/CM modifiant et complétant le Règlement de procédure de la Cour commune de justice et d'arbitrage adopté le 18 avril 1996. Dix-sept années d'application de ce dernier règlement ont suffi pour relever afin de les corriger ses insuffisances, d'une part, et l'adapter à l'évolution du temps, d'autre part.

Au nombre des récriminations élevées contre la Cour communautaire et qui entre autres ont motivé la révision du Règlement de procédure, figurent en bonne place les lenteurs dans le règlement des litiges, la constitution d'Avocat et les contraintes liées à l'élection de domicile dans le ressort de la Cour à Abidjan. Il est à noter au passage que bien que les lenteurs décriées soient une réalité, leurs causes se trouvent moins dans le Règlement de procédure que dans l'accroissement du contentieux et le déficit de personnel, d'une part, ainsi que les circonstances qui entourent les procès et qui sont liées à l'attitude de certaines parties.

Les modifications concernées ont trait entre autres à l'organisation fonctionnelle de la Cour et au déroulement de la procédure contentieuse. Mais pour l'instant, nous nous limiterons aux modifications tenant au déroulement de la procédure.

Aussi, nous avons relevés des éléments de modification tenant au statut et au ministère de l'Avocat devant la Cour (I), aux nouveaux modes de significations (II), à l'instruction des dossiers (III), aux incidents de procédure (IV) et à certaines voies de recours extraordinaires (V).

I – LE STATUT ET LE MINISTERE DE L'AVOCAT DEVANT LA CCJA

A – LE STATUT DE L'AVOCAT : L'IMMUNITE POUR LES PAROLES ET LES ECRITS

L'article 23 nouveau du Règlement de procédure réaffirme le principe posé par l'ancien article 23, celui de la constitution obligatoire d'avocat devant la Cour. L'avocat ainsi constitué doit justifier sa qualité par la preuve de son inscription à un Barreau de l'espace OHADA, d'une part, et produire un mandat spécial à lui délivré par la partie qu'il représente, d'autre part.

La nouveauté de cette disposition de l'article 23 est l'article 23 (bis) qui consacre à l'avocat muni du mandat spécial de son client *« l'immunité pour les paroles prononcées et les écrits produits relatifs à la cause ou aux parties* ». A noter que plusieurs législations nationales consacrent déjà cette immunité à l'avocat, laquelle lui permet d'exercer son ministère en toute indépendance et en toute liberté.

Cependant, pourrait-on envisager une immunité plus large, semblable par hypothèse à celle dont bénéficient les arbitres nommés ou confirmés par la Cour[1602] dans l'exercice de leurs fonctions ? Il est évident qu'il revient au Traité de régler pareille question, et non au Règlement de procédure.

B – LE MINISTERE DE L'AVOCAT

6- - La possibilité d'exclusion et de réhabilitation de l'avocat

L'avocat dans l'exercice de son ministère doit avoir un comportement digne. L'alinéa 2 de l'article 23 prévoit la possibilité pour le Président de la Cour d'exclure de la procédure, par voie d'ordonnance, tout avocat dont le comportement est incompatible avec la dignité[1603] de la Cour ou qui use des droits qu'il tient de ses fonctions à des fins autres que celles pour lesquelles ces droits lui ont été reconnus.

Quoiqu'il en soit, en l'absence d'une énumération de comportements ou d'attitudes jugés indignes, la Cour devra pouvoir apprécier au cas par cas. On peut déjà penser qu'il pourrait s'agir de comportements contraires au serment de l'Avocat, aux usages de la profession etc.…

L'ordonnance ainsi prise peut, et c'est là la nouveauté, être rapportée par le Président de la Cour, à la requête de l'avocat concerné. L'immunité pour les paroles et les écrits produits n'est pas incompatible avec l'exigence de dignité et de courtoisie de l'avocat dans l'exercice de son ministère devant la Cour.

