Droit des Affaires Revue de l'ERSUMA Pratique Professionnelle

Revue de l'ERSUMA

Droit des Affaires - Pratique Professionnelle

N° 2 - Mars 2013

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

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

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

DIRECTEUR DE PUBLICATION

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

CONSEIL SCIENTIFIQUE

- ***Pr. Paul-Gérard POUGOUE***, Professeur Titulaire, Vice-recteur de l'Université de Yaoundé II ;
- ***Pr. Michel Filiga SAWADOGO***, Professeur Titulaire, Université de Ouagadougou ;
- ***Pr. Pedro AKUETE SANTOS***, Agrégé des Facultés de Droit, Doyen de la Faculté de droit, Université de Lomé ;
- ***Pr. Joseph DJOGBENOU***, Agrégé des Facultés de Droit, Université d'Abomey Calavi ;
- ***Dr. Jacques MBOSSO***, Magistrat hors hiérarchie, Ministre de la Justice, Garde des Sceaux de la République Centrafricaine ;
- ***Me Mamadou Ismaël KONATE***, Avocat au Barreau du Mali ;
- ***Me Barthélémy COUSIN***, Avocat au Barreau de Paris, Cabinet Norton Rose LLP ;
- ***Pr. Stéphane DOUMBE BILLE***, Agrégé des Facultés de Droit, Faculté de Droit, Université de Lyon ;
- ***Pr. Henri MODI KOKO BEBEY***, Professeur agrégé des Facultés de droit, Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Douala ;
- ***Pr. Victor Emmanuel BOKALLI***, Doyen de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Yaoundé II ;
- ***Pr. ABDOULAYE CISSE***, Agrégé des Facultés de Droit, Université Cheick ANTA Diop de Dakar ;
- ***Pr. Jean Claude JAMES***, Agrégé des Facultés de Droit, Université Omar Bongo de Libreville ;
- ***Me Raymond DOSSA***, Avocat au Barreau du Bénin, Docteur en Droit.

COMITE DE REDACTION

- **Dr. Félix ONANA Etoundi,** Magistrat, Directeur Général de l'ERSUMA ;
- **Pr. Samb Moussa**, Agrégé des Facultés de Droit, Directeur de la Recherche et de la Documentation de l'ERSUMA ;
- **Pascal Nguihe Kanté,** Docteur d'Etat en Droit Privé, Chargé de Cours à l'Université de Dschang-Cameroun ;
- **Adamour Rabani,** Assistant à l'Université de Tahoua, Niger ;
- **Bayo Bybi Blandine,** Assistante à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Douala au Cameroun ;
- **Dr. Ibrahima Ndam,** Chargé de Cours à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Yaoundé II au Cameroun ;
- **Dr. Adrien Dioh,** Enseignant – Chercheur, UFR de sciences juridique et politique, Université Gaston Berger de Saint Louis au Sénégal ;
- **Ludovic Guedje,** Professeur assistant à l'Université d'Abomey Calavi au Bénin ;
- **Véronique Sarr,** Enseignant-chercheur à l'Université de Ziguinchor au Sénégal ;
- **Patrice S. A. Badji,** Assistant à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar au Sénégal ;
- **Frédérique Youmbi Fasseu,** LL.M. Étudiante à l'École du Barreau, Montréal, Doctorante en droit, Université de Montréal, Auxiliaire de recherche, droit international

des affaires, Relais pédagogique ERSUMA-OHADA pour les zones CANADA - CHINE - CARAÏBES - ÉTATS-UNIS, Secrétaire Club OHADA CANADA ;

- **Joseph Kamga,** Doctorant à l'Ecole de Droit de la Sorbonne - Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne en France, Président de l'AEDJ ;
- **Marlize Elodie Ngnidjio Tsapi,** Assistante à l'Université de Yaoundé 2 SOA au Cameroun ;
- **Justin Melong,** Jurist/Expert Trainer in Law, Pedagogic Relay at ERSUMA and Senior Translator in Cameroon;
- **Soumaïla Aouba,** Magistrat, Substitut du Procureur du Faso prés le Tribunal de Grande Instance de Yako au Burkina-Faso ;
- **Marie Duvale Kodjo Gnintedem,** Docteur en droit privé au Cameroun ;
- **Dr. Edouard Kitio,** Magistrat, Substitut du Procureur de la République près le Tribunal de Grande Instance du Mfoundi, à Yaoundé au Cameroun ;
- **Dr. Roland Bembelly,** Avocat à la Cour au Barreau du Congo ;
- **Me Jérémie Wambo,** Assistant Juriste référendaire à la CCJA en Côte d'Ivoire ;
- **Mamadou Diallo, D**irecteur Juridique et du Contentieux de la Banque Islamique du Sénégal ;
- **Me Pierre Boubou,** Docteur en Droit, Juriste, Avocat au Barreau du Cameroun **;**
- **Dr. Marie Colette Kamwe Mouaffo,** Enseignant-Chercheur à l'Université de Ngaoundéré au Cameroun **;**
- **Pr. Gerard Farjat** (**IN MEMORIAM).**

SECRETARIAT DE LA REVUE

- ***Pr. Moussa Samb***, Agrégé des Facultés de Droit, Directeur du Centre de Recherche et de Documentation de l'ERSUMA ;
- ***M. Karel Osiris Coffi Dogué***, Chef Service des Etudes, de la Formation et de la Recherche, ERSUMA
- ***M. Ghislain Olory-Togbé***, Assistant de Recherche, Direction de la Recherche et de la Documentation de l'ERSUMA

Sommaire

Editorial, par **Dr Félix Onana Etoundi** 7

DOCTRINE..... 9

A propos de l'effectivité des codes éthiques : contribution à un changement de perspectives des sources créatrices du droit privé, par **Pascal Nguihe Kanté** 11

Plaidoyer pour une responsabilité pénale des personnes morales en

droit Ohada, par **Adamour Rabani** 43

L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit OHADA, par **Bayo Bybi Blandine**..... 61

La protection du droit a un procès dans un délai raisonnable dans l'espace Ohada, par **Ibrahima Ndam**..... 83

Le bail à usage professionnel à l'épreuve de la procédure collective du bailleur en droit OHADA, par **Adrien Dioh** 129

L'interdépendance des obligations dans les contrats de transport de marchandises par route de l'Ohada: implications et conséquences pour les parties, par **Ludovic Guedje** ..... .153

Erreur ! Signet non défini. Les enjeux de la société coopérative : évolution et perspectives, par **Véronique Sarr** …….. 187

Ohada et bonne gouvernance d'entreprise, par **Patrice S.A. Badji** 209

ETUDES …….…….. 227

La problématique des fonds souverains chinois en Afrique, par **Félix Onana Etoundi et Frédérique Youmbi Fasseu** …….…..…….. 229

L'insertion du droit de l'Ohada en RD Congo : les roses et les épines, par **Joseph Kamga et Marlize Elodie Ngnidjio Tsapi** ……..…… 241

Implementation of Ohada laws in a bilingual and bijural context : Cameroon as a case in point, par **Justin Melong** …….…….…… 259

LEGISLATION ……..…….. 281

Des imprécisions dans l'approche définitionnelle de la notion de systèmes de paiement dans l'espace UEMOA : cas du règlement n° 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002, par **Soumaïla Aouba** ……...…….. 283

Heurs et malheurs de l'article 4 de l'acte uniforme Ohada portant organisation des suretés, par **Marie Duvale Kodjo Gnintedem** ……. 295

JURISPRUDENCE …….. 307

Le contentieux du droit pénal des affaires devant les hautes juridictions nationales et devant la CCJA, par **Edouard Kitio** 309

L'application de l'article 39 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution par le juge congolais, par **Roland Bembelly** ……... 329

Bail commercial et domaine public en droit Ohada : étude de jurisprudence, par **Jérémie Wambo** …… 339

PRATIQUE PROFESSIONNELLE ……..… 347

Contribution au diagnostic des difficultés d'application par les établissements financiers du nouvel acte uniforme sur les droits de suretés, par **Mamadou Diallo** ……. 349

Conseils à un jeune avocat, par **Pierre Boubou et Marie Colette Kamwe Mouaffo** …. 359

Hommage au professeur émérite Gérard Farjat, par **Pr. Moussa Samb** ……..... 377

Hommage au professeur Laurence BOY, par **Ghislain OLORY-TOGBE** …….…..... 390

EDITORIAL

« Revue de l'ERSUMA : les fruits tiennent toujours la promesse des fleurs ! »

L'OHADA célébrera le 17 Octobre 2013 à Ouagadougou au Burkina Faso ses 20 années d'existence, pendant que la Revue de l'ERSUMA égrène lentement mais sûrement sa deuxième année de parution. De belles pages de l'histoire juridique africaine continuent de s'écrire en lettres d'or ! Et l'OHADA poursuit la consolidation de son corpus juridique à travers des études d'experts qui pourraient générer de nouveaux chantiers d'harmonisation des contrats d'affaires.

Cette chevauchée à priori palpitante du domaine d'harmonisation du Droit des Affaires appelle une intensification de la recherche et de la publication à l'ERSUMA. La Revue de l'ERSUMA est une excellente tribune à tous ceux qui entendent apporter une pierre à cet édifice. Des confins de l'Afrique aux profondeurs de l'Europe, en passant par les hauteurs de l'Asie, le Centre de Recherche et de Documentation de l'ERSUMA reçoît des manifestations d'intérêt de partout dans le monde.

Pour ce numéro, le comité de rédaction a dû procéder à une sélection des plus difficiles, renvoyant à une prochaine parution, des articles et études de très grande qualité scientifique. Là encore, la diversité des contributions et leur qualité est un gage de la vitalité de la recherche en droit des affaires OHADA et communautaire africain. Simplicité, rigueur et dynamisme continuent d'innerver le travail de publication de cette Revue qui n'a pas fini de faire parler d'elle, de l'OHADA et de ses institutions par la même occasion.

La présente parution a le mérite de s'inspirer de cette dynamique de consolidation des activités de l'OHADA, comme si la palette des contributeurs s'en était inspirée. Aux thématiques revisitées de manière originale (arbitrage, transport de marchandises par route, droit pénal des affaires OHADA, etc.), s'ajoutent les questions nouvelles telle que la problématique des fonds souverains chinois en Afrique. Ce qui rappelle le pragmatisme que prône la ligne éditoriale de la Revue de l'ERSUMA, notamment l'ouverture et l'inventivité, synonymes d'attractivité juridique de l'OHADA.

Les nouveaux Actes uniformes révisés font chacun l'objet de contributions de qualité dans toutes les rubriques de la Revue. Le comparatisme est logé à bonne enseigne à travers la majeure partie des textes, preuve de cette ouverture confirmée par d'excellents écrits de la rubrique Pratique professionnelle.

Bref, la moisson scientifique est non seulement abondante mais d'excellente qualité car, avec la **Revue de l'ERSUMA, les fruits tiennent toujours la promesse des fleurs !**

Dr. Félix ONANA ETOUNDI

DOCTRINE

A propos de l'effectivité des codes éthiques : contribution à un changement de perspectives des sources créatrices du droit privé

Par

Pascal NGUIHE KANTE

Docteur d'Etat en Droit Privé

Chargé de Cours à l'Université de Dschang-Cameroun

1.Dans le contexte dit de mondialisation économique et financière, la capacité d'intervention des Etats se trouve désormais limitée[1]. Il est désormais banal d'évoquer le développement d'une nouvelle catégorie de « normes de conduite », et autres « chartes éthiques » dont la spécificité est d'émaner, non plus d'autorités publiques, mais d'acteurs privés des milieux d'affaires et, au premier chef, des entreprises elles-mêmes[2]. Sous des appellations variées[3], elles tendent à organiser le comportement des membres d'une profession ou consistent en une déclaration unilatérale d'une entreprise sur le comportement qu'elle entend avoir dans ses rapports avec ses différents partenaires que sont les consommateurs, les clients ou usagers, les fournisseurs, les actionnaires et le personnel salarié.

D'origine américaine[4], ces chartes ont d'abord été importées par les filiales des groupes multinationaux nord-américains ou anglo-saxons et ont ensuite inspiré plus récemment un nombre non négligeable de grandes entreprises françaises et européennes. Ces Codes de conduite se sont multipliés depuis les années 1970[5].

---

[1] En se résignant quelque peu à la caricature, il apparaît que les Etats sont de plus en plus appréhendés comme source des multinationales et les Etats cibles de leurs interventions.

[2]Sur l'éthique des affaires, cf. OPPETIT (B.), *Ethique et vie des affaires*, in Mélanges André COLOMER, Paris, Litec, 1993, pp. 319-333; égal. DENIER (P.), *Ethique et droit des affaires*, Rec. Dalloz Sirey, 1993, chr. pp.17-19; MESTRE (J.), *Ethique et droit des sociétés*, in Mélanges en l'honneur d'Adrienne HONORAT, éd. Frison-Roche, 2000, pp. 291- 300; LEONNET (J.), *Ethique et droit économique*, in Mélanges Pierre BEZARD, Montchrestien, 2002, pp. 231-237; FARJAT (G.), *Le droit économique et l'essentiel (Pour un colloque sur l'éthique)*, R.I.D.E., 2002, n° 1, pp. 153-166. Sur les codes de conduite, FARJAT (G.), *Réflexions sur les codes de conduite privés*, Etudes offertes à Berthold GOLDMAN, Litec, 1982, p.47 et s. ; du même auteur, *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés*, in Les transformations de la régulation juridique, sous la dir.de J. CLAM et G. MARTIN, Paris, LGDJ, 1998, pp. 313 et s.; OSMAN (F.), *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources du droit privé*, RTDCiv. (3), juill.-sept. 1995, pp. 509-531.

[3]La doctrine utilise indifféremment les expressions Chartes, codes de conduite, codes éthiques, guides de pratique des affaires, chartes de déontologie, manuels, voire documents internes innomés.

[4]Les chartes d'entreprise semblent faire leur apparition dans les années 1930 aux Etats-Unis.

[5] Une étude de l'OCDE en 2000 a ainsi répertorié 246 codes de conduite dans la zone OCDE, les groupes multinationaux étant à l'origine de 118 codes : OCDE, Inventaires des codes de conduite des entreprises, 13 octobre 2000-Doc.TD/TC/WP (98) 74/Final. Au Cameroun, la pratique n'est pas encore très répandue. Néanmoins, quelques entreprises ou groupes d'entreprises ont pu élaborer leurs Codes éthique : c'est le cas

2.Au Cameroun par exemple, l'actualité de la question ne fait aucun doute. Le principal Groupement Inter patronal, connu sous l'acronyme GICAM, a décidé d'en faire l'une des priorités de sa raison d'être[6]. Mais surtout, dans la perspective de développer la recherche et de proposer de nouveaux programmes de formation, certaines Institutions universitaires nationales suscitent d'ores et déjà des réflexions d'envergure sur le cadre général de son expression[7]. Dans la même veine, un forum international des « pionniers de la Responsabilité sociétale des entreprises en Afrique » a été organisé dans ce pays[8]. Ces assises ont une vocation pérenne[9].

---

notamment des entreprises faisant partie du GICAM ou de l'entreprise de téléphonie mobile MTN. A propos du contenu des engagements souscrits volontairement par cette dernière entreprise dans ce cadre, cf. MBIFI (R.) and KWEI NYINGCHIA (H.), *Corporate social responsability : the case of MTN Cameroon*, in Juridis Périodique, n° 86, avr.-juin 2011, p. 104 et s.

[6]Fidèle à son image d'organisation responsable croyant aux valeurs qui fondent l'entreprise, et, au-delà, toute société organisée, le GICAM s'est attaché, dès le début de l'exercice 2003, à développer des réflexions sur la problématique de l'éthique dans l'entreprise. Quelques temps après, à l'occasion de la tenue de son Assemblée Générale du 14 mai 2004, il a adopté un véritable Code Ethique faisant partie de ses Actes fondateurs. Le document, issu d'une large concertation des membres, s'articule-t-il autour des principes tels que le respect des droits fondamentaux des travailleurs et des partenaires sociaux, le respect des engagements, le respect des lois de la République, de la sous-région, des Conventions internationales, la protection de l'environnement ou encore la lutte contre la corruption. Il s'applique, de manière consensuelle, aux entreprises et organisations qui acceptent d'y adhérer (cf. Préambule du Code Ethique GICAM).

[7] A ce titre notamment, l'Université Catholique d'Afrique Centrale a organisé du 07 au 09 avril 2011 à Yaoundé, un Colloque International portant sur « *La Responsabilité Sociale de l'Entreprise au Cameroun* ». L'entrée en vigueur en novembre 2010 de la norme ISO 26000 sur la responsabilité sociétale des entreprises a motivé, semble-t-il, son organisation. De manière générale, l'environnement local traduit une méconnaissance du concept de RSE par les PME installées. Pourtant, le GICAM en tant que principale organisation patronale du pays, a mis sur pied depuis 2004 un Code éthique à l'intention de ses différents membres, mode d'expression de la RSE. A cet effet, des pistes de construction d'une responsabilité sociale des entreprises, et partant d'un développement des codes éthique au sein des entreprises ont été développées. Pour un résumé de certaines communications présentées à l'occasion dudit Colloque dont les Actes ne sont pas encore publiés, semble-t-il, v. www.lesafriques.com.

[8] Ce forum a eu lieu du 8 au 10 novembre 2011 à Douala à l'initiative du GICAM, principale organisation patronale du Cameroun et de l'Institut Afrique RSE. L'objectif de cette importante manifestation organisée avec le soutien institutionnel de la Commission de l'Union Africaine pour le Droit International et des Cités et Gouvernements Locaux Unis d'Afrique (CGLUA) était la co-construction par l'Afrique et pour l'Afrique d'une Responsabilité Sociétale des Entreprises adaptée au contexte africain. A l'occasion, la première charte africaine d'engagement en faveur de la RSE sous forme de Manifeste a été adoptée. Le texte adopté le 10 novembre 2011, met l'accent sur le prix qu'attachent les chefs d'entreprise d'Afrique à la définition d'un modèle de développement durable pour l'Afrique et par l'Afrique. Celui-ci servira de plate-forme de rassemblement à des initiatives qui vont se dérouler dorénavant en vue de promouvoir la RSE en Afrique, à travers la formation, la remise de prix et l'échange de pratiques et un dialogue ouvert avec les autorités politiques et administratives, les représentants de la société civile, syndicats et ONG afin que la croissance attendue en Afrique intègre les principes universels attachés à la RSE tels que définis dans l'ISO 26000, dans le cadre d'une adaptation aux réalités locales. Le Manifeste de Douala, le bilan du forum ainsi que les résultats complets sur la RSE en Afrique ont été présenté publiquement le 16 novembre 2011 au World Forum de Lille en France. Source : www.institut-afrique-.com et www.legicam.org.

[9] La deuxième édition s'est tenue les 21 et 22 novembre 2012, à Tunis en Tunisie sur le thème « Afrique responsable, les pionniers de la RSE et de la croissance verte inclusive ». Les assises avaient un triple objectif : évaluer les progrès accomplis depuis le dernier forum de Douala au Cameroun ; poursuivre la dynamique de promotion de la RSE auprès des responsables économiques et politiques africains ; faire valoir au niveau international la contribution déterminante de l'Afrique à la promotion de la RSE. Par ailleurs, l'ONG

Au plan normatif, en dépit d'un développement marginal de la démarche des codes éthiques, il existe des cadres juridiques et économiques qui favorisent son émergence. On peut mettre en avant, semble-t-il, les Actes Uniformes adoptés par l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires, en abrégée OHADA[10] et obligeant les entreprises, à rendre compte de leurs états financiers. Il y a aussi des textes nationaux[11], voire régionaux[12] ou internationaux[13]. Cette vision est loin d'être globale[14].

3.De ce point de vue, l'exigence des Codes éthiques n'est-elle pas en train de devenir, selon l'expression du professeur François Guy TREBULLE, « le fruit d'une époque qui s'attache de moins en moins aux frontières, de moins en moins aux traditions juridiques »[15]. En droit continental comme en droit de common law ou de celui construit autour de ces deux systèmes juridiques par leurs anciennes colonies, la réalité est unique. Pour autant, cette unicité n'est pas uniformité en raison de la divergence des comportements erratiques des marchés[16].

Observateurs des Droits de l'Homme (ODH) et A2D Conseil, en partenariat technique avec kiva Carbon, a organisé du 10 au 12 octobre 2012 à kribi (Cameroun), un séminaire de formation sur la RSE pour le compte des pays de la sous-région Afrique centrale. Au Sénégal, la quatrième édition du forum sur la RSE s'est tenue les 2 et 3 novembre 2012 avec le soutien de l'Ambassade du Canada, de l'Université Cheikh Anta Diop et des entreprises privées.

[10] A titre indicatif, le registre du commerce et du crédit mobilier, établi par l'article 34 de l'Acte Uniforme relatif au droit commercial général du 15 décembre 2010, constitue l'élément essentiel de la sécurisation des activités commerciales. Ce faisant, il confère aux créanciers et aux éventuels cocontractants de l'entreprise un accès aux informations relatives au statut juridique et à l'endettement de celle-ci. Les dirigeants doivent publier des bilans fidèles sous peine de voir leur responsabilité pénale engagée (art. 890 de l'AUDSC et GIE). De même, dans la perspective d'assurer le renforcement des capacités des parties prenantes, les dirigeants sont responsables des actes de violation des dispositions statutaires ou légales, telles l'utilisation de fonds sociaux à des fins illicites, ainsi que des fautes de mauvaise gestion. De ce fait, l'actionnaire subissant un préjudice personnel sera fondé à ester en justice, à titre individuel, contre la restriction de ses droits politiques, tel le droit à l'information et le pouvoir d'alerte, ou pour préserver ses droits financiers. Du côté des salariés, une série de dispositions leur permet d'intervenir dans la gouvernance de la société aussi bien quand elle est in bonis (cf. art. 455, 537 et 640 de l'AUDSC et GIE), que lorsqu'elle est en difficulté (cf. art. 48 et 49 ; 110 et 111 de l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif).

[11] A titre d'exemple, on peut citer la loi n° 92/007 du 14 août 1992 portant Code du travail au Cameroun.

[12] La Communauté Economique de l'Afrique Centrale (CEMAC), adopte assez régulièrement des normes dont les Etats devraient prendre des mesures nécessaires pour les rendre applicables sur leur territoire. Ex : le Règlement n° 09/05-UEAC-14 couche d'ozone qui a été réalisé en prenant en considération la Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone. De plus, à travers son programme qualité, la CEMAC, à l'instar de l'Union Economique et Monétaire Ouest-africaine (UEMOA), vise une plus grande normalisation des pratiques dans l'entreprise.

[13] Tel est le cas de nombreuses conventions de l'OIT par le pays. Les dispositions de ces conventions constituent une source du droit du travail et les employeurs sont tenus de s'y conformer.

[14] La responsabilité sociétale de l'entreprise en Afrique : au-delà de l'OHADA…, Colloque annuel du Master Recherche de droit de l'entreprise-2ème édition, Institut Droit Dauphine, 8 juin 2008.

[15] Cf TREBULLE (F. G.), *Quel droit pour la RSE ?, Propos introductifs*, in Responsabilité sociale des entreprises : regards croisés droit et gestion, (dir.) TREBULLE (F.G.) et UZAN (O.)), Economica, septembre 2011, p. 6.

[16] Même si l'esprit de la « Responsabilité sociale des entreprises » permet de demeurer cohérent, les règles publiques changent, sont différentes d'un pays à un autre. En prélude aux travaux du premier forum international

De contenu variable, ces documents contribuent à façonner l'image de l'entreprise, à faire œuvre de transparence, en espérant emporter l'adhésion de leurs destinataires[17].Mêlant ainsi impératifs économiques et éthiques, les entreprises trouvent là une occasion de se ressourcer dans les valeurs ambiantes. Elles participent à leur façon au courant éthique contemporain de la vie des affaires, non sans qu'on sache toujours s'il ne s'agit pas d'un simple discours de surface à visée publicitaire[18]. Ce faisant, elles répondent à l'appel du Professeur LE TOURNEAU[19] invitant à faire mentir l'éminent Georges RIPERT qui affirmait que « ces personnes, dites morales, n'ont pas de vie morale »[20].

4.La logique qui sous-tend leur adoption témoigne de la prise de conscience, par les entreprises, et sous la pression conjuguée des investisseurs et/ou consommateurs, de leur "responsabilité sociale"[21] dans divers domaines tels que l'emploi, l'environnement ou les

---

des « pionniers de la Responsabilité Sociétale des Entreprises en Afrique », les résultats d'une enquête sur la RSE en Afrique ont été présentés. Il ressort que 84% des entreprises interrogées estiment que l'absence de politiques publiques incitatives est le principal frein à l'implémentation de la RSE en Afrique. Par ailleurs, 45% d'entre elles jugent non satisfaisants et 32% estiment plutôt que le degré de sensibilisation à la RSE dans les pays africains est moyennement satisfaisant. Le manque de compétences est en réalité l'une des importantes contraintes de la RSE. Source : www.institut-afrique-.com et www.legicam.org.
Au-delà, il existe, semble-t-il, une RSE africaine qui ne dit certainement pas son nom. Le constat peut tenir à la vision différente de la finalité de l'entreprise elle-même. En Occident par exemple, l'entreprise est une finalité en soi. En Afrique, elle est un moyen : l'entrepreneur ne travaille pas seulement pour son compte, mais aussi pour ses proches, sa famille, et plus généralement pour sa communauté. L'entreprise n'est donc pas dissociable du sociétal : la société est présente à l'intérieur même de l'entreprise dont le fonctionnement est communautaire ou familial. Pour amples détails, cf. WONG (A.), Les responsabilités sociétales des entreprises en Afrique francophone (livre blanc), éd. Charles Léopold MAYER, 2011.

[17]En retour, l'entreprise attend de tous, et spécialement du personnel, un comportement conforme à la politique affichée. En ce sens, DESBARATS (I.), *Codes de conduite et Chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion*, JCP, éd. E, 2003, I, 112 ; BERRA (D.), *Les chartes d'entreprise et le droit du travail*, Mélanges M. DESPAX, P.U. de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, 2002, pp.123 et s. ; FARJAT (G.), *Réflexions sur les Codes de conduite privés*, art. préc, p. 47.

[18]Dans cette veine, les codes d'éthique sont utilisés comme mode nouveau et supplémentaire de communication par toutes sortes d'opérateurs ou d'organismes privés ou publics.

[19] In L'éthique des affaires et du management au XXIe siècle, 2000, Dalloz, p. 67.

[20] In Aspects juridiques du capitalisme moderne, 1947, LGDJ, p. 79. Et sur l'éthique et son appréhension par l'entreprise, v. not. DHERSE (J.-L.) et MINGUET (D. H.), *L'éthique ou le Chaos* ?, 1998, Presse de la Renaissance.

[21]C'est le Livre vert de la Commission européenne « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises » du 18 juillet 2001 (COM ''2001'' 366 final), qui a marqué la consécration de la notion de « Responsabilité sociale des entreprises ». Cette position a été reprise à diverses occasions par les instances européennes et françaises. Ainsi, le Parlement européen a-t-il pleinement souscrit à la définition de la Commission européenne dans sa résolution du 13 mars 2007 et ce, malgré les quelques six années séparant la publication de ces documents communautaires. Au-delà, le concept de « Responsabilité Sociale des Entreprises » est désormais très largement employé au niveau international (les Nations Unies ont lancé leur programme « global compact » en juillet 2000, l'OCDE a révisé ses principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales en 2000, l'OIT a repris cette notion dans sa déclaration tripartite sur les principes concernant les entreprises multinationales et les pratiques sociales). Celle-ci se définit comme une démarche d'affirmation volontaire, par les entreprises, de leur responsabilité sociale – ou sociétale – qui se traduit par des engagements qui vont au-delà des exigences réglementaires et conventionnelles auxquelles elles sont soumises. Le Livre vert s'est principalement préoccupé de la dimension sociale de cette démarche, mais n'occulte pas les deux aspects essentiels : droits fondamentaux et développement durable. Il fait très bien apparaître que le concept est

droits fondamentaux[22]. L'intérêt pour ces différents enjeux et leur transcription en termes de « Responsabilité sociale des entreprises » est l'une des illustrations par lesquelles s'affirme l'existence de ce qu'un auteur a bien identifié comme « une morale entrepreneuriale conduisant à restaurer la légitimité de l'économie de marché en ne l'abandonnant pas à ses pires démons »[23]. Il y a probablement là une volonté d'échapper aux effets pervers de la mobilisation dite ''antimondialisation''. Pour les acteurs de la mondialisation économique, il est question comme l'a relevé de manière particulièrement symptomatique le professeur François Guy TREBULLE, de démontrer qu' « ils sont aussi des entités citoyennes revendiquant une responsabilité positive »[24] qui fait partie de l'une des composantes de leur identité. L'image est à la fois séduisante et illusoire. Que peut-on attendre d'une responsabilité sans engagement qui ne lie pas et dont la sanction n'est autre que celle du marché ? On est confronté à un véritable flou. La responsabilité sociale des entreprises s'inscrit certainement dans le cadre du mouvement qui fait primer la régulation sur la réglementation[25].

5.L'autorégulation par le biais de codes de conduite, de codes éthique, de codes déontologique…émanant principalement d'entreprises privées lui fournit un excellent mode d'expression[26]. Alors que la première génération de codes éthique avait été adoptée au milieu des années 1970 sous l'influence de l'OCDE et de l'OIT[27], ce rôle est dévolu désormais à la

---

principalement développé par de grandes entreprises, généralement multinationales. Paradoxalement, ce sont probablement les petites entreprises qui sont les mieux à même de transformer les déclarations en réalité. Les informations sont moins difficiles à réunir et la chaîne de décision plus courte.

[22]Cf. DESBARATS (I), *Ethique économique et droits de l'homme, La responsabilité commune*, éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1998; *Ethique et commerce international*, dossier Cah. Jur. Fisc. Export., 2000. Sur le terrain des droits fondamentaux, la doctrine (DE LEYSSAC (Cl. L.), *Vers une citoyenneté économique de l'entreprise*, Gaz. Pal., 13 févr. 1997, p. 267) estime que ces instruments de régulation sociale traduisent « la reconnaissance par l'entreprise de sa responsabilité sociale dans divers domaines et que cette reconnaissance la conduirait à assumer des devoirs allant au-delà de ce que prévoit la loi », même si par ailleurs une telle réponse demeure insuffisante en raison de l'absence de caractère impératif des normes et leur contenu évolutif (égal. DELMAS-MARTY (M.), *Droit pénal des affaires*, PUF, 3e éd., 1990, pp. 28-29).

[23]Cf. OPPETIT (B.), Droit et modernité, 1998, PUF, p. 274. Il soulignait par ailleurs que « l'éthique est le révélateur d'une crise économique et juridique dans la mesure où elle à imposer des exigences plus rigoureuses que celles résultant des normes de droit » (p. 275).

[24]Cf. TREBULLE (F. G), *Responsabilité sociale des entreprises – Entreprise et éthique environnementale*, Répertoire Sociétés Dalloz, mars 2003, n° 12, p. 4

[25] La responsabilité sociale des entreprises est conçue juridiquement comme une démarche volontaire, une démarche éthique qui ne lie pas. Ainsi que l'a relevé un auteur, « il faut faire avec une certaine ambiguïté terminologique dans la mesure où, précisément, le terme de ''responsabilité'' est employé » : TREBULLE (F. G), in *Responsabilité sociale des entreprises – Entreprise et éthique environnementale,* préc., n° 9, p. 4).

[26] Cf. DEUMIER (P.), *Les sources de l'éthique des affaires, Codes de bonne conduite, Chartes et autres règles éthiques*, in Libre droit, Mélanges en l'honneur de Ph. LE TOURNEAU, Dalloz, 2007 ; ETRE (C.), *Codes de conduite et responsabilité sociale de l'entreprise : soft law et droit*, in La responsabilité sociale des entreprises : une perspective institutionnaliste, B. BOIDIN, N. POSTEL et S. ROUSSEAU (dir.), Septentrion, 2009, p. 69 et s.

[27] Cf. OIT, *Déclaration de principe tripartite pour les entreprises multinationales et la politique sociale*, 1977 (révisé en 1991 et 2000) ; OCDE, *Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, 1976 (révisé en 1979, 1984, 1991 et en 2000) ; égal. VIRALLY (M.), *Les projets de code et le*

responsabilité sociale de l'entreprise. Parce que celle-ci n'a pas vocation à se substituer aux divers instruments qui ont déjà été mis en place mais bien davantage à les utiliser ou à leur donner une cohérence complémentaire, les codes éthiques constituent-ils l'un des principaux moyens pouvant être mis en œuvre dans ce cadre[28]. Ce faisant, la responsabilité sociale des entreprises donne lieu depuis quelques années au développement de nouveaux codes à l'initiative surtout des seules entreprises multinationales, et ce pour répondre à «la pression des investisseurs et des consommateurs »[29].

Bien que ces instruments ne rentrent pas tous dans une logique de la responsabilité sociale des entreprises car faisant partie de ce que certains qualifient « d'éthique dissuasive et non proactive »[30], ils entretiennent avec cette dernière un rapport indéniable. A cet égard, ils participent, selon certains auteurs, « à la construction du paysage juridique de la responsabilité sociale de l'entreprise en incitant les entreprises à jouer un rôle positif au plan économique, social et environnemental »[31]. Comme l'ensemble de la démarche de « Responsabilité sociale des entreprises », une telle adhésion repose sur le volontariat. Il s'agit, pour l'entreprise, d'établir qu'elle est disposée à se soumettre à des contraintes plus strictes que celles résultant des règles légales. Mais comme le relève toutefois un auteur, « volontaire ne signifie pas facultatif »[32]. On en déduit qu'une fois que l'entreprise aura manifesté sa volonté de se conformer à des règles dont elle a précisé elle-même le contenu, les tiers intéressés devraient pouvoir compter sur le respect de ses engagements. Les codes éthiques volontaires sont donc bien de nature à faire naître des obligations.

6.Seulement, il semble que ces codes éthique contiennent le plus souvent des engagements formulés en termes très généraux. Ainsi retrouve-t-on des formules assez imprécises[33]. Mais parfois, des engagements plus précis occupent une place importante[34]. La variabilité du contenu de ces codes découle de leur nature juridique même : instruments d'autodiscipline destinés à instaurer des normes tendant à provoquer une adhésion au type de comportement souhaité, ces codes expriment la nécessité de respecter les exigences de loyauté et de

---

nouvel ordre international : problématique juridique, in Transfert de technologie, sociétés transnationales et nouvel ordre international, J. TOUSCOZ et alii (dir.), PUF, 1978, spéc. p. 210.

[28] Les processus de labellisation, les certifications ISO ou le système européen de management environnemental et social, les rapports spécifiques ou les audits spécifiques sont-ils autant d'autres moyens qui peuvent être invoqués.

[29]Cf. BRAC (M.), *Code de conduite : quand les sociétés jouent à l'apprenti législateur*, in Le droit mou : une concurrence faite à loi, E. CLAUDEL et B. THULLIER (dir.), Travaux du CEDCACE, 2004.

[30] Cf. ETRE (C.), art. préc., p. 71.

[31] Cf. ROUSSEAU (S.) et TCHOTOURIAN (I.), *Normativité et responsabilité sociale des entreprises, illustration d'une construction polysémique du droit de part et d'autre de l'atlantique*, in TREBULLE (F. G.) et UZAN (O.) (dir.), Responsabilité sociale des entreprises, regards croisés, droit et gestion, préc., p. 77.

[32] Cf. TREBULLE (F. G.), *Responsabilité sociale des entreprises- Entreprise et éthique environnementale*, préc., spéc. n° 22, p. 6.

[33] Par exemple, « être à l'écoute des préoccupations de la Communauté, lancer un processus d'amélioration continue, assurer la formation du personnel et encourager le dialogue à l'intérieur de l'entreprise » (OCDE, Groupe de travail du Comité des échanges : *Les codes de conduite des entreprises – Etude approfondie de leur contenu* : TD/TCWP(99)56/FINAL du 13 juin 2000, p. 4.

[34] A ce titre, on peut retrouver des engagements formulés de la manière suivante : « développer des produits respectueux de l'environnement, diffuser des informations visant à sensibiliser les consommateurs, ou relatifs à la globalité de la démarche au plan planétaire, choisir de bons matériaux, s'assurer du respect de la loi par les partenaires… ».

transparence dans les pratiques professionnelles[35]. Ils sont en général vides de toute obligation juridique excédant celles que le droit assigne à l'entreprise. Par conséquent, leur principal effet est d'améliorer l'image de marque de l'entreprise auprès de ses partenaires, de ses salariés et de ses clients[36]. En parallèle, ces codes constituent des outils de management[37].

Il y a à l'évidence, dans la rédaction des codes éthiques, une dimension commerciale qui doit être prise en compte alors même que l'instrument de promotion prend une forme qui évoque un texte juridique[38]. Cette présentation formelle est loin de résoudre la principale difficulté qui semble subsister en la matière : les codes éthiques apparaissent bien souvent comme des déclarations générales dépourvues de portée pratique. Dès lors, des discussions naissent sur la question de leur réceptivité par les milieux judiciaires nationaux en raison de l'éclectisme qui caractérise les instruments d'édiction d'un tel droit qualifié de « mou »[39]. On est en présence d'un processus sérieux qui invite à s'interroger sur le pourquoi, la place, le rôle et la portée juridique des chartes d'entreprise élaborées par les opérateurs privés.

Cette œuvre est difficile. S'il est relativement aisé de déceler les raisons d'être des codes de conduite privés que sont les chartes d'éthique, il est beaucoup plus délicat d'analyser leur fonctionnement concret. L'effectivité d'un droit non obligatoire et évolutif est évidemment plus problématique. L'hésitation porte sur la force obligatoire de cet instrument au demeurant juridiquement mal défini et découlant naturellement des incertitudes qui affectent le caractère du code et l'existence même du pouvoir normatif de leurs initiateurs.

7.La question est dès lors de savoir si cette éthique de l'entreprise existe réellement sur le plan juridique, c'est-à-dire si cette notion a une effectivité, une portée réelle. La question cruciale devient alors celle de savoir quelle est l'effectivité des codes d'éthique et de conduite? En d'autres termes, existe-t-il une éthique, en tant que corps de principes distincts et autonomes de la règle de droit, qui s'impose à l'entreprise de manière contraignante? Est-ce que ces textes

[35] Cf. ROUSSEAU (S.) et TCHOTOURIAN (I.), art. préc., p. 76.

[36] Cf. TCHOTOURIAN (I.), *La morale en droit des affaires*, Communication, in La responsabilité sociale de l'entreprise : réalité, mythe ou mystification ?, Colloque organisé par le GREFIGE et l'ICN Scholl of management, 2005.

[37] Cf. AVIGNON (S.), *Les codes de conduite sont-ils devenus des outils de management international ? Le regard du juriste*, Communication in Métamorphoses des organisations, 5è Colloque GREFIGE-CEREMO, Université Nancy2, 2 novembre 2006.

[38] Dans le cadre européen par exemple, le Livre vert de la Commission insiste sur un point très important pour ce qui est de l'appréciation de leur portée : il relève que « Les codes de conduite ne doivent pas se substituer à la législation et aux dispositions contraignantes nationales, européennes et internationales : les dispositions à caractère obligatoire garantissent des normes minimales qui s'imposent à tous, tandis que les codes de conduite et toutes les autres initiatives de nature volontaire ne peuvent que les compléter et promouvoir des règles plus strictes pour ceux qui y souscrivent ». L'intérêt de cette formule est double. D'une part, il est radicalement impossible qu'une entreprise se dispense elle-même, qu'elle que soit sa taille, de respecter une règle de droit parce qu'elle se serait dotée d'un code sur le même thème. D'autre part, la Commission relève que les entreprises peuvent compléter la réglementation et promouvoir des règles plus strictes. Ces deux expressions permettent de bien réaliser que l'on ne se trouve en aucune façon en dehors du droit.

[39] Les internationalistes parlent encore de soft law, expression généralement traduite par celle de « droit vert » : DUPUY (R. J.), *Droit déclaratoire et droit programmatoire : de la coutume sauvage à la « soft law »*, in L'élaboration du droit international public, Pedone, 1975, pp.132 et s. Ce dernier auteur fait référence à un droit « encore à l'état tendre » ou « créé en douceur » et qui apparaît en droit interne.

assurent une protection efficace des droits envisagés? Quelle est, au besoin, leur valeur juridique? Ne s'agit-il pas d'engagements dépourvus de toute effectivité, destinés uniquement à ériger une façade de respectabilité à bon compte? Les codes d'éthique ou de bonne conduite n'auraient-ils pas vocation à remplacer progressivement le droit?

De manière générale, l'attitude positiviste n'accorde aux directives éthiques qu'une simple autorité morale en leur déniant toute force juridique[40]. Le caractère le plus surprenant des codes d'éthique est alors sans doute pour le profane, et peut-être pour de nombreux juristes, leur caractère non obligatoire. Dans ces conditions, l'effectivité des codes connaît de sérieuses limites (I).On ne devrait pas trop s'alarmer pour autant. Car comme l'enseigne le professeur Gérard FARJAT, « les juristes devraient pourtant savoir aujourd'hui que l'effectivité d'une norme n'est pas nécessairement liée à son obligatoriété. Les possibilités d'effectivité des codes de conduite privés sont (…) considérables pour qui ne s'en tient pas aux apparences et à une définition formelle de l'efficacité. En réalité, il existe (…) plusieurs voies pour assurer l'effectivité d'une norme »[41]. De ce fait, les voies de l'effectivité des codes d'éthique sont envisageables (II).

I- La limitation de l'effectivité des codes d'éthique

8.L'effectivité des codes d'éthique doit être appréciée en fonction des objectifs qui leur sont assignés en général par leurs auteurs. Or, si leur domaine est toujours très spécifique, très localisé, il est souvent affirmé par leurs auteurs ou par les milieux d'affaires, qu'ils sont les plus propres à assurer non seulement la défense de tel ou tel intérêt professionnel entendu étroitement, mais le fonctionnement de l'activité au bénéfice de tous les intéressés.

A ce discours s'oppose un certain nombre de facteurs essentiellement d'ordre juridique[42] qui viennent démentir cette analyse en limitant l'effectivité des codes d'éthique. On constate que d'une part, l'éthique de l'entreprise présente une juridicité affaiblie (A), et d'autre part, que son effectivité est limitée par des exigences liées à la protection de l'intérêt social (B).

A –L'éthique limitée par l'affaiblissement de son degré de juridicité

9.La juridicisation de l'éthique signifie ici la reconnaissance ou la réception par l'ordre juridique étatique des principes éthiques ou déontologiques[43]. Cette juridicité paraît affaiblie en raison de la faible effectivité de ces principes. Celle-ci trouve en réalité son explication

[40]Cf. OPPETIT (B.), *Ethique et vie des affaires*, art. préc., p. 332.

[41]Cf. FARJAT (G.), *Réflexions sur les codes de conduite privés*, préc, p. 58, qui songe ici aux pénétrantes analyses du Doyen CARBONNIER in *Flexible droit.* Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 10ème éd., 2001.

[42]Il est vraisemblable que les limites à l'effectivité des codes d'éthique puissent venir davantage des professionnels eux-mêmes, de leur insuffisante capacité à l'autodiscipline que du seul rejet du système de droit officiel.

[43]Cf. JEAMMAUD (A.), *Introduction à la sémantique de la régulation juridique*, in Les transformations de la régulation juridique, L.G.D.J., 1998. Le terme juridicisation peut être utilisé pour désigner « une évolution du rapport entre le droit et les relations sociales, soit par extension de l'empire du premier, soit par densification de la couverture qu'il impose aux secondes ».

dans deux facteurs : la reprise des principes de l'éthique par les règles de droit (1) et la dépendance de l'éthique au droit positif (2).

1 – La reprise des principes de l'éthique par les règles de droit

10 Si les codes éthiques sont destinés à susciter au sein des entreprises une prise de conscience de l'importance de préoccupations liées au bien commun, il est impossible que la réglementation ne subisse pas de répercussions de ce phénomène. En effet, dès lors que, en tant que tiers intéressés, les pouvoirs publics ont connaissance de la volonté de certains de prendre en compte des préoccupations identiques à celles qu'ils ont tendance à organiser, ils vont s'interroger sur l'opportunité de généraliser cette prise en compte dans une démarche contraignante[44]. De la sorte, la plupart des principes mentionnés lorsque l'on parle de l'éthique figurent déjà dans notre droit positif en la matière. L'éthique ne fait alors que reprendre des principes protégés au travers des règles de droit.

Cette prise en compte de l'éthique par les règles de droit participe certainement de son rôle fondamental et peut s'avérer très bénéfique. L'intervention peut prendre bien des formes mais notamment celle de la valorisation du comportement initié dans le cadre d'une démarche volontaire. C'est d'ailleurs l'une des fonctions des codes éthiques que de stimuler le législateur en l'incitant à combler des lacunes de son droit[45]. Soulignant ce point, un auteur a pu relever, à propos d'éthique médicale – mais la réflexion doit être étendue-, que « la réflexion éthique est préalable et essentielle à l'élaboration de la règle de droit »[46]. La démarche éthique pourra ainsi se voir consacrée par le droit. De là, la création de normes juridiques transcrivant des principes éthiques préalablement identifiés peut être la condition d'un respect réel de ces principes, alors qu'ils auraient fait l'objet d'une adhésion formelle[47].

Selon Alain COURET[48], la déontologie se développe le plus souvent dans le silence de la loi. Alors que l'éthique donne les principes directeurs, la déontologie leur donne un contenu concret[49]. Comme Charley HANNOUN le fait remarquer, la plupart des obligations déontologiques peuvent être « rattachées aux obligations de conseil, de diligence et de

---

[44] Il s'agit notamment des préoccupations relatives aux droits de l'homme, à la protection des salariés ou à celles relatives à l'environnement.

[45] Cf. NGUYEN HUU TRU, *Les codes de conduite : un bilan*, RGDI publ. 1992.53 ; égal. VEILLEUX (A.) et BACHAND (R.), *Droits et devoirs des investisseurs : existe-t-il un espace juridique transnational ?*, Groupe de recherche sur l'intégration continentale, Université du Québec : www.unites.uqam.ca/gric, n° 19.

[46] Cf. LONG (M.), *Conférence inaugurale du congrès d'éthique médicale*, RDFA 1991.400.

[47] Cf. NGUYEN HUU TRU, art. préc., p.51, qui relève que « L'expérience des principes directeurs de l'OCDE montre … que les règles en matière de publication d'informations sont le mieux observées par les entreprises multinationales lorsqu'elles sont étayées par la législation et la pratique nationale et dans les pays où la législation nationale est particulièrement explicite ».

[48]Cf. COURET (A.), *La dimension internationale de la production du droit. L'exemple du droit financier*, in Les transformations de la régulation juridique, ouvr. préc., p. 201.

[49]L'exigence déontologique s'est développée tout particulièrement dans le domaine boursier où elle se traduit par un corps de normes qui intéresse et assujettit les professionnels de la finance.

prudence que contient le droit positif »[50]. Pour leur part, les codes de déontologie, au sens strict, confirment l'emprise du droit. Ce faisant, l'un des effets souhaités de l'existence des codes éthiques sera paralysé : on voulait tenir le droit positif à l'écart, il se saisit paradoxalement du domaine envisagé[51].

11.Le fondement de la solution découle de celui même qui est dégagé par ces principes. Les règles d'éthique ont de manière générale un arrière plan moral. Le droit positif camerounais, à l'image du droit français qui l'inspire la plupart de temps, contient de nombreuses traces de l'influence d'une certaine morale des affaires, d'une éthique diraient certains. Ainsi, la loi et la jurisprudence exigent la bonne foi dans la formation et l'exécution des contrats[52]. La jurisprudence tire de cette exigence de bonne foi un devoir de loyauté et de coopération dans les affaires. Par ailleurs, les manœuvres d'une entreprise pour tromper ses partenaires dans ses relations commerciales peuvent être sanctionnées par la nullité des contrats pour dol. L'entreprise ne peut se livrer à n'importe quelle activité en raison des interdictions posées par le droit. Pour être valable, le contrat ne doit être contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs[53]. Celles-ci peuvent se définir, par référence à une éthique transcendantale, soit comme ce que fait la majorité de la population[54].

Au travers de l'infraction d'abus de biens sociaux par exemple, le législateur OHADA des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique prévoit la sanction pénale des dirigeants qui font un usage des biens de la société contraire à l'intérêt social, c'est-à-dire l'intérêt de la personne morale distincte de ses associés[55]. De surcroît, l'infraction exige qu'ils aient agi à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils étaient intéressés directement ou indirectement. Le fondement moral de ce délit ne fait guère de doute. Il s'agit en réalité de sanctionner l'entrepreneur qui « vampirise » la société en se servant de biens qui ne lui appartiennent pas pour ses propres intérêts. On pourrait multiplier les exemples de règles de droit et de notions légales dans lesquelles on peut déceler les principes éthiques.

12.Les partisans de l'éthique de l'entreprise redécouvrent une vérité ancienne: le système économique ne peut pas fonctionner efficacement si les acteurs ne peuvent pas avoir un

[50]Cf. HANNOUN (C.), *La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme*, R.T.D.Com, 1989, p. 417.