7- - La suppression de l'obligation d'élection de domicile au siège de la Cour à Abidjan

Il y a lieu d'indiquer sur ce chapitre du ministère de l'avocat que l'article 28 (nouveau) en son alinéa 3 supprime l'obligation d'élection de domicile au siège de la Cour. Ce texte dispose en effet que « *aux fins de la procédure, l'élection de domicile au lieu où la Cour a son siège n'est pas obligatoire*[1604]*. L'élection de domicile indique, le cas échéant, le nom de la personne qui est autorisée et qui a consenti à recevoir toutes significations* ».

Désormais, il n'est pas impératif d'élire domicile au siège de la Cour à Abidjan, il suffira de justifier sa qualité d'avocat telle qu'indiquée plus haut pour introduire un recours devant la juridiction communautaire.

1602 L'article 49 du traité dispose « *dans les conditions déterminées par à règlement, les fonctionnaires et employés de l'OHADA, les juges de la Cour commune de justice et d'arbitrage ainsi que les arbitres nommés ou confirmés par cette dernière jouissent dans l'exercice de leurs fonctions des privilèges et immunités diplomatiques…* »

1603 Les notions de dignité ou d'usage de droits à des fins autres méritent d'être davantage précisées. Point n'est besoin de rappeler cependant que pèsent sur l'avocat les obligations de déférence aux Cours et Tribunaux ainsi que de courtoisie

1604 Il convient de relever que l'obligation d'élection de domicile au siège de la Cour, contrairement à ce que d'aucuns avaient toujours pensé, n'était pas synonyme de constitution d'avocat à Abidjan, la simple indication précise d'une adresse à Abidjan pour recevoir les significations faites par la Cour étant requise en son temps.

Toutefois, en cas d'élection de domicile[1605], il conviendra de le signaler à la Cour par l'indication de l'adresse dudit domicile pour lui permettre d'effectuer utilement les significations.

La suppression de l'obligation d'élection de domicile est salutaire pour les avocats et principalement pour les parties qui étaient confrontées aux problèmes de rémunération des services offerts par les domiciles choisis. Il reste que d'autres problèmes surgiront du fait de cette suppression, notamment ceux liés aux significations qui pourraient désormais prendre encore plus de temps que par le passé, malgré la possibilité ouverte de procéder à des significations électroniques[1606].

II – LES NOUVEAUX MODES DE SIGNIFICATION

Ils concernent la saisine de la Cour (A) et les diverses notifications effectuées par le greffe (B).

A – La saisine de la Cour

En relevant que les modes de saisine de la Cour n'ont pas évolué (1), il convient de signaler que outre les cas d'ouverture à cassation qui ont été introduits dans le nouveau règlement (2), les parties ont désormais la possibilité de choisir la langue de procédure (3).

- **– Les modes de saisine de la Cour**

Les modes de saisine de la Cour tels que prévus par le Règlement de procédure de 1996 n'ont pas changé. La Cour continuera à être saisie soit par recours introduit directement par le requérant, soit sur renvoi[1607] d'une juridiction suprême nationale de cassation tel que prévu par l'article 15 du traité OHADA[1608].

De même, les délais de saisine demeurent inchangés, y compris les délais de distance prévus par l'article 25 qui n'est pas concerné par la modification.

Il est important de préciser que l'introduction du moyen numérique ou électronique ne concerne aucunement la saisine de la Cour stricto sensu, les articles 27 (nouveau) alinéa 2 et 28 (nouveau) alinéa 1 continuant à parler de « *dépôt au greffe* » de l'acte de procédure ou encore de « *recours présenté au greffe dans les deux mois de la signification ou de la notification…*». En attendant donc que le moyen électronique soit étendu à la saisine de la Cour, il doit pouvoir s'appliquer pour l'instant, de manière optionnelle, aux significations et notifications effectuées par le greffe.

1605 Bien que l'élection de domicile soit désormais facultative, elle pourrait s'avérer nécessaire pour l'avocat résident en dehors du siège de la Cour car il n'est pas aisé d'effectuer les diligences à distance, même si les domiciles élus dans de nombreux cas n'ont pas toujours fait la preuve de leur efficacité.