[51] Cf. TREBULLE (F. G.), *Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale)*, art. préc., n° 28, p. 8.

[52]Cf. article 1134 du code civil français et camerounais; et pour quelques illustrations, cf. LEONNET (J.), *Ethique et droit économique*, in Le juge et le droit économique, Mélanges Pierre BEZARD, Montchrestien, 2002, pp. 231- 237.

[53]Cf. article 6 du Code civil de 1804.

[54]Dans la pratique, la notion de bonnes mœurs est issue d'un compromis entre ces approches. Les bonnes mœurs ne s'identifient pas à la morale. Alors que celle-ci vise le perfectionnement intérieur des individus, celles-là cherchent seulement un conformisme extérieur dans le comportement social. Les bonnes mœurs peuvent donc être considérées comme les règles de morale sociale fondamentale pour la société.

[55]Cf. Article 891 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique de l'OHADA.

minimum de confiance entre eux. L'éthique peut alors y contribuer dans la mesure où elle se traduit notamment par les principes de loyauté ou le respect des engagements pris. L'instrument de base est la charte éthique qui résume la mission de l'entreprise et les valeurs auxquelles elle se réfère, ainsi que ses grands objectifs permanents. La doctrine rassemble sous l'expression de charte des textes consistant en une énumération de préceptes dont les objets sont disparates[56]. Ces textes expriment une recherche de normativité plus souple et viennent s'insérer dans des espaces dont l'intervention publique et la réglementation sont absentes ou se sont retirées. La charte est l'expression d'un idéal qui doit rester cohérent avec les objectifs économiques et financiers de l'entreprise. Le contenu des chartes n'est le plus souvent que la récupération du droit existant sous la forme d'affirmations très générales.

Les règles de déontologie peuvent acquérir une force juridique lorsque la loi, elle-même, a habilité les professionnels à définir des règles dans le respect du cadre qu'elle a fixé. Lorsque l'éthique acquiert une force contraignante, elle la puise dans le système juridique. En ce sens, on peut dire que l'éthique est dépendante du droit, car son effectivité est conditionnée par le droit positif.

2 – La dépendance de l'éthique au droit positif

13.Que les principes posés par l'éthique soient ou non une reprise de règles de droit existantes, il faut reconnaître qu'ils peuvent parfois acquérir une force obligatoire. Dans ce cas, cette reconnaissance résulte du droit. Cette valeur juridique va de soi lorsque le principe éthique s'incarne dans une règle de droit existante. Mais le droit peut aussi conférer indirectement dans certaines conditions des effets juridiques à l'éthique.

A première vue, tout commande que les chartes soient dépourvues de toute valeur juridique. Il s'agit d'y affirmer des valeurs d'entreprise, et le contenu, lorsqu'il touche au droit, est souvent redondant par rapport aux règles de droit. Malgré tout, la doctrine s'est interrogée sur la valeur juridique des codes de conduite[57]. En la matière, il convient de distinguer les codes de conduite, de déontologie qui émanent d'autorités administratives indépendantes et qui ont une force contraignante par la volonté de la loi, de ceux définis comme des recommandations qui n'ont pas de caractère obligatoire mais jouent un rôle de persuasion sociale. Les codes de conduite apparaissent d'abord comme des instruments d'autodiscipline permettant l'autorégulation d'une branche d'activité par ses opérateurs. Cette démarche obéit souvent à la volonté de prévenir une intervention réglementaire des pouvoirs publics plus contraignante.

---

[56]Les chartes prennent des appellations très diverses: charte éthique, code d'éthique des affaires, code de déontologie. Cette terminologie variée correspond à l'établissement de règles de fonctionnement correctes tant dans l'organisation interne d'un groupe, d'un organisme ou d'une entreprise que dans les rapports avec l'environnement.

[57]Cf. FARJAT (G.), *Réflexions sur les codes de conduite privés*, préc., p. 60; égal. HANNOUN (C.), *La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme*, préc., p. 420; OSMAN (F.), *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandation, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit*, préc., p.520.

14.Est-ce à dire que l'éthique et les chartes qui contiennent ces principes n'ont aucun effet juridique? On ne le pense pas véritablement. Les chartes, si elles ne peuvent prétendre emporter des effets obligatoires pour leurs destinataires, peuvent entraîner des effets juridiques limités. Elles sont, en effet, de nature à engager des responsabilités. Lorsque l'entreprise choisit d'intégrer l'éthique dans son management sur la base d'un calcul de rentabilité à moyen et long terme, elle cherche à donner une large publicité à sa charte éthique[58]. Cette démarche ne sera pas sans conséquence, même dans l'hypothèse où elle n'est pas fondée sur une conviction sincère mais plutôt sur une tentative de récupération. L'intégration de l'éthique dans la politique générale de l'entreprise et sa révélation aux tiers en font un élément contractuel. Là encore, on s'aperçoit que les chartes de déontologie acquièrent des effets juridiques par le biais du droit. Les mécanismes du contrat et de la responsabilité civile sont ainsi perçus comme une solution susceptible d'apporter à l'éthique la force juridique qui lui fait en théorie défaut[59].

Si l'on adhère à l'idée du pluralisme juridique, il apparaît que ces codes ne sont pas dépourvus de toute valeur juridique dans la mesure où ils peuvent être juridicisés au moyen du standard juridique. Au départ, ils ne sont que de simples autorités de fait à l'égard desquels le système juridique garde toute liberté : celui-ci peut condamner ou juridiciser les dispositions des codes de conduite. Si certaines dispositions n'ont pas d'intérêt, certains codes ont reçu une consécration officielle par les autorités publiques[60]. Les standards classiques du droit que sont la faute, la fraude, le dol ou la bonne foi, peuvent permettre la prise en compte de dispositions de ces codes par le juge. La norme de conduite élaborée par un organisme privé peut acquérir une effectivité dès lors que le juge l'analyse comme un standard professionnel dont la violation est sanctionnable juridiquement. Dans ces conditions, «l'ordre juridique étatique participe à l'effectivité d'une norme de conduite édictée ou élaborée par un ordre juridique privé dans la mesure où il voit, notamment, un standard professionnel dont la violation est constitutive d'une faute »[61].

15.L'éthique peut acquérir également une certaine valeur juridique lorsqu'elle prend la forme d'usages. Pour apprécier l'existence d'une faute, les usages propres à une profession peuvent servir à éclairer le juge. Assez souvent, la loi prescrit de se référer aux usages dits conventionnels, pour interpréter ou compléter les contrats[62]. En général, les usages ne

[58]Cf. KOUBI (G.), *La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit*, in Les transformations de la régulation juridique, L.G.D.J., 1998, p. 165; égal. FARJAT (G.), *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée*, préc., p. 317.

[59]A cet effet, il est possible par exemple que les principes éthiques trouvent un champ d'application au travers de l'appréciation d'une faute de nature à engager la responsabilité délictuelle[59] de l'entreprise, ceci en vertu de l'article 1382 du Code civil qui dispose que : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer ».

[60]C'est le cas des codes de déontologie au sens strict.

[61]Cf. OSMAN (F.), *art. préc.*, p. 509.

[62]Cf. article 1135 du Code civil : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »; article 1159 du Code civil: « Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé ».

s'imposent qu'à défaut de conventions contraires. Ils viennent compléter la volonté des parties qui ne se sont exprimées que pour l'essentiel. Dans la mesure où un code de déontologie peut être le regroupement d'usages propres à un secteur déterminé, on perçoit que la valeur juridique du code de déontologie peut découler de celle attribuée aux usages. Or, les usages peuvent prendre valeurs de règles de droit par consécration de la loi[63] ou de la jurisprudence. Il faut réserver aussi l'hypothèse où les usages ont valeur de règles de droit indépendamment de la loi en raison de leur caractère de coutume[64], au sens juridique du terme. Il apparaît là encore que les codes de déontologie et implicitement les principes éthiques qui les inspirent, prennent ainsi une force juridique par le sceau du droit.

La juridicisation de l'éthique peut se manifester par ailleurs dans le fonctionnement interne de l'entreprise. En effet, l'éthique de l'entreprise peut s'exprimer sous la forme de règles déontologiques internes. En France par exemple, la jurisprudence a indiqué que la règle à caractère déontologique contenue dans une note de service pouvait s'imposer au salarié[65]. Pareille difficulté n'a pas encore été posée au juge camerounais. Mais compte tenu des rapports qui existent entre les deux systèmes juridiques et du mimétisme qui a toujours caractérisé le droit camerounais, il y a peu de doutes à ce que ses juges rechignent à adopter un raisonnement similaire au cas où ils viendraient à être saisis en de pareilles circonstances[66].

16.On peut ainsi comprendre que de nombreux codes privés reprennent des dispositions du droit d'Etat. Il y a « réception » du droit d'Etat par le droit professionnel. Bien entendu, l'attitude du milieu professionnel ou économique vis-à-vis de l'ordre étatique varie suivant le domaine de la réglementation. Il est des pratiques commerciales qui sont particulièrement difficiles à soumettre à des règles étatiques, comme les pratiques anticoncurrentielles. Dans des cas extrêmes, un comportement recherché par les pouvoirs publics ne peut être obtenu qu'avec l'assentiment ou la collaboration des agents économiques privés[67]. Contrairement aux apparences, l'efficacité du droit étatique peut être subordonnée à son acceptation par la profession ou le milieu économique.

---

[63]L'article 1736 du Code civil dispose que le bailleur ou le locataire d'un bail fait sans limitation de durée peut donner congé à tout moment à la condition d'observer les delais fixés par les usages des lieux.

[64]Un usage pour devenir coutume doit être ancien, constant, notoire, général. Même s'il présente ces caractères, il faut encore que ceux qui se conforment à cet usage aient la conviction d'agir en vertu d'une règle qui s'impose à eux comme la règle de droit. Les caractéristiques de la coutume lui confèrent une place limitée dans les systèmes juridiques français et camerounais.

[65]Cf. C. E., 11 juin 1999, D. 2000, somm. comm. p. 88, obs. Carole GIRAUDET.

[66]Cf. A titre d'exemple, l'article L. 122-39 du Code du travail français considère comme des adjonctions aux dispositions du règlement intérieur les notes de services ou tout autre document portant prescriptions générales et permanentes dans les matières relevant du règlement intérieur. Or, le contenu du règlement intérieur est limitativement énuméré aussi bien là-bas qu'au Cameroun (Cf. art. L. 122-34 du Code du travail français et 34 du Code du travail camerounais). L'intégration de règles déontologiques dans le règlement intérieur suppose de les assimiler à des règles de discipline. Il convient de rappeler que l'employeur ne peut pas insérer dans le règlement intérieur des dispositions contraires aux lois et règlements[66] (Cf. articles L. 122-35 du Code du travail français et 35 du Code du travail camerounais). Les règles de déontologie se trouvent ainsi sous la dépendance du droit positif.

[67]Il en est ainsi des transferts de technologie pour lesquels on a suggéré des codes de bonne conduite.

Pour une bonne part donc, il convient de retenir que les principes de l'éthique ne sont qu'une redécouverte et une transcription des règles de droit applicables à l'entreprise. Ces principes, émanant des acteurs sociaux, ont dans certaines conditions une force contraignante. Seulement, ils se trouvent limités hélas, par le respect du droit et notamment par l'obligation de compatibilité avec l'intérêt social.

B - L'éthique limitée par l'intérêt social

17.Même si l'éthique se déploie dans un espace non réglementé par le droit, elle doit se plier à la contrainte de l'intérêt social dès lors qu'elle touche à la sphère de l'entreprise (1). En conséquence, les responsabilités imposées à cet égard aux dirigeants peuvent limiter l'efficacité de l'éthique sur l'entreprise (2).

1 - Une gestion de la société déterminée par l'intérêt social

18.Pour la doctrine, l'intérêt social indique le sens dans lequel doit se déployer l'activité sociale[68]. De son côté, l'article 4 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique de l'OHADA, à l'instar de l'article 1832 du code civil de 1804 qui lui a servi de source d'inspiration, définit la société comme un contrat par lequel « deux ou plusieurs personnes conviennent, (…) d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ». On peut se demander ce qui le différencie en réalité du but de la société, tel qu'il est relevé par les textes. A s'en tenir aux lumineuses analyses de certains auteurs[69], la différence tient à ce qu'ici, on définit « un but final abstrait pour la catégorie juridique du contrat de sociétés », tandis que là-bas, il est question de « sa concrétisation dans la durée ».

En ce sens, il existe une corrélation étroite entre le but de la société qu'est « partager le bénéfice ou …profiter de l'économie » et l'intérêt social. Celui-ci est nécessairement affecté si le but de la société n'est pas réalisable d'aucune manière. Au-delà, on peut y voir certes un renouvellement de l'analyse des relations entre associés, mais surtout un renouvellement dans la ligne traditionnelle percevant la société comme un contrat unissant les divers associés. Mieux, la finalité de la société qu'ils ont créée est souvent présentée comme étant fondée sur la prise en compte de l'intérêt des actionnaires.

On perçoit ainsi le caractère illusoire d'une conception de l'éthique qui voudrait que l'entrepreneur agisse toujours sur la base de principes à caractère moral puisqu'il risquerait d'entrer en conflit avec la vocation même de la société. La société visant à réaliser des profits, l'éthique doit, en pratique, composer avec cette exigence. Cette situation est de nature à en restreindre la portée.

19.L'Etat entrepreneur montre lui aussi, au travers de l'exemple des entreprises à capitaux publics, les limites de l'éthique. Celle-ci n'est pas propre au secteur privé, elle concerne

[68] Cf. RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), Traité de droit commercial. Les sociétés commerciales, sous la dir. de GERMAIN (M.) avec le concours de MAGNIER (V.), t1, vol.2, n° 1056-60, p. 46.
[69] Ibid.

également le secteur public. Les principes du service public constituent ainsi les premières références déontologiques de l'administration. Or, l'étude des entreprises publiques et parapubliques montre une soumission croissante aux mêmes règles que celles des entreprises privées[70].

En France par exemple, la jurisprudence[71] a rappelé que lorsque les personnes publiques se livrent à des opérations de production, de distribution ou de services, elles sont soumises aux règles du droit de la concurrence définies par l'ordonnance du 1er décembre 1986. Au Cameroun, la loi n° 98-13 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence prévoit en son article 2 que « Les dispositions de la présente loi sont applicables à tous les secteurs de l'économie nationale, à toutes les opérations de production et/ou de commercialisation des produits et services réalisés sur le territoire national par des personnes physiques ou morales, publiques, parapubliques ou privées ». Il s'ensuit que lorsque des personnes publiques participent elles-mêmes à la réalisation d'opérations commerciales, comme le ferait un entrepreneur privé, elles devraient se plier aux contraintes du droit de la concurrence, à l'instar d'une entreprise privée. Les exigences de ce que l'on pourrait appeler une « éthique de l'intérêt général » doivent composer avec les contraintes économiques et les règles de la concurrence. L'Etat entrepreneur ne pourra imposer, en pratique, à ses entreprises des principes qui iraient à l'encontre de l'intérêt social.

20.L'intérêt social est une contrainte réelle pour l'éthique dans la mesure où la responsabilité des dirigeants est engagée par son non-respect. L'éthique doit s'insérer dans le cadre posé par l'intérêt social, ce qui suppose d'en expliquer succinctement le contenu.

Comme l'indique le professeur Alain VIANDIER, « l'intérêt social est le concept majeur du droit moderne des sociétés »[72]. Il s'agit là d'un concept que ni le législateur de l'OHADA, ni le législateur français n'ont pensé à le définir. Pour sa part, la doctrine dans son ensemble se divise entre les tenants d'un intérêt social identifié à l'intérêt des associés et ceux qui considèrent que l'intérêt social n'est rien d'autre que l'intérêt de l'entreprise[73]. Quant à

[70]Cf. NGUIHE KANTE (P.), *Réflexions sur le régime juridique de dissolution et de liquidation des entreprises publiques et para-publiques au Cameroun depuis l'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme relatif aux procédures collectives ohada*, Revue Afrilex, Université Montesquieu-Bordeaux 4, n° 4, déc. 2004, p. 221 et s..

[71]Cf. Trib. confl., 6 juin 1989, Ville de Pamiers, R.F.D.A. 1989, p.457, concl. Bernard STIRN; A.J.D.A. 1989, p.p. 431 et 467, note BAZEX; R.D.P. 1989, p.1780, note GAUDEMET; J.C.P. 1990, II, 21395, note Ph. TERNEYRE; D. 1990, p.101, note Christian GAVALDA et Claude LUCAS de LEYSSAC.

[72] Cf. VIANDIER (A.), *La notion d'associé*, LGDJ, 1978, Bibliothèque de droit privé, t. CLVI, p. 72.

[73]Sur cette notion, cf. SCHAPIRA, *L'intérêt social*…, RTDCom. 1971, p. 959 et s. ; SOUSI, L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales, thèse (dactyl.), Lyon, 1974 ; SCHMIDT (D.), *De l'intérêt commun des associés*, JCP E 1994, 1, 404 et s. ; *De l'intérêt social*, JCP, E, 1995, I, p. 361 et s. ; COURET, *L'intérêt social*, Cah. dr. entr. 1996/4 ; GERMAIN (M.), *L'intérêt commun*, ibid. ; PIROVANO (A.), *La boussole de la société : intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise* ?, D. 1997, chr., p. 189 et s. ; BISSARA (ph.), L'intérêt social, Rev. Soc., 1999, p. 5 et s. ; BAILLY-MASSON (C.), *L'intérêt social : une notion fondamentale*, L.P.A., 9 nov. 2000, n° 224, p. 6 et s. ; MESTRE (J.), *Ethique et droit des sociétés*, Mélanges A. HONORAT, éd. Frison-Roche, 2000, p. 291 et s. ; DUPUIS, La notion d'intérêt social, thèse (dactyl.), Paris XIII, 2001 ; CONSTANTIN, *L'intérêt social : quel intérêt* ?, Mélanges MERCADAL, F. Lefebvre, 2002, p. 315 et s. GOFFAUX-CALLEBAUT (G.), *La définition de l'intérêt social. Retour sur la notion après les évolutions législatives récentes*, RTDCom., 2004, p. 35 et s. ; BASUYAUX (B.), *Intérêt social,*

Monsieur BERTREL, il considère que l'intérêt social est d'abord et avant tout l'intérêt des associés mais n'est pas que l'intérêt de ceux-ci[74].

L'article 4 alinéa 2 de l'Acte uniforme relatif au des sociétés commerciales et du GIE reprenant également l'article 1833 du Code civil de 1804, fait quant à lui référence à l'intérêt commun des associés, qui impose une égalité des associés. Ceux qui estiment que l'intérêt social est limité à l'intérêt des associés auront dès lors tendance à identifier l'intérêt social à l'intérêt commun des associés[75]. Mais au vrai, l'opposition entre ces deux conceptions est relative. L'intérêt de l'entreprise dans son ensemble est à long terme l'intérêt de tous les associés. Il n'est pas exclu que la différence irréductible de ces deux points de vue pourra surgir à certains moments de la vie sociale.

21.A partir du moment où l'éthique entend peser sur la gestion de l'entreprise, elle se trouve confrontée à l'intérêt social que les dirigeants et associés doivent respecter. Or, si l'on admet que l'intérêt des associés y occupe une place importante, il est compréhensible que l'éthique ait une portée relative puisqu'elle doit composer avec cet intérêt. Les exigences de l'éthique ne vont, en effet, pas toujours dans le sens de la maximisation des profits, tout au moins à court terme. En l'absence de dispositions légales, l'éthique ne peut aller à l'encontre de l'intérêt social, ce qui en limite ainsi l'impact[76]. Dans certaines situations cependant, l'éthique peut servir les intérêts de l'entreprise. Elle devient ainsi une contrainte volontairement admise par les dirigeants dans leur gestion.

---

une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales, L.P.A., 2005, n° 4, p. 3 et s. ; MARTIN (D.), *L'intérêt des actionnaires se confond-il avec l'intérêt social* ?, in Mélanges D. SCHMIDT, Joly éditions, 2005, p. 359 et s. ; MOUTHIEU (M.-A.), L'intérêt social en droit des sociétés, thèse doctorat d'Etat, Yaoundé II, 2006.

[74] Cf. BERTREL (J. P.), *La position de la doctrine sur l'intérêt social*, Droit et Patrimoine, Avril 1997.

[75] La discussion de ces thèses n'est cependant pas véritablement entrée dans le débat judiciaire de l'OHADA, si l'on excepte le cas en jurisprudence comparée française de l'affaire FRUEHAUF de la Cour d'appel de Paris du 22 mai 1965, JCP N 1965, 2, 14274 bis, DS 1968, 147, note CONTIN, RTDCom. 1965, 619, obs. RODIERE et HOUIN.

[76]La logique de la Responsabilité Sociale des Entreprises qui fonde la philosophie des codes invite à dépasser cette seule vision de la société pour l'élargir. On peut y intégrer les *stackeholders*, terme que l'on traduit habituellement par « parties prenantes », expression à laquelle on peut préférer celle de « tiers intéressés ». La catégorie des tiers intéressés regroupe tous ceux qui, à quelque niveau que ce soit, sont intéressés par l'activité de la société : salariés, clients, fournisseurs, concurrents, voisins, associations, collectivités locales etc., alors même qu'ils ne sont pas nécessairement liés à l'entreprise. La prise en compte de ces tiers intéressés caractérise, fondamentalement, la réalisation du fait que toute société est prise dans un réseau d'interdépendances qui lui interdisent de prétendre se déterminer seule. Au-delà même de l'ouverture aux autres qui résulte des liens contractuels qui peuvent être passés, l'entreprise doit tenir compte de l'ensemble des tiers qui subissent l'impact de son activité et dont les actions ou réactions sont susceptibles d'avoir un impact sur elle. C'est l'idée qui a justifié la création en 1989, à la suite de la marée noire de l'Exxon Valdez, de la Coalition for Environmentaly Responsible Economies (CERES), à l'origine du Global Reporting Initiative (GRI) qui entreprend de normaliser la diffusion d'informations environnementales.

Cette prise en compte des tiers intéressés va se traduire de diverses manières. On peut dire qu'il en va des parties intéressées comme des obligations : certaines sont liées à l'entreprise par des contrats, d'autres ne sont pas dans une relation juridique avec l'entreprise mais doivent compter avec son existence. L'aspect pathologique de cette coexistence peut se traduire par une mise en cause de la responsabilité délictuelle de l'entreprise dont l'activité causerait un dommage à ces personnes.

Il est possible d'aller encore un peu plus loin. A ce titre, il faut mentionner dans les objets concernés par l'intérêt social, des aspects liés traditionnellement à la maîtrise de l'organisation et de la gestion de la société. La pluralité de ses composantes et les divers intérêts en jeu nécessitent une intervention du législateur pour éviter l'anarchie ou la suprématie abusive de certains sur d'autres. Cette intervention est plus ou moins foisonnante selon les enjeux dévolus par la loi aux sociétés commerciales selon le critère de la spécificité[77]. De la sorte, l'intérêt social doit être placé dans la perspective du gouvernement d'entreprise[78]. Ce n'est pas simplement une terminologie susceptible d'être commune avec la Corporate Social responsability, mais bien l'observation que dans un cas comme dans l'autre, il s'agit d'identifier les limites de certains comportements. En ce sens, l'exigence traduit bien le fait que parmi les stakeholders dont il faut tenir compte se retrouvent les associés, eux-mêmes, mais encore, le constat est désormais partagé, les fournisseurs ou les concurrents notamment[79].

L'intérêt social n'est donc pas exclusive d'une considération de tous les porteurs d'intérêts, internes ou tiers intéressés externes ; et ceci d'autant moins que ces intérêts recouvrent, pour partie, ceux de l'entreprise. C'est permettre, peu ou prou, à l'éthique de coexister avec l'intérêt social.

22.On le voit, deux hypothèses sont envisageables à la lumière de ces différents développements. Soit les principes éthiques ont été juridicisés. Dans ce cas, ils auront une effectivité certaine par le biais du système juridique. L'intérêt social devra intégrer ces principes comme une contrainte juridique à laquelle il est soumis. Soit les principes éthiques ne sont que des normes de fait dont l'application dépend du bon vouloir des dirigeants. Aussi, ils ne pourront influer sur la gestion de la société que dans les limites de l'intérêt social. Il s'agira surtout d'un intérêt social dont les règles légales de responsabilité permettront d'assurer le respect.

2 - Une limitation assurée par les règles de responsabilité des dirigeants

23.Lorsqu'on examine les règles de droit organisant le fonctionnement et la gestion des sociétés, il apparaît que les dirigeants doivent agir dans le respect de l'intérêt social. Comme l'a montré en effet un auteur, « les dirigeants ont bien évidemment l'obligation de ne pas tromper les associés (…) ; de ne pas user des biens ou du crédit de la société contrairement à l'intérêt de cette dernière, dans leur intérêt personnel »[80]. En quelque sorte, le comportement des dirigeants qui porte atteinte à l'intérêt social peut être une source de dommages pour la société, les associés ou les tiers. Ce faisant, la question de leur responsabilité se trouve posée.

---

[77] Cf. ISSA-SAYEGH (J.), *L'Ohada et le gouvernement des entreprises*, 27 septembre 2007, in www.ajbef.info.

[78] Il s'agit d'une expression et d'une notion qui, bien que venue des pays anglo-saxons par l'entremise du « Corporate Governance », avait été accueillie et acceptée depuis longtemps déjà par la pratique et par la doctrine avant de l'être, timidement, par la jurisprudence.

[79] Cf. TREBULLE (F. G.), *Stakesholders theory et droit des sociétés*, Bull. Joly 2006, 1337 et 2007, 1.

[80] Cf. LE NABASQUE (H.), *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTDCom., 1999, p. 283.

Le législateur OHADA des sociétés commerciales et du Groupement d'Intérêt Economique sanctionne de tels comportements au double plan civil[81] et pénal.

Dans la société en nom collectif par exemple, l'article 277 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales de l'OHADA dispose qu'en l'absence de clause statutaire, le gérant possède un pouvoir de décision qui lui permet d'accomplir seul tous les actes de gestion dans l'intérêt de la société[82]. En matière de responsabilité des dirigeants dans une S.A.R.L, l'Acte Uniforme OHADA l'intègre dans ses articles 330 à 332[83]. Dans le même ordre d'idées, l'article 891 de l'Acte Uniforme OHADA, sanctionne, en effet, les dirigeants de sociétés anonymes qui usent de leurs pouvoirs en contrariété avec les intérêts de la société, à des fins personnelles[84]. Les règles de responsabilité, en sanctionnant ainsi le non-respect par les dirigeants de l'intérêt social, limitent le rôle que l'éthique pourrait jouer dans les sociétés. De ce fait, «l'intérêt supérieur d'une entreprise peut être si fondamental qu'il nécessite parfois le recours à des méthodes contraires à l'éthique »[85] sans toutefois constituer des violations de la loi. En ce sens, l'éthique est différente de la loi et son impact demeure limité.

24.L'objet social détermine les activités potentielles que la société se propose d'exercer au cours de sa vie sociale. Les dirigeants pourraient engager leurs responsabilités s'ils venaient à privilégier l'éthique sur la réalisation de l'objet social. Dans la mesure où l'objet social est licite, comme l'exige la loi, les dirigeants auront des difficultés à justifier vis-à-vis des associés des décisions qui ne s'inscriraient pas dans la réalisation de cet objet social. Dans le cas de la société anonyme, les administrateurs peuvent à tout moment être révoqués par l'assemblée générale des actionnaires[86]. Ils ne se trouvent pas, tout au moins théoriquement, dans une position suffisamment stable juridiquement pour généraliser une « gestion éthique ». Il apparaît, en effet, difficile aux administrateurs de prendre des décisions inspirées par une « éthique de l'entreprise » alors qu'elles ne seraient pas imposées par le droit et entraîneraient de ce fait de moindres profits. L'éthique a ainsi sa place dans la gestion de la société. Cela ne sera véritablement possible qu'à la condition qu'elle ne soit pas en contrariété avec l'intérêt social et surtout qu'elle puisse s'insérer dans l'espace laissé par la loi.

La solution est loin d'être généralisée. En vertu du principe de la plénitude des pouvoirs des dirigeants sociaux, fondé sur le principe de la représentation institutionnelle, les dirigeants ont la latitude d'accomplir des actes de gestion n'entrant pas dans l'objet social[87]. La porte pourrait dès lors être ouverte aux décisions inspirées par une « éthique de l'entreprise » malgré les restrictions légales. La sécurité des transactions et l'intérêt des tiers ont paru devoir l'emporter, dans ces circonstances. Toutefois, la société peut échapper à ses engagements si elle prouve que le tiers destinataire de la charte éthique savait que la mesure

[81] Sur cette question en droit OHADA, cf. AKAM AKAM (A.), La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit OHADA, R.I.D.E., 2007/2, p. 211 à 243.
[82]Cf. Pour une solution identique en droit comparé, cf. art. 13 de la loi française du 24 juillet 1966.
[83] En France par exemple, la question est réglée par l'article 13 de la loi du 24 juillet 1966.
[84] Pour le cas de la France, cf. article 425 de la loi du 24 juillet 1966.
[85]Cf. FEUILHADE de CHAUVIN, *Ethique et pouvoir*, E.S.F. Éditeur, 1991, cité par AONZO (Ph.), in art. préc., p. 9. On cite à ce titre pour exemple le fait d'étouffer en les réparant les indélicatesses commises par un collaborateur dont on se séparera comme si de rien n'était.
[86]On parle de révocation ad nutum, sous réserve de l'abus de droit.
[87] Cf. art. 121 à 123 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE de l'OHADA.

prise dépassait l'objet social ou s'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances. En aucun cas, la seule publication des statuts ne suffit à constituer la preuve de cette connaissance[88].

25.Au total, la valeur juridique limitée de l'éthique, au sens où on l'a entendu au niveau de cette réflexion, est somme toute compréhensible. L'éthique définie comme un ensemble de principes distincts du droit positif et qui s'imposerait à l'entreprise indépendamment du droit ne se vérifie pas vraiment dans la mesure où son effectivité réelle passe par sa juridicisation. La notion s'intègre ainsi dans le moule du droit positif. Elle intervient pour réaffirmer des principes sous-jacents au droit, servir à l'interprétation de notions légales ou encore pour combler un espace non réglementé par la règle de droit mais dans le respect du cadre fixé par celle-ci. L'analyse démontre qu'au-delà des déclarations de réprobation ou d'une simple responsabilité morale, l'entreprise ne peut se voir sanctionnée sur le terrain éthique si le droit ne vient pas lui en imposer le respect. Ceci ne signifie pas que l'éthique de l'entreprise n'existe pas. Elle doit avant tout être appréhendée comme un outil de gestion de l'entreprise, c'est-à-dire un élément de sa gestion[89]. Il y a ainsi possibilité d'envisager les voies de l'effectivité des codes éthique.

II- Les voies de l'effectivité des codes éthiques

26.Comme l'ensemble de la démarche de « Responsabilité sociale des entreprises », les codes de conduite ou chartes éthique reposent sur le double postulat du volontariat pour ce qui est de l'adhésion et de l'absence de contraintes pour ce qui est de la mise en œuvre. Pour autant, des critiques naissent à propos de ce discours selon lequel on pourrait souscrire des engagements qui n'engagent pas, adhérer à un système de responsabilité qui ne soit pas juridiquement sanctionné[90].

A s'en tenir aux pertinentes réflexions du professeur J.-L. BERGER, la règle juridique « peut s'approprier des règles qui lui sont à l'origine étrangères et intégrer dans le système juridique des valeurs sociales ou éthiques sous forme de normes qualitatives et de concepts flexibles, soumis à l'appréciation de ses destinataires, sous le contrôle de l'interprète et du juge »[91]. Perçus dans cette optique, les codes éthiques cessent d'être envisagés comme certaines compilations de promesses ne liant que ceux qui y croient[92]. Inéluctablement, les engagements souscrits dans ce cadre pourront être pris en compte pour apprécier la responsabilité civile des entreprises qui s'y soumettent.

---

[88] Cf. art. 122 du même texte.

[89]Cf. PERRIN (D.), *Ethique ou toc?*, Courrier cadres du 21 juin 2001, p. 27, cité par AONZO (Ph.), in art. préc., p. 9.

[90] Cf. TREBULLE (G. F.), *Responsabilité sociale des entreprises- Entreprise et éthique environnementale*, préc., n° 35, p. 10.

[91] (Sous la dir. de), Droit et déontologies professionnelles, 1997, Libr. Univ. Aix-en-Provence, p. 16.

[92] On peut rencontrer des chartes ou codes éthiques participant formellement de la logique sous-entendue par un engagement susceptible d'être intégré dans le droit, mais ne reproduisant en réalité qu'un « discours creux à portée publicitaire » (FARJAT (G.), *Réflexion sur les codes de conduite privé*, préc, p. 65). Il va de soi que dans un tel cas de figure, il serait vain d'essayer d'y voir autre chose qu'un outil de promotion ; pour autant tout effet n'est pas exclu et il faudra précisément, l'assimiler purement et simplement à un document publicitaire.

27.Mais, comment y parvenir afin qu'ils puissent répondre plus efficacement aux objectifs à priori poursuivis et dont dépendent à la fois leur pertinence et crédibilité? Il existe dans notre droit positif des instruments permettant de conférer aux codes de conduite privés une valeur juridique propre à leur donner une certaine effectivité[93]. Leur multiplicité permet d'affirmer que la démarche des codes éthiques est non seulement une orientation avantageuse, mais aussi une source de responsabilité. La complémentarité de l'ordre juridique étatique et de l'ordre professionnel est sans doute judicieuse pour parvenir à cette finalité. Celle-ci s'exprime à travers une double démarche : le recours aux ressources de la sphère professionnelle, d'une part (A), et l'intégration des règles éthiques dans le système juridique d'Etat, d'autre part (B).

A – L'action utile des ressources de la sphère professionnelle

28.La normalisation professionnelle est sans doute moins efficace au sein des espaces nationaux. Malgré tout, il existe à ce niveau de puissants facteurs permettant d'assurer une efficacité aux codes d'éthique. A l'analyse, ceux-ci s'expriment essentiellement dans une double manière : par la modification des standards d'appréciation d'un comportement donné de l'entreprise, d'une part (1) et dans le cadre de la consécration d'usages, d'autre part (2).

1 – La modification d'un standard de comportement de l'entreprise

29.Une certaine normalisation est sans doute inséparable des activités professionnelles et économiques. Toute profession sécrète ses standards et ceux-ci sont suivis dans l'ensemble. Normes souples fondées sur un critère intentionnellement indéterminé[94], les standards constituent des outils d'analyse du comportement des parties à un contrat ou des auteurs d'une faute. Les codes d'éthique peuvent ainsi bénéficier de ce processus.

A partir du moment où une entreprise accepte d'adhérer à une démarche de codes éthiques, accepte de se soumettre à des contraintes plus strictes que celles qui résultent de la loi ou des règlements, et définit ces normes auxquelles elle se réfère, elle manifeste, semble-t-il, sa volonté de se placer sur un terrain différent du droit commun. Par sa propre action tendant à élever le niveau d'exigence qu'elle revendique, il est possible de constater avec le professeur François Guy TREBULLE, et non sans quelques raisons, l'effet bénéfique que celle-ci engendre en termes d'accroissement des « conditions d'analyse de la normalité de son comportement »[95]. Ce faisant, on en déduit que les juges sont en droit de « se servir des déclarations volontaires du type de celles comprises dans des codes de conduite comme éléments d'interprétation ou de constructions des solutions juridiques »[96].

30.Dans le cadre contractuel ou délictuel, il n'est pas nécessairement besoin de viser directement lesdits engagements pour observer que l'appréciation de la bonne foi impose de

[93] Ils pourraient s'exprimer de deux manières : soit en fournissant des éléments d'appréciation de la responsabilité, soit en permettant de consacrer de nouvelles obligations civiles.

[94] Cf. CORNU (G.), (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Ass. H. Capitant, v° Standard.

[95] In Responsabilité sociale des entreprises. Entreprise et éthique environnementale, op. cit., n° 37, p. 10.

[96] Cf. FARJAT (G.), *Réflexion sur les codes de conduite privé*, préc., p. 66.

tenir compte des déclarations faites par celui dont il s'agit d'apprécier le comportement. De la même façon, celui qui revendique haut et fort le fait de se soumettre à des règles particulières en matière sociale et environnementale ne se place plus sous la seule comparaison du bon professionnel normalement diligent mais se situe volontairement à un degré d'exigence renforcé dont il faut tenir compte : la violation des obligations souscrites dans ce cadre devra donc nécessairement être sanctionnée alors même que le droit commun conduirait à l'excuser[97].

S'en tenant à cette perception des codes éthique invoqués à titre de standard, il apparaît que la faute de l'entreprise manquant à ses engagements pourra être sanctionnée. Il n'est en effet pas nécessaire qu'une disposition légale soit violée pour caractériser une faute. La sanction, par la jurisprudence, de la violation de règles purement privées ou d'engagements contractuels spécifiques va clairement dans ce sens. Pour la doctrine, le fondement de cette solution doit être recherché, semble-t-il, dans « l'inobservation d'un principe général du droit, d'une coutume impérative ou même d'un simple usage, d'une réglementation d'origine purement privée, ou encore des directives imposées par un syndicat, une association ou un ordre professionnel à leurs membres, notamment sur le plan déontologique »[98]. Les engagements souscrits dans le cadre de l'adhésion à un code éthique peuvent parfaitement prendre place dans cette énumération.

31.Le fait que la faute puisse résulter de la violation des règles volontairement acceptées dans le cadre des codes éthique permettra de sanctionner toute discordance entre le discours et la réalité. En ce sens, l'adhésion à une telle démarche peut être regardée comme aggravant systématiquement l'obligation de l'entreprise.

Un manquement à des règles déontologiques ou aux prescriptions contenues dans un code éthique ne doit pas nécessairement être regardé comme fautif[99]. C'est l'entreprise elle-même qui s'engage à changer le modèle de référence auquel son comportement devrait être comparé pour apprécier l'existence de la faute[100]. Et pour que sa responsabilité soit véritablement engagée, la faute invoquée doit avoir causé un dommage aux éventuels tiers concernés[101].

---

[97] Cf. OSMAN (F.), *Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit*, art. préc., p. 524 ; BERGEL (J.-L.) (sous la dir. de), art. préc., p. 13.

[98] Cf. VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité, 2e éd., 1998, LGDJ, n° 461, p. 346.

[99] Cf. sur cette question, obs. de SERRA (Y.), D. 1997, p. 459 et de VINEY (G.), JCP 1997, I, 4068, n° 1, sous Cass. com. 29 avril 1997, retenant trop largement que la « méconnaissance des règles déontologiques de la profession d'expert comptable … suffisait à établir que de tels agissements étaient constitutifs de concurrence déloyale » ; cf. la position plus mesurée de la 1re chambre civile de la Cour de cassation française : Cass. 1re civ. 18 mars 1997, JCP 1997, II, 22829, rapp. SARGOS (P.).

[100] Sur l'utilité de ce changement du modèle de référence, cf. TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), Droit civil. Les obligations, 8e éd., n° 579.

[101] Le préjudice éprouvé peut même être moral. A cet effet, il sera caractérisé à chaque fois que l'entreprise a fait naître une attente, déterminé par ses affirmations, un comportement d'achat ou d'investissement. Dans tous les

32.La profession dispose elle-même de ses propres moyens de persuasion, de pression et de sanctions, au sens étroit. L'objectif recherché est d'empêcher la survenance des infractions à la discipline professionnelle. En ce sens, les codes d'éthique peuvent s'accompagner d'une publicité plus efficace que la publication de la loi. Les consommateurs, les partenaires professionnels, des tiers intéressés, peuvent connaître les normes qui sont jugées bonnes par la profession et être portés à refuser tout contrat ou tout rapport avec ceux qui ne les respectent pas. On ne saurait sous-estimer les boycotts des milieux professionnels. Enfin, des sanctions disciplinaires peuvent être prévues par les organisations auxquelles appartiennent les contrevenants[102]. Ces sanctions peuvent être extrêmement rigoureuses[103].

On ne saurait trop insister sur les avantages que présente la « normalisation » pour le monde des affaires, dans toutes les hypothèses. Si le milieu est dominé par des tendances corporatistes ou « solidaristes », les codes d'éthique sont évidemment bien venus. S'il s'agit au contraire d'un climat concurrentiel, le code d'éthique assurera les conditions d'une certaine concurrence, car celle-ci n'est jamais spontanée et sans règle[104].

Lorsque l'adoption d'un standard est insuffisante à favoriser la prise en compte juridique des codes éthique, on s'oriente avantageusement vers un usage particulier des codes éthiques.

2– L'usage particulier des codes éthiques

33.Deux situations sont susceptibles d'attirer l'attention ici.

Tout d'abord, rien ne montre mieux la force des codes éthiques que leur qualification sous formes d'usages. Qu'il s'agisse des usages professionnels ou des usages conventionnels, ceux-ci ont un caractère éthique avéré en raison de leur objet. Malgré ce trait distinctif susceptible de les priver en bonne logique de portée juridique en tant que telle, ils ne cessent d'acquérir une force obligatoire.

L'analyse sied raisonnablement, semble-t-il, à propos des codes éthiques envisagés par la doctrine comme des usages d'entreprise[105]. L'entreprise qui adopte pareille démarche, accepte nécessairement de placer l'ensemble de son activité, de manière implicite ou explicite, sous l'empire des règles ainsi dégagées. Le caractère facultatif de ces usages n'a

---

cas, l'entreprise doit répondre des désillusions que ses manquements provoquent. L'éventualité même d'une condamnation symbolique peut avoir, en termes d'image, des conséquences extrêmement sérieuses.

[102]Fréquemment, les adhérents à un groupement s'engagent à accepter les sanctions qui pourraient être prises à leur égard. Il en est ainsi de la charte du veau en France. Sur le respect des usages par les adhérents d'un syndicat, cf. PEDAMON (M.), obs. sous Com., 8 oct. 1956, et Paris, 1er juillet 1970 : les grands arrêts de la jurisprudence commerciale, n° 3.

[103]A titre d'exemple, le code élaboré par l'Association suisse des banques prévoit des amendes pouvant aller jusqu'à quatre millions de dollars. L'adhésion au code est libre, mais l'Association a prévu qu'elle tirerait les conclusions qui s'imposent d'une non adhésion.

[104]« La normativité permet de réaliser entre capitalistes cette « égalité dans l'exploitation de la force du travail » qui est le premier droit du capital » : Karl MARX, cité par FARJAT (G.), in *Réflexions sur les codes de conduite privés*, préc, p. 59.

[105] Cf. DESBARATS (I.), *Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion*, préc., , n° 8.

aucune influence sur la portée de la sanction Le domaine des relations de travail entre employeurs et employés offre d'intéressantes illustrations. A cet effet notamment, les engagements pris par ceux-là à l'égard de ceux-ci dans un code éthique sont à l'évidence de nature à les engager vis-à-vis de leurs salariés.

Le caractère facultatif des usages a certainement une influence sur la sanction juridique de ces normes éthiques. Parce qu'en la matière, il faut le vouloir pour y être soumis, il n'est pas exclu que les entreprises refusent a priori la sanction juridique à prononcer. Au vrai, la portée d'une telle prérogative est sans enjeux majeurs. Comme l'a pertinemment relevé le professeur François Guy TREBULLE à ce propos, ce qui est déterminant, c'est la conscience du caractère obligatoire des normes éthiques assimilées aux usages d'entreprises[106]. Mieux, dès lors que les entreprises adhèrent à la démarche de formulation des codes éthiques, elles s'engagent à conformer leur attitude à un certain nombre de règles immédiatement opposables dans l'exercice de leurs activités quotidiennes[107].

34.Ensuite, parce que le consensus est loin d'être fait autour de la force des usages résultant de leur assimilation aux codes éthiques, il est possible que la controverse soit définitivement tranchée si on décidait d'abandonner cet objet de comparaison reposant essentiellement sur le volontariat au profit d'un autre jugé obligatoire et impératif. Dans cette veine, la coutume peut être utilement invoquée, en certaines circonstances, comme référent juridique des codes éthiques[108]. L'affirmation tire sa justification, semble-t-il, des analyses développées par un éminent auteur qui, à propos des accords de Grenelle, a démontré le processus d'accélération de l'histoire dans la formation de la coutume[109]. D'après ce dernier en effet, partant du postulat selon lequel la « pression sociologique » interagit énormément en termes de création de règles de droit objectif, il appert que la répétition d'une pratique dans le temps n'est plus nécessairement indispensable à la formation d'une coutume. De là, il en déduit que « ce qui est déterminant c'est la généralisation d'un comportement dans une catégorie donnée de personnes, et l'*opinio necessitatis*, le sentiment du caractère obligatoire de la règle »[110].

35.L'expression d'un tel phénomène est-elle vraiment suffisante pour conclure à l'existence d'une coutume en matière de codes éthique ? La réponse doit être nuancée. En effet, seules certaines entreprises recourent effectivement à de telles pratiques et rappellent assez qu'elles n'entendent pas être tenues juridiquement. Cependant, le parallèle relevé avec les accords de Grenelle est susceptible de prétendre à une certaine généralisation de la qualification des codes éthiques en coutume. La magistrale étude de Boris STARCK ne faisait-elle pas déjà

[106] In *Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale)*, préc, n° 39, p. 11.

[107] En cas de différends, il faudra nécessairement se référer à la lettre des engagements souscrits ou des propos tenus, pour identifier celles des pratiques socialement responsables qui sont effectivement susceptibles d'être considérées comme retenues par l'entreprise au titre par exemple de l'usage conventionnel auquel elle se soumet.
[108] Cf. OPPETIT (B.), *Sur la coutume en droit privé*, Droits, n° 3, 1986, p. 39.

[109] Cf. STARCK (B.), *A propos des "accords de Grenelle", Réflexions sur une source informelle de droit*, JCP 1970, I, 2363 ; égal. BEIGNIER (B.), *L'honneur et le droit*, préf. J. FOYER, 1995, LGDJ, p. 538-539.

[110] Cf. STARCK (B.), art. préc., p. 2363, n° 10. De son côté, BEIGNIER (B), préc.,p. 539, relève que le constant usage n'est que la preuve du sentiment du caractère obligatoire.

valoir que ces accords n'avaient qu'une nature politique et non juridique mais que « leur application pratiquement unanime dans un laps de temps très bref en a transformé la nature : de politique elle est devenue juridique »[111] ! Surtout, il est acquis que les codes éthiques comportent un aspect « social » essentiel, source de facilitation du rapprochement avec la coutume[112]. Il en sera ainsi des codes éthiques adoptés par un groupement inter-patronal et imposés à ses membres. Dès lors, on pourra retenir qu'au-delà de l'usage conventionnel de ces documents, c'est bien une coutume qui en résulte[113].

On le voit, l'action des entreprises dans la prise en compte juridique des codes éthiques peut s'opérer soit à travers la modification des standards d'appréciation d'un comportement donné ou dans le cadre de la consécration d'usages, quoiqu'en disent ceux qui veulent les maintenir en dehors du champ d'intervention du droit. Cette démarche est loin d'être complète. Pour l'être effectivement, on peut envisager la pénétration des codes éthique dans le système juridique de l'Etat.

B – L'indispensable « pénétration » des codes éthiques dans le système juridique de l'Etat

36.Au-delà de l'éclectisme qui caractérise les instruments d'édiction du « droit mou », on observe que celui-ci a été, pendant longtemps, ignoré par le système juridique de l'Etat dans les rapports de « relevance juridique » entretenus par ce dernier avec les ordres juridiques a-étatiques[114]. Actuellement, il n'y a plus d'obstacle à la « pénétration » des dispositions des codes de conduite et plus précisément des codes d'éthique dans notre système juridique. On les considère toutefois comme des autorités de fait.

Une interrogation surgit ainsi quant aux différentes techniques susceptibles d'être utilisées par le juge étatique pour accueillir et sanctionner leur violation par les opérateurs privés. La question est d'autant utile que cette réception ne peut se faire que si, dépassant l'affirmation de l'autonomie des ordres juridiques étatiques et privés (1), le juge accepte d'être considéré

---

[111] Cf. STARCK (B.), art. préc., p. 2373, n° 24.

[112] En droit social français par exemple, il a été admis que des usages soient consacrés alors même qu'ils n'avaient fait l'objet que d'une répétition extrêmement limitée (v. DOCKES (E.), *L'engagement unilatéral de l'employeur*, Dr. Soc. 1994, p.230 ; LANGLOIS (Ph.), *Les usages*, in Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à G. LYON-CAEN, 1989, Dalloz, p. 285, qui relève que « L'usage résulte donc bien de l'engagement de l'employeur à destination de salariés. Il s'agit donc non seulement des décisions unilatérales traditionnelles mais aussi de celles d'appliquer dans l'entreprise tout ou partie de conventions collectives qui ne s'y imposent pas ».

[113] Cf. en sens, FARJAT (G.), préc., p. 62.