1606 Articles 24 (nouveau) et 28 (nouveau) alinéa 4

1607 Aucune précision n'ayant été donnée sur la nature de l'acte de renvoi, les juridictions nationales de cassation rendent des arrêts soit de dessaisissement, soit d'incompétence, au profit de la CCJA à qui elles transmettent l'entier dossier de procédure

1608 Article 15 du Traité : « les pourvois en cassation prévus à l'article 4 sont portés devant la Cour commune de justice et d'arbitrage, soit directement par l'une des parties à l'instance, soit renvoi d'une juridiction nationale statuant en cassation saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes »

- **– Les cas d'ouverture à cassation**

L'article 28 bis (nouveau) a introduit des cas d'ouverture à cassation sur lesquels pourront désormais être fondés les recours. Ceux-ci pourront ainsi être fondés sur :

19- La violation de la loi ;
20- L'incompétence et l'excès de pouvoir ;
21- La violation des formes prescrites par la loi à peine de nullité ;
22- Le défaut, l'insuffisance ou la contrariété des motifs ;
23- L'omission ou le refus de répondre à des chefs de demande ;
24- La dénaturation des faits de la cause ou des pièces de la procédure ;
25- Le manque de base légale ;
26- La perte de fondement juridique ;
27- Le fait de statuer sur une chose non demandée ou d'attribuer une chose au-delà de ce qui a été demandé.

Cette énumération a le mérite d'élargir le champ du pourvoi en cassation, et de recenser des motifs jurisprudentiels de cassation dégagés par la Cour face au silence de l'ancien règlement de procédure. Dès lors, quel est le sort d'un pourvoi dont le moyen de cassation n'est fondé sur aucun de ces cas d'ouverture ?

La réponse à cette question nous est fournie par l'article 28 ter (nouveau) qui dispose que « *à peine d'irrecevabilité, un moyen de cassation ou un élément de moyen de cassation doit mettre en œuvre au moins un des cas d'ouverture visés à l'article précédent* ».

On peut cependant se poser la question de savoir si cette énumération est exhaustive ou si elle n'est qu'indicative, donnant ainsi à la Cour la possibilité de dégager d'autres motifs de cassation.

Par ailleurs, les cas d'ouverture énumérés n'étant pas définis précisément, il reviendra à la jurisprudence d'en donner des contenus. Cela est d'autant plus important que, à titre indicatif, la violation de la loi ne saurait s'entendre de la violation d'une loi nationale, bien que la haute Cour ai rendu des décisions de cassation pour violation d'une loi nationale[1609].

- **– Le choix de la langue de procédure**

Les langues de travail de l'OHADA que la Cour adopte[1610] ont été définies par la Traité OHADA de 1993 en son article 42[1611] tel que révisé en 2008. L'article 27 bis (nouveau) alinéa 2 donne au requérant la possibilité de choisir la langue de procédure applicable, cette option étant toutefois inopérante lorsque le défendeur est un Etat partie, la langue de procédure étant la langue officielle de cet Etat.

La langue de procédure est celle utilisée par les parties dans tous leurs écrits, dans les pièces produites et dans les décisions rendues par la Cour. Ainsi, toutes pièces produites

1609 Dans le cadre des pourvois mixtes
1610 Article 27 bis (nouveau)
1611 Les langues de travail de l'OHADA sont le français, l'anglais, l'espagnol et le portugais.

qui ne sont pas rédigées dans cette langue doivent être accompagnées de traduction dans la langue de procédure.

Si cette évolution louable peut ne pas être d'application aisée pour l'instant, elle le sera sans doute dans les prochaines années à la faveur de la diversité de plus en plus observée dans les politiques de recrutement du personnel, d'une part, et des formations des personnels en fonction, d'autre part.