[114]Cf. OSMAN (F.), art. préc., p.517. La notion même de relevance a été développée par SANTI ROMANO pour qui, « se proposer l'analyse des rapports qu'entretiennent différents ordres juridiques revient à s'imposer celle de la relevance que chacun de ces ordres peut présenter pour les autres ». Il en résulte, poursuit l'auteur, « que si un ordre juridique est irrelevant selon tel autre, cela signifie qu'il n'y a aucune relation entre eux ». Mais, précise-t-il, la notion de « relevance juridique » ne saurait être confondue « avec l'importance de fait qu'un ordre peut avoir pour un autre... Ramassant notre pensée en une formule brève, nous dirons que pour qu'il y ait une relevance juridique, il faut que l'existence, le contenu ou l'efficacité d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un titre défini par ce dernier », (SANTI ROMANO, L'ordre juridique, Dalloz, 1975, p. 106).

également comme le gardien des ordres a-étatiques. Ce n'est qu'au terme de l'admission d'une telle « relevance juridique » que le juge étatique s'efforcera de recevoir lesdites normes et d'en sanctionner, par voie de conséquence, la violation (2).

1 - L'affirmation de l'indépendance de l'ordre juridique étatique et des ordres juridiques privés : la négation des rapports de relevance juridique.

37.Les codes de conduite des entreprises constituent indiscutablement une pratique en expansion. La légitimité de ces normes privées au regard de la réglementation publique, nationale ou internationale, est particulièrement discutée[115].

C'est à l'occasion des sanctions disciplinaires que le problème de l'indépendance des ordres juridiques étatiques et privés que sont les codes d'éthique, pourra se poser avec acuité. Toute sanction infligée par un groupement privé mérite-t-elle de faire l'objet d'un recours devant les tribunaux étatiques? Cette question, masquée, à priori, par un problème de procédure - recevabilité du recours contentieux contre des mesures d'ordre intérieur -, est bien celle de la relevance juridique[116]. On la retrouve à propos des ordres juridiques privés en général, investis d'une mission de service public, et dotés de prérogatives de puissance publique. Celles-ci leur permettent d'édicter des actes administratifs, individuels ou réglementaires, susceptibles d'être déférés à la censure du juge administratif par le biais du recours pour excès de pouvoir. En France par exemple et en l'absence d'identification des références jurisprudentielles camerounaises relatives à cette préoccupation, le Conseil d'Etat a ainsi jugé qu'une partie de ces actes, bien que se rattachant à l'exercice d'une mission de service public par une association, échappe à la relation de relevance juridique. Ils ne produisent effet que dans la seule sphère interne à cette personne morale de droit privé[117].

38.Cette solution n'est pas propre à la juridiction administrative française. Ce sont les mêmes considérations théoriques qui ont conduit la Cour de cassation de ce pays, dans le cadre d'une jurisprudence constante[118], à juger que « les règles déontologiques, dont l'objet est de fixer les devoirs des membres de la profession, ne sont assorties que de sanctions disciplinaires et

[115]Cf. DESBARATS (I.), art. préc., p. 337.

[116]Cf. en ce sens, DECOOPMAN (N.), *Droit et déontologie : contribution à l'étude des modes de régulation*, in Les usages sociaux du droit, Travaux du CURRAP, Paris, PUF, 1989, p. 88 et 93, cité par OSMAN (F.), in art. préc., p. 518.

[117]Cf. CE 19 déc. 1988, Mme Pascau c/Fédération française d'aérobic et de stretching, AJDA 1989, p. 271, obs. J. MOREAU : « L'exercice par une fédération du pouvoir disciplinaire à l'égard de ses membres est en lui-même inhérent à l'organisation de toute association ».

[118]Le premier arrêt a été rendu en France par Soc. le 24 mai 1960 (Bull. Civ. IV, n°562, p.435;D. 1961. Somm.3) contient, en germe, une telle solution. Celui rendu, en revanche, par Civ. 1ère, 18 avr. 1961, (JCP 1961.II.12184, note J. SAVATIER) est plus explicite.

n'entraînent pas à elles seules la nullité des contrats conclus en infraction à leur disposition »[119].

C'est pour des motifs identiques que la Cour d'appel de Paris s'est refusée à annuler une convention, à laquelle un architecte était partie, et qui n'avait pas été constatée par écrit, alors que l'article 11 du code des devoirs professionnels des architectes français l'exigeait sous peine de nullité[120]. A travers la consécration de l'autonomie du droit disciplinaire à l'égard du droit civil, le juge entend, bel et bien, cantonner la sphère de l'ordre juridique a-étatique à son champ de régulation. Cela mérite d'autant plus d'être souligné que la règle violée est contenue formellement dans un acte édicté par l'ordre juridique étatique. Tel est le cas du code des devoirs professionnels des architectes français, édicté sous forme d'un décret, pris après avis du Conseil d'Etat.

39.L'affirmation par le juge étatique de l'indépendance de l'ordre juridique, dont il est seul gardien, et des ordres juridiques privés, peut prendre des formes variées.

Elle peut résulter, comme mentionné, de la volonté de cantonner la production normative de l'ordre a-étatique à sa seule sphère interne. Il en est ainsi en France toujours lorsque le juge étatique condamne sur le fondement de l'article 1382 du Code civil les membres d'un ordre professionnel à l'origine de poursuites disciplinaires déclenchées contre certains de leurs confrères. Dès lors que les auteurs de la plainte ont agi avec « une légèreté blâmable et une imprudence manifeste », d'où il en est résulté un préjudice, la particularité de la procédure ne saurait constituer une cause exonératoire[121]. Rien n'exclut d'ailleurs qu'une recommandation émanant de l'ordre privé soit directement en conflit avec le droit étatique[122].

Le conflit peut aussi concerner un droit supra étatique[123]. C'est également le principe d'indépendance des ordres juridiques étatiques et privés qui conduit le juge à affirmer le principe de l'effet relatif de la production normative de l'ordre privé, qu'elle que fût par

[119]Cf. Civ. 1ère, 5 nov. 1991, Conta c/SARL Le Blanc distribution et autres, Bull. Civ. I, n°297, p.195; RJDA 1992, n°11, p.15. Il convient de souligner que tous les arrêts de cassation rendus depuis le 24 mai 1960 comportent, à la suite du visa, un chapeau identique à celui cité in extenso dans le texte.

[120]Cf. Paris, 28 juin 1985, D. 1987.16, note A. GOURIO. Il en est de même de l'art. 77 c. déont. méd. exigeant que les conventions conclues entre les cliniques et les médecins soient écrites, et dont la portée est strictement disciplinaire: Civ. 1ère, 17 nov. 1987, Lexilaser, arrêt n°1. 224.

[121]Cf. Civ. 1ère, 29 nov. 1989, Bull. civ. I, n° 374, p.250 : ainsi que le relève la Cour, ce n'est pas la règle privée qui est mise en cause, mais la manière dont elle a été mise en œuvre par les membres de l'ordre. Sans doute faut-il établir un parallèle avec la théorie de l'abus de droit telle que développée par la jurisprudence.

[122]Cf. Paris, 31 mai 1991, Quot. Jur. 7 sept. 1991, p. 5; RTDCiv. 1991, p. 733, obs. J. MESTRE. La Cour de Paris estime qu'une telle clause est « de nature à restreindre la consultation elle-même puisque le client peut souhaiter que son initiative ne soit pas connue de l'administrateur de biens qu'il met en cause ». Aussi est-elle contraire à l'ordonnance française du 1er décembre 1986 relative à la concurrence commerciale.

[123] C'est ce que révèle un arrêt rendu par la CJCE à propos de l'incidence sur le droit communautaire de la concurrence d'une règle déontologique établie par une chambre professionnelle allemande du Land Baden-Württemberg, qui interdit aux pharmaciens de faire de la publicité en dehors de l'officine pour les produits parapharmaceutiques. La Cour a accepté de contrôler la compatibilité desdites règles avec les articles 30 et 36 du Traité CEE prohibant toute entrave au commerce intra-communautaire : CJCE Plén. 15 déc. 1993, aff. C-292/92, RJDA 1994, n° 243, p.198.

ailleurs son degré de juridicité. Le professeur RIPERT avait déjà pressenti la difficulté il y a de cela un demi-siècle[124]. Or, ce problème a donné lieu à un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française le 29 juin 1993[125]. Mais parce qu'il traduit une vision contractualiste de l'ordre juridique privé, cet arrêt est critiquable. Il l'est d'autant plus que le demandeur invoquait la violation de l'article 1382 du code civil, supputant que le code traduisait un standard de comportement. Or, en d'autres temps, d'autres juridictions ont accepté de sanctionner la violation de tels codes sur le terrain de l'article 1382, en y voyant des standards de comportement, et quelquefois des usages-règles. Ce sont, en réalité, les « standards » qui peuvent permettre la juridicisation de dispositions des codes d'éthique.

40.Dans quelles conditions et à quel titre les codes d'éthique peuvent-ils « nourrir » les standards juridiques? Les juges peuvent utiliser des dispositions émanant de codes d'éthique comme « éléments d'interprétation » ou de « construction » de solutions juridiques sans même faire référence à leur source d'inspiration. Qui pourra par exemple, pour le passé, mesurer l'influence des pratiques professionnelles et du « discours » des professions sur elles-mêmes dans la détermination des responsabilités contractuelles ou délictuelles des professionnels? On ne peut pas mesurer davantage véritablement l'influence éventuelle des codes d'éthique[126].

Ces différentes solutions n'ont pu être forgées qu'au prix de tempéraments apportés au principe de l'indépendance de l'ordre juridique étatique et des ordres juridiques privés.

2 - Les tempéraments apportés à l'indépendance de l'ordre juridique étatique et des ordres juridiques privés : l'admission des rapports de relevance juridique

41.Nombre de codes d'éthique apparaissent sur le plan formel comme des documents à caractère exclusivement incitatif[127], et ce, en raison de leur contenu recommandatoire et/ou de

[124]C'est ainsi que l'auteur, tout en reconnaissant la nécessité d'associer les professionnels à une activité normative dans le cadre des tâches de mission de service public qui leur seraient conférées, soulignait que « l'organisation professionnelle pose en tout cas des problèmes juridiques qu'on ne peut se dispenser de résoudre », comme celui ayant trait à la force obligatoire de ses décisions. En effet, s'interroge-t-il, « la décision prise par l'organisation professionnelle... a-t-elle force obligatoire pour les tiers? Faut-il maintenir l'effet relatif du principe contractuel, faut-il admettre l'effet général de la loi? », in Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 2ème éd., 1951, pp. 240-241.

[125]Cf. Com. 29 juin 1993, Quot. Jur. 4 janv. 1994, p. 4. Le litige opposait la société Oberlin Produits Services Diffusion à la société Havas Média, celle-ci reprochant à celle-là d'avoir apposé des panneaux publicitaires sur une surface qui faisait déjà l'objet d'une location par elle-même. Or, le code de pratiques loyales en matière d'exploitation d'emplacements publicitaires imposait la consultation de la société Havas pour connaître l'étendue de ses droits. Ce moyen ne fut pas examiné par les juges du fond. Aussi, la société Havas forma-t-elle un pourvoi dont l'un des moyens était fondé sur le défaut de réponse à conclusion. Pour rejeter ce moyen, la Cour de cassation affirme que la force obligatoire dudit code ne peut revêtir qu'un caractère conventionnel. L'arrêt est clair. L'adhésion au code est volontaire et par voie de conséquence, la force obligatoire de celui-ci, ne peut être que celle d'une convention, avec l'effet relatif qui s'y attache en vertu de l'article 1165 du code civil.

[126]C'est un des points qui rend si difficile la mesure de l'effectivité des codes d'éthique. Quant aux mérites respectifs des usages et des codes d'éthique, on observera que les usages n'ont aucune raison de l'emporter sur les codes. Ce sont des autorités de fait. On ne saurait invoquer de façon systématique - aujourd'hui !- l'ancienneté de l'usage comme ayant une plus grande autorité. Tout au contraire, les codes ont fréquemment pour objet de condamner des pratiques relativement usuelles et d'imposer aux professionnels une diligence plus grande.

[127]Cf; OSMAN (F.), art. préc., p. 523.

la soumission à leur caractère obligatoire. De manière progressive, ils acquièrent un caractère obligatoire.

Il en est ainsi lorsque de telles normes assument la fonction de standards permettant au juge étatique d'apprécier le comportement des opérateurs privés. Beaucoup de ces normes définissent abstraitement et plus ou moins précisément le comportement d'un agent normalement prudent et avisé. Il s'agit de standards au même titre que la « bonne foi »[128] ou les « soins d'un bon père de famille » qui sont des concepts familiers aux juristes. Ils postulent, sur le plan des ordres juridiques privés, le respect de normes de prudence et de diligence plus rigoureux, fondé sur une présomption de compétence de la communauté qui compose cet ordre juridique.

Or, comme l'admet le professeur Philippe JESTAZ, « le standard emprunte à la règle de droit son effectivité »[129]. Sa différence avec la règle de droit classique repose sur d'autres critères[130]. Cela signifie que le standard conserve entièrement son caractère juridique[131].

42.Ce constat s'impose, tant pour les codes déontologiques dotés d'une juridicité grâce, notamment, aux modalités de leur publication, que pour ceux qui ne revêtent qu'un caractère incitatif. C'est ainsi que le code de pratiques loyales en matière de publicité, rédigé sous les auspices de la Chambre de Commerce International de Paris avec l'aide d'organismes professionnels nationaux intéressés, constitue un élément de référence à la prise de mesures disciplinaires de la part d'organismes nationaux chargés d'un tel pouvoir[132].

Or, ce code constitue également un instrument de référence pour les juges saisis de litige en matière de publicité. A titre d'exemple, les textes nationaux qui répriment les pratiques déloyales en matière de publicité apparaissent comme trop généraux pour pouvoir être mis en œuvre efficacement[133]. Les tribunaux ont donc été amenés à se référer à ces

[128]Sur cette notion, cf. *La bonne foi*, Trav. de l'Association Henri CAPITANT, Journées Louisiannaises, t. XLIII, 1992.

[129]« Une règle est effective lorsque les décisions des autorités publiques et/ou des particuliers se conforment au modèle qu'elle édicte » : JESTAZ (Ph.), *La sanction ou l'inconnue du droit*, Dalloz 1986, chr.. p. 199.

[130]Cf. en ce sens, AL-SANHOURY (A. A.), *Le standard juridique*, in Recueils d'études sur les sources du droit en l'honneur de François GENY, Paris, Sirey, t.II, p. 147.

[131]Cette vision du standard est confortée par une étude de M. RIALS qui écrit que cet instrument de technique juridique doit être analysé comme « un type de disposition indéterminée, plutôt utilisé par le juge, dont le caractère normatif est l'objet de contestations et qui met en jeu certaines valeurs fondamentales de normalité, de moralité ou de rationalité » : Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, LGDJ, 1980, p.3, n°2.

[132]En France, le Bureau de vérification de la publicité avait été justement créé aux fins de s'inspirer de ce code ainsi que de tous usages et règles de déontologie pour « mener, dans l'intérêt et le respect du public, une action en faveur d'une publicité loyale, véridique et saine, (…)».

[133]Cf. en ce sens l'art. 44-I de la loi française du 27 déc. 1973 (loi Royer); quant au Cameroun, cf. les articles 22-a de la loi du 10 août 1990 relative à l'orientation de l'activité commerciale et 12 de la loi du 16 décembre 2006 régissant la publicité.

réglementations corporatives définissant le comportement de l'homme diligent et avisé dans la publicité pour apprécier librement l'illicéité de certains agissements[134].

C'est la raison pour laquelle on peut se demander si le droit mou n'est pas à « la croisée de la fiction juridique et de la réalité normative »[135]. La nature juridique du droit mou ne saurait être perçue de façon statique. Comme l'observe Monsieur BETTATI à propos des codes de conduite en général, la réflexion étant extensible à l'ensemble du droit mou, ce type d'instruments de régulation sociale est soumis à des tensions permanentes et son contenu est sujet à une évolution constante[136].

43.Le droit mou n'est donc pas condamné à une ineffectivité en raison de son caractère non contraignant. Sa juridicité doit être dissociée de son effectivité. L'ordre juridique étatique participe à l'effectivité d'une norme de conduite édictée ou élaborée par un ordre juridique privé. De là, on y voit, notamment, un standard professionnel dont la violation est constitutive d'une faute[137]. Le juge étatique en contribuant à son effectivité par le biais d'une relevance juridique, a conscience de cette soumission des opérateurs économiques privés à des règles qui échappent à l'emprise des ordres juridiques étatiques.

Il s'en suit que le droit mou émanant des ordres juridiques a-étatiques, constitue une manifestation du pluralisme juridique. Aussi est-ce tout logiquement que le juge étatique n'hésite pas à se référer à des codes d'éthique édictés par des personnes privées pour apprécier le comportement d'opérateurs privés ayant une activité nationale ou transfrontière.

44.Que conclure à l'issue de cette étude consacrée à l'analyse de l'effectivité des codes d'éthique et traduisant la reconnaissance spontanée de nouveaux devoirs plus étendus par les entreprises[138]? On s'étonne de la non-obligatoriété des codes éthiques. Mais ne devrait-on pas s'étonner davantage de la non-obligatoriété du droit d'Etat dans un système libéral, spécialement dans le droit des affaires et le droit économique! A titre d'exemple, l'engagement d'honneur peut être un moyen d'écarter le système juridique[139]. Le droit économique fourmille de *gentlemen's agreements*, de protocoles d'accords qui violent le système légal et n'en sont pas moins respectés par le milieu professionnel dans l'immense majorité des cas. Il est remarquable qu'il en soit particulièrement ainsi dans le droit de la

[134]Pour quelques exemples jurisprudentiels en droit français, cf. Crim. 25 juin 1984, D. 1985. 80, note FOURGOUX; Paris, 2 nov. 1977, JCP 1978, éd. G. II. 18683; Crim. 22 juin 1982, D. 1983. 215, note MAYER; Crim. 21 mai 1984, D. 1985. 105.

[135]La formule est empruntée à M. BETTATI, *Réflexions sur la portée du code international de conduite pour le transfert de technologie : éloge de l'ambiguïté*, in Etudes offertes à C.-A. COLLIARD, Paris, Pédone, 1984, p. 102-104.

[136]Ibid.

[137]Cf. RIGAUX (F.), *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale*, Cours général de droit international privé, RCADI 1989, t. 213, vol. I, p. 362.

[138] Et pour une étude des autres devoirs de l'entreprise, notamment sur le plan pénal, cf. NGUIHE KANTE (P.), Entreprises commerciales et droits fondamentaux : Essai de systématisation à l'étude des particularismes au regard des droits français et camerounais, Préf. M. STORCK, Avant-propos A. MINKOA SHE, Coll. Horizons Juridiques Africains, vol. III, PUAM, 1er trim. 2012, p. 187 à 221.

[139]Cf. OPPETIT (B.), *L'engagement d'honneur*, D. 1979, chr. 109.

concurrence et le droit des sociétés qui constituent aussi le domaine d'élection des codes d'éthique. Faut-il rappeler que le droit « le plus obligatoire », le droit pénal, perd beaucoup de sa force et de son prestige dans le monde des affaires et au contact de l'économie. La transaction est illustrative à cet égard.

La valeur juridique limitée de l'éthique, au sens où on l'a entendu dans cette réflexion, est ainsi somme toute compréhensible. On devrait se poser la question de savoir quelle légitimité permettrait à des acteurs sociaux, un ensemble d'entreprises par exemple, de définir des principes qu'elles transcriraient ensuite en des règles qui s'imposeraient à toutes les entreprises, c'est-à-dire à des personnes qui n'ont pas participé à leur élaboration ou y ont adhéré volontairement? Dans une conception classique de la démocratie, ce sont normalement les élus de la nation qui ont la légitimité pour créer des règles s'imposant aux acteurs sociaux et dont la méconnaissance sera sanctionnée.

45.Qu'on veuille y voir uniquement « une affaire de moment et de contexte »[140], ou la preuve de ce que le droit subit « progressivement l'attraction et le joug des faits économiques qui le dominent et dont il est devenu tributaire »[141], un tel phénomène ne peut que susciter de l'intérêt pour le juriste à qui l'on a enseigné que la sanction fait partie du rouage de la règle de droit. Aussi est-ce tout naturellement qu'il est tenté de la rechercher partout, y compris dans le droit « mou ». Et si le critère de la sanction « comme caractéristique de la règle de droit est un faux critère »[142], et ce, en dépit des tentatives doctrinales pour le renouveler[143], c'est sans doute que l'effectivité des règles de conduite sociale, qu'elles « règlent ou régulent »[144], ne réside pas nécessairement dans la juridicité originelle de celles-ci, mais bien plutôt dans l'adhésion dont elles sont l'objet par le corps social destinataire.

On retiendra toutefois que cette démarche est caractéristique d'un changement de perspective dans la détermination des sources créatrices du droit. En s'émancipant à la fois des autorités publiques nationales et de la logique capitaliste de ses maîtres, l'entreprise qui devient un acteur à part entière de la vie de la cité, assume une fonction importante dans la définition du droit.

46.L’évolution révèle une fonction majeure du droit qui est d’assurer la sécurité juridique, c’est-à-dire la prévisibilité, la certitude et la stabilité des situations juridiques, qualités qui permettent d’établir la confiance des acteurs de la vie sociale et, notamment de l’activité

[140]Cf. CARBONNIER (J.), Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l’enfant, le couple PUF, 1re éd. « Quadrige », oct. 2004, n° 11, p. 26.

[141]Cf. RIPERT (G.), *Un ordre juridique nouveau*, D. H 1937, chron. 41.

[142]Cf. FORIERS (P.), *Règles de droit : essai d'une problématique*, in La règle de droit. Etudes publiées par C. PERELMAN, Bruxelles, Bruylant, 1971, n° 26, p. 18.

[143]Cf. JESTAZ (Ph.), *La sanction ou l'inconnue du droit*, op. cit., p. 202 pour qui la sanction requiert la double condition tenant d'une part, à ce que la règle à laquelle elle est assortie soit suffisamment précise pour « qu'un plaideur puisse formuler une prétention sur son fondement ... et, (d'autre part) qu'il existe virtuellement un juge pour faire droit à cette prétention, fût-ce d'une manière... symbolique », p. 204 ; adde la réponse de JEAMMAUD (A.), *La règle de droit comme modèle*, Dalloz 1990, chr., n° 11, p. 38.

[144]Cf. CARBONNIER (J.), ouvr. préc., n° 11, p. 26.

économique. Cela dit, le constat permet de déclarer qu'à l'heure actuelle, il existe à côté du droit exigeant classique dit « dur » un autre droit qualifié de « mou » ou « souple », éventuellement dépourvu de sanction, et qui serait constitué par tout un ensemble d'avis, recommandations, directives et autres déclarations dont on constate de plus en plus la multiplication. On en déduit avec les professeurs Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX que « l'organisation de la vie en société n'exige pas toujours des règles obligatoires ; des incitations, des modèles, des guides, suffisent souvent, notamment lorsque la sécurité des relations sociales – la sécurité juridique – n'impose pas une plus grande fermeté… réserve étant faite, toutefois, de la question de savoir si l'on peut encore parler de ''règles'' dans ce cas » [145].

Quoi qu'il en soit, le contenu des règles issu des codes d'éthique que s'imposent les entreprises n'ont pas la même portée juridique que celui issu du droit « dur ». On doit tout simplement relever que le droit peut avoir un contenu plus large. En ce sens, le rôle des codes éthiques intégrés dans une certaine forme de régulation est peut-être de permettre une évolution de la réglementation.

[145]In Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 13ème éd., Sirey, 2010, n° 3, p. 3.

Plaidoyer pour une responsabilité pénale des personnes morales en droit Ohada

ADAMOU Rabani

Assistant à l'Université de Tahoua, Niger

Sommaire :

I. Prise en compte des objectifs de la communautarisation du droit en Afrique

A.la prévention de nouvelles formes de criminalité

B. La protection des intérêts des acteurs

II. Prise en compte des modes de participation des personnes morales à l'infraction

A. La participation par représentation des personnes morales à l'infraction

B. La participation sans représentation des personnes morales à l'infraction

Introduction

Les charmes des prétoires ne sont pas réservés aux seules personnes physiques[146]. L'histoire de l'humanité recèle quelques exemples, en retraçant par là même, les époques avec leurs caractéristiques. Un sujet sur la responsabilité pénale des personnes morales ne doit pas laisser perplexe un être imbu d'histoire, car la question de la responsabilité doit remonter aux âges les plus sacrés de l'humanité. Si déjà en Janvier 897, le pape Etienne VI jugea le cadavre du Pape Formose en le condamnant et le dépouillant de ses ornements sacrés, ; ou encore des procès intentés à des animaux accusés d'avoir dévoré des enfants[147], il parait légitime de considérer que « la responsabilité pénale est aussi fille de son époque »[148]. Autres temps, autres mœurs, la responsabilité pénale de l'être moral est de nos jours devenue l'auberge espagnole[149]. La mise en harmonie des droits en Europe a servi de base pour la consécration de la responsabilité pénale des personnes morales dans les Etats membres, notamment en France[150]. La communautarisation des droits débouche sur une harmonisation quelque fois conflictuelle car ce processus se réalise toujours sur les cendres des droits nationaux des Etats. Or, il faut concilier deux impératifs difficilement conciliables : d'une part l'impératif d'harmonisation des législations pénales, et d'autre part le respect de la souveraineté des Etats[151]. A cette fin, la matière pénale semble donner plus de fil à retordre au législateur communautaire qui se nourrit de l'ambition d'aboutir à une unification efficace des droits. La difficulté d'harmonisation du droit pénal est en partie liée à l'existence de politique criminelle diverse[152] et la détention par les Etats, des pouvoirs de police et du droit de punir comme expression de leur souveraineté. Le droit Ohada s'inscrit dans cette logique harmonisation-

[146] David père, « le point sur la responsabilité pénales des personnes morales : les précisions apportées par la circulaire du 1er février 2006, Les Petites Affiches, n°116, p.20.

[147] Sentence rendue par le juge de Savigny le 10 Janvier 1457 : Archives.

[148] En référence au philosophe allemand Hegel qui indiquait que « toute philosophie est fille de son époque ».

[149] Le Deuxième Congrès International de droit pénal tenu à Bucarest du 6 au 12 Octobre 1929 a déjà traité de la question de l'émergence des personnes morales dans les sociétés. Après avoir constaté l'accroissement continuel et l'importance des personnes morales, et reconnaissant qu'elles représentent des forces sociales dans la vie moderne, et que l'ordre légal de toute société peut être gravement atteint quand l'activité des personnes morales constitue une violation de la loi, a émis le vœu « qu'il soit établi en droit pénal interne des mesures efficaces de défense sociale contre les personnes morales, lorsqu'il s'agit d'infractions perpétrées dans le but de satisfaire l'intérêt collectif des dites personnes ou avec des moyens fournis par elles et qui entrainent ainsi leur responsabilité ».

[150] Le nouveau code pénal de 1992 en France et entré en vigueur le 1er mars 1994 a consacré la responsabilité pénale des personnes morales en son article 121-2 en ces termes : « les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants…. ».

[151] La solution adoptée par le législateur Ohada a consisté à des incriminations par renvoi en déterminant la sanction et à renvoyer la définition de l'infraction à d'autres textes réglementaires ou même conventionnels : Ndiaw DIOUF, « 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 », Ohadata D-05-41.

[152] Jacques Bore conclut déjà en relevant, dans le cadre de l'harmonisation des droits européens, qu'il ya une difficile rencontre du droit pénal français avec le droit communautaire : In Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Editions Cujas, 1989, p.25 svts.

unification des droits, y compris le droit pénal. Dans cette perspective, le législateur Ohada indique dès au départ que « les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incriminations pénales… »[153]. Cette incrimination annoncée par le législateur n'est cependant pas complète. En effet, la politique criminelle de l'Ohada devrait s'accoutumer avec l'évolution actuelle du droit pénal notamment dans la détermination des acteurs et sujets. Plusieurs lacunes ont été constatées ça et là par les auteurs[154] dans le choix de la responsabilisation des sujets du droit pénal. Ainsi, la personne physique est au cœur de la réforme pénale communautaire et reste seule responsable pénalement des agissements visés par le législateur communautaire. Il est aisément perceptible que le législateur a reconduit la vieille maxime « *societas delinquere non potest* », faisant fi de la prédominance incontestable des personnes morales parmi les facteurs criminogènes. Tout comme la personne physique, la personne morale, par ses agissements[155], peut être à l'origine d'une infraction pénale. L'option jusque là choisie par le législateur Ohada consiste à retenir la responsabilité pénale de la personne physique, mettant ainsi le chef d'entreprise dans les entrailles de la répression. Il se trouve cependant, que le traité du 17 octobre 1993 a eu pour ambition d'améliorer l'environnement juridique des entreprises en mettant fin à l'insécurité juridique et judiciaire des acteurs et des affaires. L'inégalité créée par cette option ne serait aplanie que quand le législateur Ohada aurait organisé une responsabilisation sur le plan pénal de l'être moral[156] en prenant en compte les objectifs qui sous-tendent la communautarisation du droit en Afrique (I) et les modes possibles de participation de la personne morale à l'infraction (II).

[153] Art. 5 du traité Ohada.

[154] Le Professeur Boubacar DIARRA a indiqué au cours d'une conférence organisée par le Réseau Judiciaire Africain en collaboration avec le centre Djoliba sur « l'harmonisation du droit des affaires en Afrique : la problématique de l'harmonisation du droit pénal des affaires », que les incriminations constituent des renvois maladroits, et soutient que l'harmonisation se doit d'être achevée ; Voy. Dans le même sens, E.L. Kangambega, in : Observations sur les aspects pénaux de l'Ohada, Penant, 2000, p.321.

[155] Il s'agit d'un anthropomorphisme cependant car la personne morale n'est pas un être de chair, elle fonctionne par l'intermédiaire de ses organes ou représentants qui sont des personnes physiques. Pour sa première application : CA Rouen, 12 avril 2007 : Jurisdata n°2007-373544 ; CA Paris, ch. Corr.11, sect. A, 17 nov. 2008 : Juridata n°2008-004120.

[156] Le législateur Ohada aurait pu se référer à certaines législations existantes soit au niveau communautaire, soit au niveau national. Ainsi, dans le cadre de l'UEMOA, la responsabilité pénale des personnes morales étaient consacrées en matière de concurrence notamment le règlement n°03/2002/CM/UEMOA, relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'Union Economique et Monétaire ouest-Africaine. Le règlement prévoit à son titre VII, des sanctions pécuniaires après constatation des infractions aux dispositions de l'article 88 paragraphes (a) ou (b) du traité, à l'égard des entreprises et associations d'entreprises. Aux termes de l'article 22 de ce règlement, « la commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes d'un montant maximum de 500.000frs lorsque de manière délibérée ou par négligence : elles donnent des indications inexactes ou dénaturées à l'occasion d'une demande présentée en application de l'article 3 ou d'une notification en application de l'article 7 ; elles fournissent un renseignement inexact en réponse à une demande faite en application de l'article 18 ou 19, ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai fixé dans une décision prise en vertu de l'article 18 ; elles présentent de façon incomplète, lors de vérification effectuées au titre de l'article 20 ou de l'article 21, les livres ou autres documents professionnels requis, ou ne se soumettent pas aux vérifications ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 21, paragraphe 3 ».

I. Prise en compte des objectifs de la communautarisation du droit en Afrique.

Les signataires du traité portant création d'un espace juridique sécurisé en Afrique étaient animés de l'ambition de faire de cet espace un lieu d'échange sur le plan économique et juridique. La sécurité juridique était au centre des préoccupations des Etats parties qui manifestaient le besoin d'une réglementation non seulement globale, mais également rigoureuse, attirante qui créerait un ordre public communautaire de protection. L'option du législateur OHADA pour créer un espace juridique consiste à prévenir non seulement le développement d'une nouvelle forme de délinquance (A), mais également de protéger les intérêts divergents des acteurs de la vie des affaires (B).

A. La prévention de nouvelles formes de délinquances

Le principe de la liberté de commerce et d'industrie posé par le décret d'allarde[157] a favorisé la naissance de l'initiative privée et par conséquent la création de plusieurs formes de groupements dans le monde des affaires. L'irruption de ces acteurs sur la scène des affaires n'est pas sans changer la politique criminelle des Etats africains qui jadis, prenaient la personne physique pour seule responsable des infractions commises, en reléguant la personne morale au seul rang de justiciable en matière civile. L'immensité du nombre croissant des groupements créés dans l'espace Ohada appelle en principe la mise en œuvre de ce qu'il est convenu de nos jours d'appeler la défense sociale nouvelle[158], c'est-à-dire cette politique criminelle qui permettrait de faire face aux agissements des acteurs du monde des affaires. Les agissements en cause peuvent avoir plusieurs variantes, liées à la diversité des acteurs et à leur nature. De son caractère traditionnellement connu, l'infraction prendrait une forme inhabituelle dans sa commission et dans ses éléments constitutifs. Le rôle du législateur communautaire doit consister à procéder à une réactualisation des phénomènes dits criminogènes dans la mesure où il a réservé les incriminations au domaine communautaire et les sanctions aux Etats-parties. Il est à noter cependant, que le législateur a quand même marqué une avancée notable en droit des sociétés notamment en termes d'incrimination. Ainsi, certaines incriminations n'étaient pas prises en charge par les législations nationales de certains pays. C'est en tout cas l'exemple de la législation nigérienne qui n'a consacré le fameux abus des biens sociaux (ABS) qu'après l'entrée en vigueur de l'acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique[159]. D'autres catégories

[157] Il s'agit du décret des 2-17 mars 1791. Ce principe a servi de base pour beaucoup de pays africains pour l'ouverture au commerce. Au Niger, le principe avait été affirmé par l'article 13 de la constitution du 24 septembre 1989. C'est surtout la constitution du 26 Décembre 1992 qui l'a évoqué avec clarté à l'article 14 en ces termes : « chacun a droit au libre développement de sa personnalité dans ses dimensions matérielles, temporelles, intellectuelles, spirituelles…. ».

[158] « La défense sociale suppose une conception générale du système anticriminel qui ne vise pas seulement à faire expier une faute par un châtiment, mais chercher à protéger la société contre les entreprises criminelles » : Marc ANCEL, in : la défense sociale nouvelle, éd. CUJAS, 1971, p.37. Le VI Congrès International de droit pénal tenu à Rome, du 27 septembre au 3 Octobre 1953, a indiqué d'ailleurs que la répression des infractions économiques demande une certaine extension de la notion d'auteur et des formes de participation, ainsi que la faculté d'appliquer des sanctions pénales aux personnes morales.

[159] Cet acte uniforme est entré en vigueur le 1er janvier 1998 et aura donné deux ans pour les sociétés n'ayant pas adopté l'une des formes prévues par le droit Ohada pour se conformer. Conséquemment, certains Etats parties

d'infractions ont été prévues par le droit Ohada, allant de la constitution des sociétés jusqu'au fonctionnement et à la dissolution[160] de celles-ci. Si le législateur n'a pas omis les incriminations au droit des sociétés, il a cependant maladroitement ignoré la question d'imputation des infractions[161], seul indice permettant de remonter aux auteurs, coauteurs ou complices des infractions.

En effet, l'entreprise est une entité hiérarchiquement gérée de la base au sommet. Il en résulte plusieurs modes de commission ou de participation[162] à la commission de l'infraction. Il serait donc raisonnable de déterminer la ou les personnes devant répondre de ces agissements. La question est en général tranchée lorsque l'infraction est attribuée à une personne nommément désignée dans la chaine de la hiérarchie. La difficulté vient du fait que certaines infractions peuvent être commises sans laisser la possibilité de déterminer le véritable auteur. En effet, certains agissements sont si frauduleux qu'ils ne laissent aucune possibilité de retrouver « le bras armé » qui a exécuté le forfait. Or, la recherche de la responsabilité pénale nécessite que soit imputée une infraction à une personne. La doctrine s'est efforcée de trouver une théorie à même de résoudre ces difficultés, celle de la « *faute diffuse* »[163] à laquelle le droit Ohada aurait pu fonder le principe de la responsabilité pénale des personnes morales. L'application de la théorie de la faute diffuse peut être un gage d'insécurité et d'impunité recherchée par le législateur communautaire. En effet, les mécanismes de fonctionnement de certaines entreprises peuvent constituer de véritables sources d'insécurité en raison des interactions des rôles joués par les acteurs. Il s'ensuit que l'objectif recherché par le législateur communautaire est d'attirer les investisseurs qui en grande partie seraient des entreprises de droit étranger. Ainsi, une entreprise de droit européen trouverait un territoire plus accueillant, dénué de toute menace pénale en raison du fait que certaines infractions qui seraient commises ne peuvent relever que des personnes morales. A l'inverse, l'entreprise étrangère s'invitera à son tour à respecter le droit du territoire d'accueil. Les atteintes à l'environnement semblent être la manifestation la plus concrète. Le droit communautaire européen a déjà prévu des incriminations en matière de l'environnement[164], notamment dans le domaine de la

---

ont profité pour adopter les mesures de conformité au droit communautaire en prévoyant les sanctions correspondantes aux nouvelles incriminations. C'est le cas notamment des législations sénégalaise et Guinéenne.

[160] Il faut noter là aussi que beaucoup d'infractions ne sont pas connues auparavant par les législations nationales des Etats parties, ou même si elles sont connues, les sanctions correspondantes ne sont pas évidentes.

[161] Sur cette notion, voy. Adamou Rabani, « l'imputation des infractions d'affaires », Université Montesquieu de Bordeaux, nov. 2009 ; Editions Universitaires Européennes, Avril 2010, ISBN : 978-613-1-50114-2.

[162] Le 7è congrès international du droit pénal avait d'ailleurs choisi pour thème, « l'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction » pour signaler l'existence de plusieurs modes de commission d'infraction. Le congrès a observé que les personnes morales ne peuvent être rendues responsables d'une infraction que dans les cas prévus par les systèmes juridiques ; qu'en pareils cas la sanction ordinaire est l'amende, indépendamment des mesures telles que la dissolution, la suspension ou la nomination d'un curateur.

[163] Pour cette théorie, voy., Les écrits du Professeur Jean-Christophe SAINT-PAU notamment : La responsabilité pénale des personnes morales : réalité et fiction : in le risque pénal dans 'l'entreprise, litec, coll. « carré droit » 2003, pp71 à 113.

[164] Directive n°2008/99 du 19 novembre 2008, relative à la protection de l'environnement par le droit pénal : le considérant n°4 de la directive indique qu' au surplus, « l'existence de règles communes relatives aux infractions pénales permet la mise en œuvre de méthode d'instruction et d'assistance efficace au niveau national et entre

pollution ou du déversement des déchets[165]. D'autres catégories d'infractions sont plus fréquemment commises par les personnes morales notamment en ce qui concerne les matières qui forment le droit des affaires Ohada. Il en est ainsi des atteintes à l'ordre financier, économique et social, des atteintes à l'environnement, la fraude et contrefaçon etc….

Certains événements ayant marqué l'opinion sont en effet révélateurs du caractère criminogène des personnes morales. Ainsi, le 12 décembre 1999, Erika faisait naufrage aux larges des cotes bretonnes en provoquant l'une des plus désastreuses marées noires. Le navire qui appartenait à une société privée, a été affrété par le groupe pétrolier total Fina Elf pour le transport de fioul lourd. Le groupe essaya de s'exonérer de sa responsabilité en arguant qu'il n'est pas propriétaire du navire. De nombreuses personnes physiques ont été poursuivies notamment le capitaine, l'armateur et le gestionnaire du bateau. La mise en cause de la responsabilité du groupe pétrolier n'a été possible par la suite que grâce à l'introduction de l'article 121-2 du code pénal français qui consacrait la responsabilité pénale des personnes morales.

De plus en plus, une nouvelle forme de menace plane sur le monde de l'entreprise notamment les velléités terroristes manifestées soit à l'égard de l'entreprise elle-même, soit à l'égard des agents qui l'animent. L'attentat de Karachi sur des ouvriers de la direction des constructions navales expose bien les risques auxquels sont exposés les personnels des entreprises ; exposition qui nécessite la prise de précautions particulières. De tout temps, ces risques interviennent alors que les entreprises concernées ne prennent pas les mesures idoines, ou les prennent trop tard[166]. La question de la responsabilité civile dans ces conditions ne nécessite pas de commentaire pour la simple raison que le caractère accidentel de l'événement est palpable. La décision rendue par le tribunal des affaires de sécurité sociale de la Manche[167] très motivée, retenait que « l'accident n'a été rendu possible que par la faute inexcusable commise par l'employeur qui n'avait pas pris les mesures propres à assurer la sécurité de ses salariés ». La pertinence de la décision a poussé le ministère public à renoncer à l'appel contre ce jugement. Cette option n'est que civile, la pratique actuelle en droit Ohada n'offre que cette éventualité. Reste à préciser que des événements de ce type appellent une responsabilité pénale non seulement des dirigeants de l'entreprise, mais également de l'entreprise elle-même en tant que personne morale sous la direction de laquelle l'accident est arrivé. Si le législateur

---

Etats membres » ; Cette directive en son article 8 impose aux Etats membres de transposer ses dispositions au niveau national avant le 26 décembre 2010 ; Voy. Aussi, Dominique GUIHAL et Patrick THIERRY, « L'incrimination pénale, instrument ultime de mise en œuvre du droit européen de l'environnement », Gazette du palais, janvier 2009, Doctrine, p.11.

[165] V. l'affaire Probo koala qui a attiré l'attention en Afrique alors que plusieurs cas peuvent être révélés des indépendances à nos jours mais qui sont restés impunis en raison de la collaboration qui a toujours prévalu entre dirigeants africains et occidentaux.

[166] Napoléon 1er disait à ce propos que « les trois quarts des hommes ne s'occupent des choses nécessaires que lorsqu'ils en sentent le besoin mais, justement, alors il n'est plus temps ».

[167] V. décision du 15 janvier 2004, Saint-Lô ; V. également, « Terrorisme et Responsabilité de l'entreprise et de ses dirigeants », par Christophe Collard, in : revue « Défense nationale », supplément n°3, mars 2005.

Ohada a organisé la traque des dirigeants, celle des personnes morales est souhaitable[168]. Il suffit que les législations pénales nationales introduisent certaines infractions à l'égard des personnes morales notamment les homicides par imprudence, les blessures involontaires, la mise en danger de la personne etc. Un espace juridique n'ayant pas prévu une telle responsabilité dans son arsenal juridique à l'image de l'Ohada végéterait dans l'impunité sous le poids du pouvoir économique des entreprises. Engagé donc sur un marché international par son ouverture économique, et exposé au « chaos mondial »[169], les menaces criminelles qui pèsent sur l'espace Ohada se traduisent par un risque juridique qui se doit d'être pris en considération par le législateur communautaire. Il faut dès lors répondre à l'appel de Napoléon 1er lorsqu'il indiquait que « les trois quarts des hommes ne s'occupent des choses nécessaires que lorsqu'ils en sentent le besoin mais, justement, alors il n'est plus temps ». La prévention permettra dès lors de protéger les intérêts des acteurs, aussi antagonistes soient-ils.

B. La protection des intérêts des acteurs

L'organisation d'une responsabilité pénale des personnes morales dans l'espace Ohada participe de la protection de plusieurs catégories d'intérêts. Ces intérêts peuvent être aussi bien ceux des tiers en raison de leur vulnérabilité que de la personne morale elle-même. Il est incontestable que les dégâts causés par l'activité de fraude ou simplement de négligences coupables des entreprises sont du niveau de ceux d'un géant. En effet, « la puissance de la grande entreprise, démultipliée par une organisation sociale tentaculaire, s'appuyant sur des moyens financiers considérables, transcende la pauvre échelle humaine »[170].

L'objet du droit doit consister à aplanir les différences notamment en ce qui concerne les forces qui coexistent dans le monde des affaires. Tel doit être le rôle que le droit Ohada serait amené à jouer face au gigantisme qui caractérise le monde de l'entreprise. En effet, le poids de l'entreprise se remarque de nos jours sur l'ensemble des secteurs d'activités. Dans ces conditions, la nécessité d'instituer un système efficace de répression s'impose. Certaines législations étrangères ont tiré les conclusions à partir d'événements successifs qui ont marqué leur opinion publique. Le 20 janvier 1992, un airbus de la compagnie Air Inter s'écrasait sur le mont Sainte Odile, provoquant ainsi un émoi dans l'opinion publique française devant la mise en cause de trois personnes physiques en raison de leur fonction dans la compagnie[171] ; La condamnation du seul conducteur du train suite à un accident ferroviaire survenu à la gare de Lyon sans la mise en cause de la SNCF ne peut passer inaperçu ; l'affaire

[168] L'argument peut être fondé sur le fait que l'évolution jurisprudentielle innovante en droit étranger est entrain de remettre en cause la conception initiale du législateur notamment français qui fonde la responsabilité sur la commission de l'infraction par un organe ou un représentant qui est toujours une personne physique. La proposition permet une modification de l'option initiale et donne à la responsabilité pénale une véritable autonomie susceptible de faciliter la mise en œuvre à l'égard de toutes les personnes : Jean-Yves Maréchal, Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales : JCP, 14 sept.2009, hebdo, n°38.

[169] A. Bauer, « Sécurité, crimes et entreprises : le nouveau chaos mondial », Défense nationale, supplément au n°3, mars 2005, p.9 et s.

[170] CRISTINA DE MAGALIE, « Défense et illustration de la responsabilité pénale des personnes morales », Les petites affiches, 11 décembre 1996, n°149, p.36.

[171] J.-PLANQUE, la détermination de la personne morale pénalement responsable, l'Harmattan, 2003, p.32.

du sang contaminé, sont autant d'événements ayant interpellé le législateur français à retenir la responsabilité pénale des personnes morales à travers le code pénal de 1992[172]. A l'appui des arguments avancés, les promoteurs de la réforme indiquaient que « l'immunité actuelle des personnes morales est d'autant plus choquante qu'elles sont souvent par l'ampleur des moyens dont elles disposent, à l'origine d'atteintes graves à la santé publique, à l'environnement, à l'ordre économique ou à la législation sociale… »[173].

Dans le contexte africain, on a encore à l'esprit la collusion de deux trains de la compagnie CAMRAIL qui s'est soldée par une responsabilité seulement civile de la compagnie. L'affaire la plus récente et non encore soldée est celle de la **Probo koala**, où une société de droit néerlandais a déversé des déchets toxiques aux abords d'Abidjan, entrainant ainsi une pollution environnementale et plusieurs victimes enregistrées. Au vu de ces menaces, les législations étrangères[174] qui ont consacré la responsabilité pénale des personnes morales n'ont pas omis d'assurer une protection efficace aux tiers. La protection des tiers peut être assurée sur le plan des incriminations et sur le plan procédural.

En termes d'incrimination, le législateur Ohada portera un regard attentif sur certaines catégories d'infractions qui impliqueraient directement les intérêts des tiers. C'est le cas de certaines infractions au droit du travail[175]. Il peut s'agir du travail illégal[176], constitué par le recours aux personnes exerçant un travail dissimulé. D'autres catégories d'infractions portant atteinte aux intérêts des tiers sont prévues dans le code pénal et elles sont relatives aux homicides involontaires[177], à la mise en danger de la vie d'autrui[178], ainsi que les atteintes aux biens caractérisées par la traditionnelle trilogie vol, escroquerie et abus de confiance[179] qui

[172] Loi n°92-683 du 22 juillet 1992 instituant le nouveau code pénal français ;
[173] V. projet de loi n°300, session extraordinaire 1985/1986, p.6.

[174] C'est le cas du code pénal français de 1994 ayant consacré la responsabilité pénale des personnes morales en son article 121-2.

[175] *La plus caractéristique des infractions au droit du travail peut être la discrimination dans l'embauche à la veille de la communautarisation du droit du travail dans l'espace Ohada, à l'image du droit européen : La Cour européenne a répondu, avec vigueur, que le fait, pour un employeur, de déclarer publiquement qu'il ne recrutera aucune personne d'une certaine origine ou nationalité constitue un acte de discrimination directe, peu importe donc qu'aucune victime ne puisse être identifiée. La Cour estime, à juste titre, que de tels propos dissuadent une catégorie de la population de se présenter à l'embauche, ce qui suffit à caractériser l'acte de discrimination directe. La Cour fait remarquer de surcroît que l'ensemble des dispositions de lutte contre la discrimination a pour objectif de promouvoir un marché du travail favorable à l'insertion sociale : CJCE,2e ch., 10 juillet 2008 (Aff. no C-54/07) ;*
31Le délit de travail illégal concerne aussi bien l'exercice d'un travail dissimulé (dissimulation d'activité), le recours sciemment, directement ou par personne interposées, aux services de l'auteur d'un travail dissimulé, ainsi que la publicité, par quelque moyen que ce soit, tendant à le favoriser, en toute connaissance de cause (article L 8221-7 CT Français).

[177] Art. 272 et 273 C.P nigérien.

[178] Prévu par le code pénal français en son article 121-3 : « toutefois, lorsque la loi le prévoit, il ya délit en cas de mise en danger délibérée de la personne d'autrui ».

[179] Ces infractions sont prévues aux articles 306 et svts, 333 et svts, et 338 et svts du code pénal nigérien.

portent directement atteinte à la propriété d'autrui, qu'elles soient commises par les personnes physiques que par les personnes morales.