Le choix de la langue de procédure ne paraît cependant pas être une obligation pour le requérant. C'est certainement la raison pour laquelle ce choix n'est pas assorti de sanction. On peut aisément en déduire qu'en l'absence de choix, la cause sera instruite et jugée dans la langue dans laquelle le recours aura été rédigé, la rédaction dans cette langue valant choix de la langue, à condition que ce soit une des langues de travail ci-dessus spécifiées.

B – Les nouveaux modes de significations : le courrier électronique

Contrairement à l'ancien article 24 qui n'envisageait que les significations par envoi postal recommandé avec accusé de réception et par remise de copie contre reçu, l'article 24 nouveau qui a introduit d'autres formes de signification est ainsi libellé « *les significations prévues au présent Règlement sont faites soit par envoi postal recommandé avec demande d'avis de réception, messagerie expresse, courrier électronique, télécopieur ou tout autre moyen technique de communication laissant trace, d'une copie de l'acte à signifier, soit par remise de cette copie contre reçu…* ».

Les significations visées par ce texte sont principalement celles indiquées par l'article 29 non modifié, lequel dispose que « l*e recours est signifié par la Cour à toutes les parties à la procédure devant la juridiction nationale…* ». Concrètement, il s'agit des significations des recours déposés, des mémoires et des pièces enregistrées par la Cour et qui doivent être communiquées aux parties adverses.

La disposition de l'article 24 (nouveau) ci-dessus doit être mise en parallèle avec celle de l'article 28 (nouveau) alinéa 4 qui précise que « *la requête peut indiquer que l'Avocat, ayant son domicile professionnel dans un Etat Partie au Traité, consent à ce que des significations lui soient adressées par courrier électronique, télécopieur ou tout autre moyen technique de communication laissant trace* ».

Il résulte de cette disposition que le choix du mode de signification, qui du reste n'est qu'une option, n'appartient qu'au requérant, au moment de l'introduction de son recours. Ce choix n'étant donc qu'une option, l'absence de choix n'a aucune conséquence pour le requérant.

On peut se demander cependant si le choix opéré par le requérant est applicable à ses envois vis-à-vis de la Cour. En d'autres termes, en optant pour un mode de signification le requérant pourrait-il recourir à ce même mode pour acheminer ses écrits et pièces à la Cour ?

Le Règlement de procédure ne semble pas avoir envisagé cette hypothèse qui, à notre avis, devrait aller de soi. Mais la formulation du texte ne permet pas de le supposer. Toute chose qui risque de dépourvoir la réforme de son intérêt dans la mesure où après avoir reçu par exemple de la Cour signification par voie de courrier électronique, la

partie concernée qui ne pourrait pas acheminer son mémoire par le même moyen disposerait alors du délai habituel pour le faire, augmenté du délai de distance qui, du fait cette évolution, devrait, en principe, être exclu[1612].

Par ailleurs, le choix est-il révocable ? Autrement dit, la partie qui a choisi un mode de signification peut-elle y renoncer par la suite ou le changer en cours d'instance ? Le Règlement de procédure ne répond pas non plus à cette préoccupation. Mais nous pensons que bien que l'idéal aurait été de faire du choix opéré un choix irrévocable, il est important, pour l'instant, qu'il puisse être modifiable, à condition que les circonstances l'exigent. Les circonstances pourraient être, en dehors de la force majeure qui opère systématiquement, les crises, les problèmes de connexion internet qui sont récurrents dans certains Etats Parties.

Sur un tout autre registre, bien que le choix envisagé ne concerne que l'Avocat qui dépose la « requête », nous pensons que ce terme doit être pris dans le sens de tout acte de procédure, notamment le recours en cassation et le mémoire en réponse. Ainsi, aussi bien le demandeur que le défendeur pourra opter pour une signification au moment du dépôt de l'acte de procédure.

Toutefois, nous pensons que les choix ne revêtiront leur intérêt qu'autant que les parties auront opté pour le même mode, par exemple le courrier électronique. De la sorte, les délais d'acheminements seraient carrément abrégés. A défaut, on pourrait faire face à un amalgame si les parties avaient chacune choisi un mode différent.