Au plan procédural, la mise en cause pénale des personnes morales permettra d'ouvrir la possibilité de mettre en mouvement l'action publique en cas d'atteinte aux intérêts des tiers. En effet, le plus souvent, les victimes sont des tiers étrangers à la personne morale. A titre d'exemple, dans l'espace Ohada, les populations contractent très souvent, des maladies qui ont pour origine le fonctionnement des entreprises. Seule la responsabilité civile est en général invoquée au cas où la procédure venait à être déclenchée. Le plus grand souhait consiste à élaborer une procédure facilitant la saisine du juge pénal par les victimes, encore que l'action publique restant toujours aux mains du procureur de la république. L'action du parquet doit simplement être rendue obligatoire, non facultative et cela sans tenir compte du consentement des victimes[180].

Le gigantisme qui caractérise la personne morale ne doit néanmoins pas occulter sa relative fragilité face à ses dirigeants. En effet, la personne morale n'existe que par ses représentants, ses « *substratums humains* ». Dès lors, ses intérêts peuvent être mis en péril. Il peut être de bonne politique criminelle, de prévoir une responsabilité cumulative entre la personne morale et ses représentants et de viser tous les intervenants dans l'activité de celle-ci. Le législateur français a bien cerné la difficulté et a consacré un article 121-2 dans le code pénal où il est indiqué que « les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les dispositions des articles 121-4 à 121-7, et dans les cas prévus par la loi ou le règlement, des infractions commises, pour le compte, par les organes ou représentants… ; la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». Il s'ensuit dès lors une nécessité de se conformer aux grands principes qui fondent le droit pénal général contenus dans les codes pénaux des Etats membres de l'Ohada, en considération des modes de participation à la commission des infractions par les personnes morales.

II. Prise en compte des modes de participation des personnes morales à l'infraction

Dans une politique criminelle qui prône un ordre public de protection se pose la nécessité de déterminer la personne pénalement responsable. La responsabilité pénale actuelle du droit OHADA ne cadre plus avec le nouvel environnement des affaires car s'agissant des infractions, «… *les auteurs sont totalement dépersonnalisés, leur responsabilité se dilue et souvent même la question de leur existence n'est pas posée. Soit on ne peut connaître les responsables, soit les faits sont à ce point, incertains, que la question des responsables ne peut encore être posée. S'ils sont connus et désignés, c'est leur responsabilité civile et non*

[180] Une population se trouvant dans une nécessité absolue voudra plutôt d'un arrangement que d'une procédure dont beaucoup ne voient pas l'issue. A cela, s'ajoute la politique économique de certains Etats qui mettent l'accent sur l'attractivité des investisseurs étrangers. L'exemple est que le droit Ohada s'est dotée dès le départ d'une véritable philosophie économique nationale, celle « du développement par la promotion de la libre entreprise » : FOCHE (R), le droit de l'OHADA, un capital vital pour le redressement de l'économie africaine, in l'effectivité du droit OHADA, ouvrage collectif précité, p.49 et sv ; mais également une économie plus attrayante des Etats membres en facilitant les investissements dans la région.

pénale qui parait engagée »[181]. Or, les personnes morales sont aujourd'hui les premiers facteurs criminogènes en raison de leur nombre[182] et de leur poids dans l'économie africaine. Cependant leur nature purement abstraite nécessite une détermination des mécanismes de leur participation. Elles participent dès lors par représentation (A) ou même sans représentation (B)

A. La participation par représentation des personnes morales à l'infraction

Retenir la responsabilité pénale de la personne morale par représentation suppose déjà que l'infraction n'est pas le fait de celle-ci. Elle a dû être commise par une personne physique agissant en lieu et place de la personne morale. Cette particularité de la criminalité a reçu l'appellation de responsabilité du fait personnel par représentation, adoptée par suite dans la jurisprudence[183]. L'expression a été employée par M. F. Desportes dans son rapport à la Cour de cassation en vue du premier arrêt de la Cour, rendu en matière de responsabilité pénale des personnes morales[184]. L'originalité de cette responsabilité est que, celle-ci est le résultat d'une imputation de l'infraction d'un être autre que la personne morale, mais qu'on refuse de qualifier de responsabilité du fait d'autrui dans la doctrine française. Les actes purement matériels ne peuvent être accomplis par la personne morale elle-même. Le « *substratum humain* »[185] est seul à même de commettre l'acte matériel. Le législateur désignerait les organes ou représentants pour atteindre la personne morale. En outre, la nature de la faute engageant la personne morale doit être connue. Objectivement, une faute doit être commise pour engager la responsabilité de la personne morale. Positivement, il ya une nécessité que l'infraction soit caractérisée dans tous ses éléments matériel et intellectuel à l'encontre d'un organe ou représentant de la personne morale. La déclaration de culpabilité n'est pas une condition pour que l'infraction commise par l'organe ou représentant soit imputée à la personne morale. Cette position est confirmée par des considérations non seulement jurisprudentielles, mais aussi par des raisons pratiques. Sur le plan jurisprudentiel, plusieurs

[181] V. L.PIERRE, « Elites Irrégulières », Gallimard 1997, p.17

[182] Pour mémoire, les statistiques au Niger démontrent la progression suivante : En 1997 il a été dénombré 471 entreprises dans le secteur privé moderne contre 418 en 1995. Les entreprises individuelles représentent 60% du total en 1997 contre 15% pour les SARL. Le secteur privé moderne est dominé par les activités de commerce et des services. Ce secteur a distribué une masse salariale de 15,3 milliards en 1997 dont 29% par la branche «Banques assurances et services» aux entreprises ; or, le chiffre d'affaires de cette branche ne représentait que 7,05% de celui de l'ensemble du secteur privé moderne : sources : Table ronde sur le secteur privé au Niger organisé par le PNUD. A ces statistiques, il faut ajouter ce constat : En 1995 selon les données de la Direction de la Statistique et des Comptes Nationaux (DSCN), il a été dénombré 667 935 établissements informels, répartis en 277 442 dans la production, 235 149 dans le commerce et 155 344 dans les services. Plus de 57% de ces unités de production sont localisées à domicile, 15,9% au marché et 13,61% sans emplacement fixe ou ambulants. Elles appartiennent à 57,81% aux hommes et à 42,19% aux femmes.

[183] Lyon, 3 juin 1998 : Dr. pén. 1998, comm.118 ; JCP, éd.E, 1998, p.1760, infirmant T.corr. Lyon, 9 oct.1997 : JCP, 1998, éd.G, I, 105, note J,-H. Robert ; Dr.pén., 1997, comm.154.

[184] Il s'agit de la première décision portant sur la nouvelle responsabilité pénale des personnes morales par la cour de Cassation : Cass.crim., 2 déc. 1997, J.C.P. 18 fév. 1998.II.10023, Bull. Joly, mai 1998, p.152.

[185] H. DONNEDIEU DE VABRES, Les limites de la responsabilité pénale des personnes morales, RID pén. 1950, p.339.

décisions ont donné lieu à la poursuite de la seule personne morale[186]. En effet, « la culpabilité de l'organe ou représentant ne se confond pas avec celle d'une personne physique »[187]. Il ya une « neutralisation » des volontés individuelles à travers les organes collégiaux, et cela ne doit pas être une raison d'impunité de la personne morale. La Cour de cassation a eu à s'exprimer en ces termes dans une décision concernant une délibération municipale : « *la délibération incriminée, prise par un organe collégial de la commune, ne peut être imputée à ceux des conseillers municipaux ayant exprimé un vote favorable* »[188].

Pour des considérations pratiques, on ne saurait conditionner l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale à la culpabilité du *substratum humain* en ce sens que, celui-ci n'est pas toujours à « visage découvert ». En effet, un crash d'avion ne laisse en général aucune possibilité pour les autorités de poursuite de dégager une culpabilité de l'équipage afin de l'étendre à la compagnie, personne morale ; Il en est de même pour le conducteur automobile d'une entreprise qui commet une infraction à la circulation routière à laquelle il n'aurait pas survécu. Ce défaut de déclaration de culpabilité de l'organe ou représentant ne peut être appréhendé comme une cause d'exonération de la personne morale. La solution adoptée n'est pas originale en considération des principes généraux de droit. En effet, une telle solution est déjà connue en matière de complicité. Celle-ci suppose l'existence d'un fait principal punissable. Elle n'est pas cependant subordonnée à la « répression effective de l'auteur de ce fait »[189], car la complicité demeure punissable même si l'auteur principal est pénalement irresponsable pour raison de trouble mental ou de minorité, ou encore en cas d'amnistie personnelle[190]. Il faut indiquer que la responsabilité pénale des personnes morales n'est pas une responsabilité de substitution. Dès lors, l'opportunité des poursuites dont dispose le ministère public peut être orientée vers la personne morale tout en épargnant les personnes physiques en l'absence de fautes personnelles. Il n'est pas indispensable que la personne physique, organe ou représentant soit identifiée. Toutefois, la responsabilité de la personne morale peut être engagée même en l'absence d'identification de la personne physique dans le cas où l'élément intentionnel du délit résulte de la nature des agissements poursuivis, ou en cas de certitude sur la commission de l'infraction par un organe ou

[186] Crim. 2 déc. 1997, précité ; - crim. 1er déc. 1998, B.,n°325, JCP, 1998,éd. E, Actualités, p.194, RSC, 1999, p.337, obs. GIUDICELLI-DELAGE ; -J,-C. SAINT-PAU, notes sous. Cass.crim., 18 janv. 2000 ;

[187] J,-C. SAINT-PAU, La responsabilité des personnes morales : Réalité et Fiction : in le risque pénal dans l'entreprise, actes de la journée d'étude des éditions du juris-classeur, Litec, 2003, précité ; Dans le même ordre d'idée, un tribunal correctionnel a écarté l'assimilation des organes et représentants au complice de la personne morale en ces termes : « Attendu plus généralement que les agissements qui ont rendu la personne morale punissable sont ceux créateurs de l'infraction, qu'entrer en voie de condamnation sur ces bases conduirait à condamner systématiquement les personnes physiques représentant les personnes morales pour la simple raison qu'elles sont l'agent de ces dernières, que ce serait aller à l'encontre des intentions du législateur qui a clairement entendu dégager les organes représentatifs des personnes morales de la présomption de responsabilité qui pesait sur eux jusqu'alors » : T. corr. Béthune, 12 nov. 1996, n° 9362761.

[188] Cass.crim., 11 mai 1999 : Bull.crim., n°39.

[189] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, Economica, 11è édition, 2008, n°604.

[190] Art. 122-1, 122-8 du code pénal français.

représentant[191]. C'est l'exemple d'une stratégie commerciale adoptée par une société, fondée sur des pratiques illicites comme en matière de contrefaçon ou la production de document pour le compte d'une société en cours d'instance judiciaire.

En effet, un rapport annuel de la Cour de Cassation[192] soulignait que *« lorsque, est reprochée à la personne morale une faute d'imprudence ou de négligence consistant en la violation d'une disposition législative ou réglementaire s'imposant à elle, il est possible de lui imputer un tel manquement sans que soit identifiée la personne physique fautive* ». La doctrine reste partagée sur la question. Certains auteurs sont favorables à la répression pour « *ne pas créer une immunité regrettable au profit des personnes morales dont les dirigeants de droit ne sont que des prête-noms* »[193]. D'autres auteurs au contraire, estiment qu'en ces circonstances, la personne morale s'est « *trouvée placée en état de contrainte et fait plutôt figure de victime que de coupable* »[194]. La personne morale étant incarnée par ses organes ou représentants, tout fait de ceux-ci constitue le fait personnel de la personne morale. Dans cette hypothèse, le fait des organes et représentants est le critère d'appréciation de l'infraction. Selon le Professeur J,-C SAINT-PAU, le fait de l'organe et du représentant est nécessaire et suffisant pour deux raisons[195] : d'une part, ce fait permet la qualification du mode de participation de la personne morale à l'infraction ; d'autre part, il est nécessaire à la qualification de la constitution de l'infraction. Ce qui signifie que l'élément matériel et l'élément moral de l'infraction doivent être constitués conformément à ce fait. La conséquence de la représentation est que la personne morale peut être auteur ou complice par représentation.

La personne morale emprunte toujours le fait de son organe ou représentant dans la mesure où elle devient auteur principal, parce que son organe ou représentant est auteur principal. Les notions d'auteur direct ou indirect trouvent leur signification dans les rapports de lien de causalité[196]. L'auteur direct est celui qui « *heurte ou qui frappe lui-même sa victime, ou qui projette contre celle-ci l'objet qui la heurtera* »[197]. L'auteur indirect quant à lui, intervient en amont dans la chaine de causalité ayant abouti au dommage. Il s'agit tantôt de celui qui laisse commettre l'infraction, tantôt de celui qui commet l'infraction parce que l'organe ou le représentant a commis la faute. Peut être qu'on peut s'en tenir à la notion de représentation pour justifier le choix de l'imputation et de ne voir qu'une participation classique car des hypothèses montrent en effet, que parfois l'existence de l'auteur indirect n'est pas conditionnée par celle de l'auteur direct. C'est dans ces conditions aussi que la personne morale peut être considérée comme coauteur avec une autre personne. Un exemple

[191] Voy notre thèse portant sur : l'imputation des infractions d'affaires, th. Bordeaux, 2009, p.230 ; Recommandation R 88-18 du Conseil de l'Europe du 20 Octobre 1988 suggérait que la responsabilité pénale de l'entreprise puisse être établie même en l'absence d'identification « d'une personne physique ayant commis les faits ».
[192] V. Rapp. C.Cass. 1998, p.303 où il est indiqué que : « lorsque, est reprochée à la personne morale une faute d'imprudence ou de négligence consistant en la violation d'une disposition législative ou réglementaire s'imposant à elle, il est possible de lui imputer un tel manquement sans que soit identifiée la personne physique fautive ».
[193] M. DELMAS-MARTY, Droit pénal des affaires, p. 119.
[194] MERLE et VITU, Droit pénal général, 6e éd., n°605.
[195] J,-C. SAINT-PAU, préc, p. 84, n°128.
[196] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, Droit pénal général, 11è éd., 2008, p.407.
[197] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, préc. p. 489.

est fourni par le tribunal correctionnel de Paris[198] en matière de sous-traitance. En l'espèce, une société était chargée d'un ravalement de façade. Elle sous-traite le montage de l'échafaudage nécessaire au chantier à une autre société qui n'est pas spécialisée en la matière. Une rupture des attaches de l'échafaudage provoque la chute de l'ouvrier de la première société qui est gravement blessé. L'inspecteur du travail relève dans son rapport, qu'outre le non respect d'un certain nombre de dispositions réglementaires, les goujons de fixation de l'échafaudage montrent des traces visibles de corrosion et ajoute qu'aucun contrôle minutieux n'a été opéré avant le début des travaux. La société employeur s'est vue condamnée pour avoir commis une négligence grave en envoyant son employé travailler sur cet échafaudage sans un contrôle préalable sur la sécurité. La société sous-traitante s'est vue reprochée une négligence grave en raison du défaut de spécialisation et le manque de contrôle des traces d'oxydation visuelles. Les deux sociétés sont condamnées « compte tenu de la participation de chacune d'elles à la commission de cette infraction […] »[199].

La détermination de la qualité de complice de la personne morale est une opération juridique complexe. En effet, comment peut-on mettre en évidence l'existence de l'intention chez l'être moral. Ou encore, comment l'être moral manifeste-il sa volonté d'être complice d'une autre personne ?

Pour parvenir à une identification de l'intention de la personne morale, Jean-Claude Planque propose de distinguer d'une part les infractions volontaires et d'autre part les infractions dites « d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui »[200]. En partant de l'infraction de blanchiment d'argent incriminée par l'article 324-1 du Code pénal français, une société qui commet l'infraction de blanchiment en tant qu'auteur principal en bénéficiant des facilités accordées par une banque, la complicité de la banque ne peut être retenue s'il est prouvé qu'en plus des éléments légaux, les facilités aient été accordées par un organe ou représentant de celle-ci avec la conscience que cela conduirait à la commission de l'infraction de blanchiment. Il en découle que la personne morale, au même titre que la personne physique, peut être complice d'une infraction. La particularité de cette complicité est évidente car il s'agit d'une complicité indirecte. Toutes ces interrogations permettent de se demander si les faits matériels seuls peuvent suffire pour imputer une infraction à une personne morale en tant que complice. L'infraction principale exprime pourtant la notion d' « *emprunt de criminalité* » qui caractérise la complicité. Cet emprunt de criminalité n'est cependant pas identique quand il s'agit des personnes morales. En effet, les personnes morales empruntent toujours la criminalité de leurs organes ou représentants, et non celle de l'auteur de l'infraction principale. Même la complicité entre personne morale est envisagée en doctrine même si on en parle peu. On ne trouve ses traces qu'avec le Professeur COEURET qui évoquait la complicité entre personnes morales en prenant l'exemple de l'infraction de marchandage par prêt de main d'œuvre illicite et évoque l'intérêt de ce type de complicité à l'intérieur des groupes de sociétés[201]. En droit français, toutes les infractions sont susceptibles

[198] T. corr. Paris, 31ème Ch., 3 novembre 1995, Droit social 1996, p.157, note A. COEURET.
[199] T. corr. Paris, 31ème Ch., 3 nov. 1995, précité.
[200] Art.121-3al.2 du code pénal français..
[201] A. COEURET, La nouvelle donne en matière de responsabilité, Droit Social 1994, p.627 et spéc. P.636 et 637 ; - Cass.crim. 23 mai 2000, Bull. n°200, p.584.

d'être imputées à la personne morale. Cela amoindrit la condition relative à l'infraction principale punissable. C'est peut être la raison pour laquelle F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC[202] ont opté pour une modification de l'étude classique de la complicité.

B. La participation sans représentation des personnes morales à l'infraction

En l'absence d'un corps sensible, l'incapacité des personnes morales s'affirme avec netteté sauf en cas d'admission de l'incarnation, ou d'altérité[203] entre la personne morale et ses organes et représentants. Admettre la seule responsabilité pénale de la personne morale par représentation reviendrait à instituer une impunité légale et une incrimination incomplète des activités de l'entreprise. Il ne s'agit pas de prôner une participation personnelle de la personne morale qui remettrait en cause la possibilité d'une participation personnelle par ses organes ou représentants. Il s'agit dans cette étude, de contribuer à la prise en compte de toutes les interventions possibles de la personne morale afin de ne pas créer une zone «*d'impunité paradisiaque* » pour la personne morale. Dans cette perspective, certains agissements se détachent des organes ou représentants, faute de pouvoir être rattachés à ceux-ci. D'autres agissements, abstraitement rattachés aux organes ou représentants, doivent être mis au compte de la personne morale. Pour ce faire, deux théories peuvent permettre d'atteindre ce but : celle de la faute diffuse et celle de l'imputation par présomption.

Longtemps refusée par la Cour de cassation, la faute diffuse telle que présentée[204] constitue une théorie contributive dans l'organisation de la répression des personnes morales voulue par le législateur. Une proposition de l'admission de cette théorie dans la responsabilité pénale des groupements se comprendrait à travers ses fondements. L'imputation se définit comme l'opération juridique qui permet de mettre une infraction au compte d'une personne. Cette opération est plus ou moins délicate selon que l'auteur de l'infraction est connu ou non connu. La connaissance de l'auteur des agissements est un indice sûr pour l'imputation de l'infraction à une personne. Plus difficile est le cas où l'auteur des agissements n'est pas connu, ou ne peut être connu, en raison des largesses du réseau de commission de l'infraction. Dans ce cas, un choix doit s'opérer entre l'impunité d'une infraction dont le véritable auteur matériel fait défaut d'une part, et la satisfaction de la victime d'une infraction dont le véritable auteur matériel n'est pas connu d'autre part. La fonction de prévention et de dissuasion recommanderait certainement une moralisation de la sanction pénale et contribuerait à opter pour une imputation de la faute diffuse à la personne morale. Cette proposition se fonde non seulement sur le principe de la responsabilité pénale personnelle mais aussi sur la thèse de la réalité de la personne morale. Le principe « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait » qui a dominé la matière pénale des siècles durant, apparait comme une évidence immuable aux yeux de certains[205], semble défier celui d'une responsabilité pénale des personnes morales. La généralisation de la responsabilité pénale de la personne morale a contribué à faire de cette dernière un véritable agent pénal au même titre que la personne physique en droit pénal français. Par cette théorie, il est possible,

[202] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, précité.
[203] A. TEANI, La responsabilité pénale du fait d'autrui, Th. Bdx, 2007, p.252.
[204] J,-C Saint-pau, préc,
[205] A. TEANI, « La responsabilité pénale du fait d'autrui, th. 2007, p.14.

en vertu de ce principe, que la personne morale commette une infraction en raison du défaut d'identification de l'auteur matériel ou par son action, aussi simulée soit-elle. La « faute diffuse » est concevable en cas de non identification de l'auteur de la faute. Le rôle du droit pénal est à ce niveau double. Il doit non seulement permettre d'identifier le ou les auteurs de la faute, mais aussi attribuer cette faute à, le ou les auteurs par la technique de l'imputation, seule possibilité d'engager la responsabilité.

Cette identification de l'auteur est un gage de sécurité juridique car aussi bien que ceux qui sont au service de l'entreprise, les tiers à l'entreprise ont besoin de protection quant aux conséquences de leur fonctionnement. La théorie de la faute diffuse semble apporter une solution à cette insécurité juridique. La théorie ne peut s'appliquer qu'à une certaine catégorie d'infractions. Il en est ainsi des infractions intrinsèquement liées à l'entreprise en raison des risques résultant de son fonctionnement. C'est l'hypothèse où un produit a été déversé dans une rivière par un ouvrier et aucune responsabilité individuelle ne peut être retenue en raison du défaut d'identification de l'ouvrier et de l'opacité des structures de décision de l'entreprise. En effet, c'est le manque d'organisation qui est à l'origine non pas de l'infraction, mais de l'absence d'identification de l'auteur matériel de l'infraction. On peut certes considérer que l'entreprise peut être directement punissable si on lui reproche de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher la commission de l'infraction. Cependant cette « faute d'organisation » n'est entrée dans les législations que par « *une porte dérobée* ». En principe, toute faute pénale dommageable, dont l'auteur matériel n'a pas été identifié, dans le cadre de l'exécution d'une mission de la personne morale, doit être considérée comme une faute personnelle de la personne morale. La théorie a toutefois des implications. Ainsi, une indépendance subjective de la personne morale dans la commission de l'infraction signifie qu'elle « est à même de produire l'élément psychologique de celle-ci »[206].

Cette indépendance est la conséquence de l'existence d'une volonté propre de la personne morale. La démarcation peut se confirmer entre la personne morale et ses organes ou représentants notamment dans certaines hypothèses. Il en est ainsi, de la continuité de la personne morale après le décès d'une personne physique en tant qu'organe ou représentant[207]. En plus, l'hypothèse peut concerner aussi l'organe de la personne morale en cas de cession d'entreprise. Dans ce cas, l'organe peut changer pour de nouvelles personnes dans la prise de décision, mais c'est la même personne morale qui reste. En définitive, la capacité criminelle ne saurait dépendre des personnes physiques et cela a été exprimé autrement par BADINTER lors de la présentation du projet de code pénal en insistant sur le fait que les « personnes morales, en raison de l'ampleur des moyens dont elles disposent, peuvent être à la base d'infractions à l'environnement »[208].

La réalité de la personne morale renvoie en premier lieu à l'existence ou non d'une volonté propre de la personne morale. On peut se demander en effet, si un être moral peut être doté d'une volonté propre lui permettant de ne pas se confondre à ses organes ou

[206] F. ROUSSEAU, L'imputation dans la responsabilité pénale, Thèse, Bordeaux 2007, p.473, n°372.
[207] Cass.civ2ème, 7 déc. 1994, JCP 1995, II, 22517.
[208] V. ROBERT BADINTER, *Présentation du projet de nouveau code pénal, Dalloz, 1986 (exposé des motifs*)

représentants. Pierre Faivre disait à ce propos, que « *l'immunité des personnes morales repose principalement sur l'élément moral* » et que « *l'absence de volonté criminelle apparait comme le seul obstacle sérieux à l'incrimination des personnes morales* »[209]. La tendance est à l'acceptation implicite de la thèse dans la mesure où on soutient que « le juge n'a pas à rechercher ce que pouvait être la volonté de la personne morale »[210]. Le tribunal correctionnel de Lyon en a fait application. Dans des faits de publicité en faveur d'une opération commerciale soumise à autorisations, le tribunal précisait que la responsabilité pénale d'une personne morale suppose que soit « établi à son encontre l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction poursuivie, l'élément intentionnel d'une part, l'élément moral d'autre part […] »[211]. Les rédacteurs de l'avant-projet de code pénal de 1978 ont décrit la situation en déclarant que « la vie du groupement se caractérise par une volonté et une activité qui dominent la volonté et l'activité des membres, souvent interchangeables »[212].