III – L'INSTRUCTION DES DOSSIERS

L'instruction des dossiers est principalement suivie par un juge rapporteur désigné dès la saisine de la Cour par le Président conformément à l'article 26 (nouveau) alinéa 1. En effet, l'article 24 – 2 du Règlement Intérieur de la Cour en matière contentieuse précise que *« pour chaque dossier, le Président désigne un juge-rapporteur. Celui-ci fait une analyse du dossier dont il présente les résultats sous forme d'un Rapport accompagné d'un projet d'Avis ou d'Arrêt* ».

Le Règlement de procédure, en son article 28 (nouveau) alinéa 6, confère une tâche supplémentaire au juge rapporteur, jadis assurée par le greffier en chef, celle de saisir une partie à l'effet de régulariser son recours non conforme. Le texte indique que « *… le juge rapporteur fixe au requérant un délai aux fins de régularisation du recours ou de production des pièces mentionnées ci-dessus…* ».

Le juge rapporteur est assisté par des juristes référendaires[1613] dont le rôle est, aux termes du Manuel des procédures en vigueur au sein de l'Institution, d'étudier le dossier, de faire des recherches documentaires, doctrinales et jurisprudentielles et de rédiger des notes juridiques.

1612 Le délai de distance ayant pour but de permettre à celui qui n'est pas dans le ressort de la Cour de se déplacer ou d'expédier d'une distance relativement lointaine son acte de procédure, il ne saurait être maintenu sans trahir l'esprit de la réforme en cas d'option pour les envois électroniques qui éliminent ou réduisent à zéro les distances

1613 Autrefois appelé « Assistant juriste référendaire », le Juriste Référendaire qui n'existant que dans le Manuel des procédures vient d'être intégré ou consacré par le Règlement de Procédure en son article 26 (nouveau) alinéa 2.

Par ailleurs, aux termes de l'article 27 ter (nouveau), à la demande d'un juge ou d'une partie, le Greffier en chef prend toutes les dispositions nécessaires pour assurer la traduction de tout ce qui est dit ou écrit dans les langues de travail.

IV – LES INCIDENTS DE PROCEDURE

Le Règlement de procédure du 30 janvier 2014 a règlementé de manière un peu plus précise certains incidents de procédure. Il s'agit précisément du désistement, de la radiation et de la péremption.

28- Le désistement

L'article 44 (nouveau) traite du désistement et indique que le demandeur peut se désister de son instance, ce désistement n'entraînant que l'extinction de ladite instance, laissant subsister l'action qui n'est éteinte que si le demandeur y renonce expressément. Contrairement à l'ancien libellé de ce texte qui indiquait que le Président de la Cour ordonnait la « *radiation de l'affaire du registre* », le nouveau texte précise que « *le désistement est constaté par ordonnance du Président de la Cour ou du Président de la chambre, ou par arrêt de la Cour s'il intervient après le Rapport* »[1614]. Il n'est plus question de « radiation » systématique, même si l'ordonnance constatant le désistement peut la prescrire.

On peut enfin s'interroger sur le contenu de l'arrêt rendu par la Cour après le dépôt du Rapport. Doit-on penser que selon que le désistement intervient avant ou après le dépôt du Rapport est rendu une ordonnance ou un arrêt ? La jurisprudence ne manquera certainement pas de nous fixer sur la question.

29- La radiation

Aux termes de l'article 44 bis (nouveau), le défaut de diligence d'une partie entraîne la radiation de l'affaire du rôle, c'est-à-dire son retrait du rôle des affaires en cours. Cette radiation qui n'est qu'une mesure administrative prend fin dès l'accomplissement de la diligence dont la carence a justifié la mesure. Le texte ne précise cependant pas après combien de temps le défaut de diligence peut entraîner la radiation. Cela est d'autant plus intéressant qu'après deux années l'instance est périmée.

La radiation n'étant qu'une mesure administrative, elle n'a pas besoin d'être prononcée par un acte juridictionnel (ordonnance, arrêt). A notre avis, une simple décision pourrait suffire.

30- La péremption

L'article 44 ter (nouveau) dispose que « *l'instance est périmée lorsqu'une des parties n'accomplit de diligence pendant deux ans à partir du dernier acte de procédure* ». Cette disposition est salutaire à plus d'un titre : elle va permettre de désengorger le rôle des affaires en cours dans lesquelles les parties n'ont pas accompli ou s'abstiennent d'accomplir des diligences depuis des années, la Cour restant suspendue à l'attente desdites diligences. Par ailleurs, les instances qui étaient suspendues dans les Etats

---

[1614] Article 44 (nouveau) alinéa 4

Parties du fait des procédures pendantes pourront être reprises à la faveur des décisions de péremption que pourra prendre la Cour d'office ou à la requête des parties diligentes[1615].

L'on relève tout de même que l'article 44 quater (nouveau) ne précise pas la nature de la décision de péremption que doit rendre la Cour, la péremption n'éteignant que l'instance et non l'action.

V – LES VOIES DE RECOURS EXTRAORDINAIRES

Les voies de recours extraordinaires dont il est question ici ne touchent pas à la substance même des décisions, mais tiennent aux rectifications et aux interprétations.

31- Les rectifications

L'article 45 ter (nouveau) dispose que « *les erreurs et omissions matérielles qui affectent un arrêt de la Cour peuvent toujours être réparées par elle selon ce que le dossier révèle ou, à défaut, selon ce que la raison commande…* ». Il s'agit là de la consécration d'un principe jadis posé par la Cour elle-même à travers un l'arrêt n°015/2003 rendu le 1er juillet 2003 dans l'affaire. Côte d'Ivoire télécom C/ Sté Publistar[1616].

Le texte va plus loin et précise que la Cour peut même se saisir d'office pour rectifier une omission ou une erreur matérielle. Elle peut également être saisie par une partie ou par les deux parties conjointement.

Enfin, le texte ne définit pas la procédure à suivre. Doit-elle être celle du recours en cassation ou alors être une procédure particulière, dès lors que la Cour peut elle-même se saisir d'office ? Par ailleurs, la Cour doit-elle aviser les parties et requérir leurs observations lorsqu'elle se saisit d'office ? La pratique donnera à la Cour de se prononcer sur ces préoccupation.

32- L'interprétation

L'article 45 bis (nouveau) dispose que « *en cas de contestation sur le sens ou la portée du dispositif d'un arrêt, il appartient à la Cour de l'interpréter* ». Cette disposition qui n'est pas nouvelle était déjà prévue par l'article 48-1 dans les mêmes termes. La procédure de rectification demeure inchangée.

Telles sont les brèves observations et analyses qu'il nous a paru nécessaire de faire dans un premier temps afin de situer les uns et les autres relativement aux modifications substantielles apportées au Règlement de procédure. Cela est d'autant plus important que ledit Règlement est entré en vigueur depuis sa publication au Journal Officiel de l'OHADA dans son numéro spécial paru le 14 février 2014.

1615 Article 44 quater (nouveau)

1616 Recueil n°2, PP 43 & suiv. « *Attendu qu'il est de principe que les erreurs et omissions matérielles qui affectent une décision, même passée en force de chose jugée, peuvent toujours être réparées par la juridiction qui l'a rendue* »

Un Etablissement de formation,
de spécialisation, de recyclage,
de perfectionnement et de recherche
en Droit des Affaires de l'OHADA

Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
des Etats Membres de l'OHADA
(E.R.SU.MA)

E.R.SU.MA. 02 B.P 353 Porto-Novo - République du Bénin
Tél. : (229) 20 24 58 04 / 20 24 64 18 - Fax. : (229) 20 24 82 82
E-mail: ersuma@ohada.org / Site Web : http://ersuma.ohada.org