La théorie de HAURIOU explique le passage des volontés individuelles à une volonté du groupement. Selon l'auteur, « *les différentes volitions sont exprimées et certaines d'entre elles s'opposent, mais une majorité se dégage et la minorité doit s'effacer. Le résultat de cet affrontement constitue la volonté du groupement puisque les membres qui avaient exprimé une volition différente restent dans le groupement* »[213]. La description de l'auteur n'est autre que, le système de la gouvernance telle qu'elle est pratiquée dans les entreprises. En effet, elle reflète beaucoup l'exercice du pouvoir décisionnel dans les sociétés anonymes où la majorité des actionnaires détient ce pouvoir. Le raisonnement conduit à dire qu'il existe bien une volonté collective émanant de la personne morale, elle est donc capable de commettre une infraction autant qu'une personne physique. Au-delà des démonstrations doctrinales, la réalité de la volonté propre de la personne morale se trouve renforcée par la jurisprudence. Elle insiste sur l'existence de la volonté propre de la personne morale qui, même si elle nécessite une « impulsion humaine », est distincte de celle de ses organes ou représentants. Ainsi, dans un cas d'espèce, un administrateur avait donné mandat à un avocat, au nom de la personne morale dont il assurait la direction. Au décès de l'administrateur, on soutient que le mandat a pris fin avec sa mort. La Cour de cassation[214] a décidé que le mandat est toujours valable car ayant été donné par la personne morale. La coactivité implique qu'il ne s'agit plus d'un rapport de représentation, mais d'une participation autonome de chacun et se caractérise par

[209] P. FAIVRE, La responsabilité pénale des personnes morales, Rev.sc. crim. 1958, 547

[210] BOCCON-GIBID, La responsabilité pénale des personnes morales (présentation théorique et pratique), Editions ESKA.

[211] T. corr. Lyon 9 Octobre 1997, Dr. Pén. 1997, comm. n°154.

[212] Avant-projet définitif de Code pénal de 1978, Documentation française, p.41.

[213] A. MESTRE, Thèse préc. p.143.

[214] Cass. Civ.2ème, 7déc. 1994, JCP 1995, II, 22517.

son élément intentionnel. Même la coaction entre deux personnes morales est admise[215] lorsqu'elles accomplissent les éléments matériel et moral ensemble[216].

Conclusion

A terme, il apparait que l'absence de consécration de la responsabilité pénale des personnes morales en droit Ohada soulevée par les esprits vigilants[217], ne peut se justifier dans la mesure où cette responsabilité ne déroge pas aux grands principes qui gouvernent le droit pénal commun. En effet, ces principes inspirés des « traditions juridiques communes »[218] sont les mêmes ayant participé à la création de l'espace juridique et judiciaire de l'union européenne[219]. Ainsi, outre les objectifs qui sous-tendent tout regroupement communautaire notamment la mise en harmonie des règles communes, les mécanismes de commission des infractions peuvent suivre le même sort dans l'espace Ohada. Par ailleurs, les pays membres de l'Ohada sont de plus en plus exposés à une montée en puissance du nombre des entreprises multinationales de droit étranger et dont leur installation ne peut se faire sans atteindre les intérêts soit des populations à l'image de l'affaire Trafigura, soit ceux de la communauté par la violation de la réglementation communautaire des Etats membres. Au plan intérieur, l'ouverture des frontières entre certains Etats parties au traité Ohada[220] favoriserait à coup sûr l'implantation des entreprises nationales et le développement de la criminalité à grande échelle. Il est impérieux de prendre les dispositions nécessaires pour la création d'un espace juridiquement protégé qui permettra un bon épanouissement des affaires. Les objectifs de communautarisation ne seraient atteints que quand la règle de droit devient la même pour tous, qu'on soit personne physique ou morale, de droit national ou étranger. Le législateur Ohada qui est actuellement dans ses chantiers de reforme des actes uniformes relancera probablement le débat qui, inéluctablement conduira à la répression des personnes morales.

Bibliographies :

Abdoullah Cissé, « *Observations sur le droit pénal des affaires de l'Ohada* », Coll. Droit Uniforme Africain, Bruylant, 2002, pp.239-

[215]J-C PLANQUE, La détermination de la personne morale pénalement responsable, L'harmattan, 2003, p.350, n°515.
[216]J.-C. PLANQUE, précité.

[217] V. Pr. Abdoullah Cissé, in : « observations sur le droit pénal des affaires de l'Ohada », collection droit uniforme africain, Bruylant, 2002, p.239 ; E.L. Kangambega, in : « Observations sur les aspects pénaux de l'Ohada », Penant, 2000, p.321.

[218]Appellation donnée par les concepteurs du droit Ohada pour designer les traditions juridiques françaises et Belges inspirées ou imposées aux Etats africains.

[219]C'est sur la base des mêmes principes que la responsabilité pénale des personnes morales, longtemps chantée par le législateur français, a finalement été adoptée à travers le code pénal de 1994. Plusieurs législations européennes ont déjà consacré cette responsabilité.

[220] C'est le cas des Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) à travers la directive communautaire relative aux tarifs extérieurs communs, notamment l'Union douanière entrée en vigueur le 1er janvier 2000. Cette Union a permis à l'Uemoa de franchir l'une des étapes les plus importantes vers la construction d'un marché commun où les entreprises pourront produire à grande échelle, mettre en œuvre des moyens modernes de production et réduire ainsi les coûts au bénéfice des consommateurs.

Adamou Rabani, « *Le dualisme du droit pénal des affaires de l'espace Ohada* », Ohadata D-05-

Cristina de Maglie, « *Défense et illustration de la responsabilité pénale des personnes morales* », Petites Affiches, 11 décembre 1996, n°149, p.36

E.L Kangambega, « *Observations sur les aspects pénaux de l'Ohada* », Pénant, 2000, p.321.

Jean-Christophe Saint-Pau « *L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise* », Gazette du palais, 10 février 2005, n°41, p.7

Jean-Yves Maréchal, « *Plaidoyer pour une responsabilité pénale directe des personnes morales* », JCP, 14 septembre 2009, hebdo, n°38.

Ndiaw DIOUF, « *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* », Ohadata D-05-41.

Olivier Sautel, « *la responsabilité pénale des personnes morales* », les petites affiches, 18 Juin 2008, n°122, p.7

Grégoire BAKANDEJA wa MPUNGU, « L'internationalisation des échanges et le droit Ohada », Ohadata D-10-17

Claude DUCOULOUX-FAVARD, « Défense et Illustration de la responsabilité pénale des personnes morales », Les Petites Affiches, 1996, n°149, p.36

Marie-Elisabeth CARTIER, « Nature et fondement de la responsabilité pénale des personnes morales dans le nouveau code pénal français », Les Petites Affiches, 1996, n°149, p.18

L'efficacité de la convention d'arbitrage en droit OHADA

Par

Bayo Bybi Blandine

Assistante, Faculté des Sciences juridiques et Politiques de l'Université de Douala

Résumé

Les initiateurs du Traité relatif à l'OHADA, soucieux d'organiser un environnement propice au développement de l'activité économique avaient souhaité faire de l'arbitrage l'instrument privilégié du règlement des différends contractuels et de la lutte contre l'insécurité juridique et judiciaire dans la zone couverte par le Traité. Cette volonté s'est traduite par l'adoption de trois textes majeurs fixant le cadre général de l'arbitrage dans l'espace OHADA. Cette législation reconnait la pleine efficacité à la convention d'arbitrage. Par ce type d'accord, des parties à un contrat décident de soustraire les litiges pouvant en résulter de la connaissance des ordres juridiques nationaux et de leurs juridictions. Mais au Cameroun, l'on note une pratique controversée de cette règle. Ce qui pourrait, à terme, mettre à mal l'objectif du législateur OHADA. C'est pourquoi il paraît nécessaire de rechercher un moyen de restaurer la priorité de l'arbitrage afin de satisfaire à l'objectif de sécurisation.

Abstract:

In a bid to organise a suitable environment for the development of economic activities, the initiators of the Organization for Harmonizing Business Law in Africa (OHBLA) known by its French acronym "OHADA" Treaty, wished to make arbitration one of the privileged tool for resolution of contractual disputes and the fight against judicial and legal insecurity in the zone covered by the treaty. This will has been realised by the adoption of three major texts laying down the general framework for arbitration within the "OHADA" landscape. This legislation recognizes the efficiency of the arbitration convention. Following this type of agreement, parties to a contract decide to submit their contractual disputes to an arbitrator instead of the national judges or jurisdictions.

In Cameroon however, this rule has given rise to some controversy. This could defeat the objectives of the "OHADA" legislation. It is therefore necessary to seek ways and means of restoring the objectives of arbitration in order to have a secured legal environment.

Introduction

Une réflexion sur l'efficacité de la convention d'arbitrage nécessite que l'on s'attarde en guise de préalable sur la notion même d'arbitrage. Cette institution revêt une double nature à la fois juridictionnelle et contractuelle. C'est un mode juridictionnel de règlement des litiges en ce sens que, la procédure d'arbitrage met fin au litige et la sentence rendue par les arbitres est revêtue de l'autorité de la chose jugée. L'arbitrage a un fondement essentiellement contractuel[221] parce qu'il tire sa raison d'être de la convention d'arbitrage. La volonté des parties est prédominante dans la procédure arbitrale. Elle se manifeste dans le pouvoir de juger des arbitres et dans la liberté des parties de régler la procédure.

La notion d'arbitrage n'a pas de définition légale. La doctrine a cependant proposé un certain nombre de définitions. Pour Messieurs Robert et Moreau, l'arbitrage est « l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être rendus par des individus, revêtus pour la circonstance, de la mission de les juger »[222]. Jarrosson l'a défini comme « une institution par laquelle un tiers règle un différend qui oppose deux ou plusieurs parties, en exerçant la mission juridictionnelle qui lui a été confiée par celles-ci »[223]. C'est aussi le « jugement d'une contestation par des particuliers choisis, en principe, par d'autres particuliers au moyen d'une convention »[224], « un mode de solution des conflits qui trouve son origine dans une convention privée et qui aboutit à une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée. Cette décision est acquise grâce à l'intervention d'un ou de plusieurs particuliers auxquels la volonté commune des parties donne pouvoir de trancher le litige »[225].

En Afrique, l'arbitrage a été pendant longtemps très peu pratiqué. Mais, depuis l'avènement de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires[226], il connaît un regain d'intérêt. Le législateur africain en a fait un instrument privilégié de règlement des différends contractuels et de la lutte contre l'insécurité judiciaire dans l'espace OHADA[227].

---

[221] Ancel J-P *in* « L'arbitrage et la coopération du juge étatique », *Penant* n° 833, mai 200, pp. 170-187, spéc. p. 171, décrit l'arbitrage comme une forme de justice contractuelle qui a pour fondement la volonté des contractants. *Adde* Boubou P., note sous TPI de Lomé, ch.civ. T.com, Aff STAR c/ CFAO SFC, *R.C.A* n° 22, juillet-août-septembre 2003, pp. 24 et s.

[222] Robert J., Moreau B., *L'arbitrage, droit intermédiaire privé,* 5e éd. Dalloz, 1987, n°1.

[223] Jarrosson, Ch., *La notion d'arbitrage*, L.G.D.J, 1987, p. 372.

[224] Motulsky H., *Ecrits, Etudes et notes sur l'arbitrage*, Dalloz, 1972.

[225] Huys Keutgen, cité par Poudret J-F et Besson S., *in Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant, 2002, p. 1.

[226] Ci-après OHADA. L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires comprend à ce jour seize pays : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et Togo.

[227] Cf. Préambule du Traité OHADA : « ... La réalisation de ces objectifs suppose la mise en place dans leurs Etats d'un droit des affaires simple, moderne et adapté ... il est essentiel que ce droit soit appliqué .... dans des conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques ... promouvoir l'arbitrage comme

En effet, comparativement à la justice étatique, l'arbitrage offre en effet un certain nombre d'avantages[228] : la confidentialité[229], la rapidité[230] et surtout le coût[231]. Il s'agit sans conteste du mode de règlement des différends qui convient le mieux au monde des affaires en raison de son caractère « lénifiant »[232]. C'est ce qui justifie sans doute que les initiateurs du Traité OHADA[233], soucieux d'organiser un environnement propice aux activités économiques aient souhaité le voir se développer[234]. Cette volonté s'est traduite par l'adoption de trois textes majeurs qui fixent le cadre et les principes généraux de l'arbitrage dans l'espace OHADA. Il s'agit du Traité[235], de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage[236] adopté le 11 mars 1999 et du Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage[237].

Le processus d'arbitrage est fondé sur l'existence de la convention d'arbitrage. Sans celle-ci, l'arbitrage ne peut pas être mis en œuvre. La convention d'arbitrage se présente comme un accord des parties au contrat principal de soumettre leurs éventuels litiges à des arbitres et de se soumettre à leur décision. Elle est désignée sous le terme clause compromissoire lorsqu'elle est rédigée en vue d'un litige futur ou sous celui de compromis lorsqu'elle porte sur un litige déjà né[238].

---

instrument de règlement des différends ... ». Dieng A., « Le nouveau droit de l'arbitrage en Afrique », *R.C.A*-numéro spécial, octobre 2001, p. 20.

[228] Cf. Loquin E., Arbitrage, *Jur.Class. Proc.civ*. Fasc. 1005, n° 98 et s.

[229] Toute la procédure se déroule sous le sceau du secret. L'Acte uniforme relatif à l'arbitrage, exige que les délibérations du tribunal arbitral soient secrètes, art. 18 AUA. Dans l'arbitrage CCJA, toute la procédure est confidentielle. L'exigence de confidentialité pèse aussi bien sur les parties, les arbitres, les experts et toutes personnes associées à la procédure, cf. art. 14 RA.

[230] La procédure d'arbitrage se déroule sur une période relativement courte comparativement au temps qu'il faut souvent aux juridictions étatiques pour trancher un différend.

[231] Comparativement au coût de la procédure devant les juridictions étatiques malgré le principe de gratuité de la justice.

[232] Motulsky H., *in Ecrits*.T. 2, p. 29, cité par Loquin E., *op.cit*. n° 103 et s.

[233] Ci-après le Traité.

[234] Article 1er du Traité OHADA, « Le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels ».

[235] Le Titre IV (articles 21 à 26) du Traité OHADA est consacré à l'arbitrage.

[236] Ci-après AUA.

[237] Ci-après RA.

[238] Article 1442 CPC français (nouvelle numérotation adoptée par l'art. 2 du Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage, entré en vigueur le 1er mai 2011). D'un point de vue terminologique, le Traité OHADA utilise les deux termes pour désigner les deux types de *convention*. L'Acte uniforme relatif à l'Arbitrage quant à lui n'a adopté que le terme de *convention d'arbitrage*. En réalité, la différence terminologique est sans importance car en dépit du fait que la clause compromissoire et la convention d'arbitrage répondent à des règles spécifiques, ils demeurent soumis à un certain nombre de règles communes en ce qui concerne notamment leurs effets.

Lorsque la convention d'arbitrage est valide et qu'un litige survient, la convention d'arbitrage doit manifester son efficacité. Cette efficacité se traduit par le rôle élusif de la convention d'arbitrage. C'est ce qui ressort de l'article 13 de l'AU aux termes duquel, « Lorsqu'un litige, dont le tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ». La solution s'impose aussi en sens inverse au regard de l'article 9 du Règlement d'arbitrage de la CCJA qui dispose « Lorsque *prima facie* il n'existe pas entre les parties de convention d'arbitrage visant le présent règlement, si la défenderesse décline l'arbitrage de la Cour, ou ne répond pas dans le délai de 45 jours, la partie demanderesse est informée par le Secrétariat Général qu'il se propose de saisir la Cour en vue de la voir déclarer que l'arbitrage ne peut avoir lieu ».

La réflexion menée ici est relative à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Les termes « effet » ou « efficacité » seront indifféremment employés dans nos prochains développements car, ces termes sont relativement proches. En effet, l'efficacité désigne la qualité de ce qui est efficace[239]. Le terme efficace quant à lui voulant dire qui produit l'effet voulu[240].

Ici, l'efficacité se manifeste à l'égard des trois acteurs de l'arbitrage : les parties, le juge étatique et l'arbitre. Nous ne nous intéresserons ici qu'à l'efficacité de la convention d'arbitrage à l'égard des parties et des juridictions étatiques. Car, malgré les principes énoncés par le législateur OHADA[241] et confortés par la jurisprudence, il n'est pas superfétatoire de mener une réflexion sur l'efficacité de la convention d'arbitrage compte tenu de l'environnement de l'OHADA, notamment au Cameroun ainsi qu'au regard de l'impact que les initiateurs du Traité souhaitaient donner à l'arbitrage, comme mode approprié de règlements des différends. Il pourrait en effet être envisagé des hypothèses dans lesquelles les juridictions étatiques statueraient sur un litige en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage valide. Ces atteintes à l'efficacité de la convention d'arbitrage pourraient conduire à une certaine relativité de son effet dans l'espace OHADA et pourraient, à terme, porter atteinte à l'objectif affiché de sécurité judiciaire de l'environnement OHADA.

A première vue, la question qui devrait se poser est celle de savoir quel sort devrait être réservé à la priorité de l'arbitrage et à l'efficacité de la convention d'arbitrage. Les développements qui suivent seront principalement prospectifs étant donné que le législateur OHADA s'est contenté de poser le principe de la priorité de l'arbitrage sans toutefois envisager les hypothèses de conflits entre la juridiction étatique et la juridiction arbitrale. Or, ces hypothèses qui constituent autant d'atteintes à l'efficacité de la convention d'arbitrage pourraient ne pas demeurer de l'ordre du cas d'école. Il faudrait donc savoir comment elles pourraient être résolues. Pour cela, il importe de faire la distinction en fonction de la nature de ces atteintes.

[239] Cf. *Dictionnaire Le Littré*.
[240] Cf. *Dictionnaire Le Petit Robert*.
[241] Article 23 du Traité, article 13 AUA

Certaines de ces atteintes sont justifiées par la nécessité[242] car, « l'arbitrage ne peut pas être totalement soustrait de l'emprise des juridictions étatiques »[243]. En effet, l'arbitre n'ayant pas d'*imperium*, l'Etat doit exercer son contrôle sur la sentence afin de la rendre exécutoire sur son territoire. En outre, l'arbitrage a parfois besoin pour son organisation et son déroulement de l'appui du juge étatique[244] désigné comme « le juge naturel de l'arbitrage »[245]. En revanche, d'autres atteintes à l'efficacité de la convention d'arbitrage, véritables manœuvres d'obstruction à sa force obligatoire doivent être dénoncées. Mais avant d'exposer quelles sont les atteintes à l'efficacité de la convention d'arbitrage (I), il convient de revenir sur l'affirmation par le droit OHADA de l'efficacité de la convention d'arbitrage (II).

L'affirmation par le droit OHADA de l'efficacité de la convention d'arbitrage

L'efficacité de la convention d'arbitrage s'apprécie à l'égard des parties (A) et à l'égard du juge et de l'arbitre (B).

L'efficacité de la convention d'arbitrage à l'égard des parties

La doctrine a défini arbitrage comme un contrat par lequel les parties se donnent un juge qui agit après sa désignation comme un véritable magistrat[246] ou encore comme « l'accord par lequel les parties décident de soumettre un litige qui les oppose à des arbitres »[247].Ce contrat prend sa source dans un autre contrat : la convention d'arbitrage[248] qui va fonder l'arbitrage[249] ; à défaut, il ne peut y avoir d'arbitrage[250]. En tant que contrat, la convention d'arbitrage obéit aux règles générales qui gouvernent le droit des contrats. Notamment celle de la force obligatoire des contrats tirée de l'article 1134 du Code civil aux termes duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi ». Pierre Meyer a justement considéré que par la convention d'arbitrage, les « parties s'obligent à faire trancher par un ou plusieurs

[242] Ancel J-P, « Le contrôle de la sentence » in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Vol. I, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 189 et s. spéc. p. 189. L'auteur y affirme qu'il ne saurait y avoir de bon arbitrage sans bon juge.

[243] Malle A., « La coopération du juge lors de la procédure arbitrale », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en A frique*, *op.cit.* pp. 185 et s. spé. *p.* 185.

[244] Cf. Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 915 ; Belibi J. et Kenfack-Douajni G., « Le juge d'appui dans l'arbitrage OHADA », *Revue de l'ERSUMA*, n° spécial Novembre/Décembre 2011, pp ; 51-58 spéc. p. 51.

[245] Jarrosson Ch. et Pellerin J., « Le droit français de l'arbitrage près le décret du 13 janvier 2011 », *R.A* 2011 n° 1 pp. 2 et s. spéc. p. 23

[246] Motulsky H., *Ecrits et Notes de procédure*, Dalloz, 1974.

[247] Meyer P., *OHADA Droit de l'arbitrage*, Bruylant, 2002, p. 16.

[248] Qu'il s'agisse de la clause compromissoire ou du compromis. L'AUA ne fait pas de différence entre ces deux formes de convention, il ne dispose que de la « convention d'arbitrage » sans davantage de précisions, contrairement au Traité et au Règlement d'arbitrage de la CCJA.

[249] Cf. article 2 AUA qui vise la condition de l'arbitrabilité du litige et l'article 3 AUA relatif à la forme de la convention d'arbitrage.

[250] Cf. art. 9 RA, « Lorsque *prima facie* il n'existe pas entre les parties de convention d'arbitrage visant l'application du présent règlement, si la défenderesse décline l'arbitrage de la Cour, ou ne répond pas dans le délai de 45 jours ... la partie demanderesse est informée par le Secrétariat général qu'il se propose de saisir la Cour en vue de la voir décider que l'arbitrage ne peut avoir lieu ».

arbitres des litiges susceptibles de les opposer ou qui les opposent déjà »[251]. C'est l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage.

Par le choix de l'arbitrage, les parties décident de soustraire leurs contrats de l'influence des ordres juridiques nationaux et de leurs juridictions[252]. Dès lors que la convention d'arbitrage est valable, elle s'impose aux parties qui sont tenues de soumettre leurs différends contractuels à l'arbitrage à l'exclusion de tout autre mode de règlement des litiges. Cette règle s'impose même si l'une de ces parties est un Etat, une collectivité publique ou un établissement public[253]. Ces personnes ne pouvant, pour éviter l'application de la convention d'arbitrage, invoquer « leur propre droit pour l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage »[254]. L'Etat ne peut donc plus paralyser la convention d'arbitrage à laquelle il est partie et à laquelle il a librement consenti[255].

A l'égard des parties, l'efficacité de la convention d'arbitrage signifie l'obligation pour elles de soumettre le litige à l'arbitre. La force obligatoire de la convention d'arbitrage et la primauté de l'arbitre se déduisent clairement de la lecture de la législation OHADA relative à l'arbitrage. Nous pouvons citer les dispositions de l'Acte uniforme relatives à la constitution du tribunal arbitral, l'article 5 de l'Acte uniforme qui organise une procédure destinée à contourner la tentative de blocage du processus arbitral[256], s'agissant de l'arbitrage CCJA, les dispositions du Règlement d'arbitrage portant sur la demande d'arbitrage et la constitution du tribunal arbitral[257].

En vertu du principe de la force obligatoire des conventions, les parties ont l'obligation de déférer aux arbitres les litiges définis par la convention d'arbitrage. Il n'est porté atteinte à ce principe que de façon exceptionnelle, notamment lorsque la clause est manifestement nulle[258]. Il a été ainsi jugé que des parties ayant donné compétence à la Chambre de commerce internationale pour connaître de tout litige ou contestation pouvant provenir de l'application ou de l'interprétation du Protocole d'accord et de son annexe, « tout juridiction étatique saisi d'un tel litige doit se déclarer incompétente conformément aux dispositions de l'article 13

---

[251] Meyer P., *op.cit.* n° 122, p. 77.

[252] Cf. Robert J., *L'arbitrage, droit interne, droit international privé,* 6e éd., Dalloz, 1993, n° 1. L'auteur y définit l'arbitrage comme « l'institution d'une justice privée grâce à laquelle les litiges sont soustraits aux juridictions de droit commun, pour être résolus par des individus revêtus, pour la circonstance, de la mission de les juger ».

[253] On peut déduire des termes non restrictifs de l'article 2 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage l'aptitude à compromettre des personnes morales de droit public : « Toute personne physique ou morale peut recourir à l'arbitrage sur les droits dont elle a la libre disposition ».

[254] Article 2 AUA. Cette disposition reprend le principe général de l'*estoppel* (une application du principe de bonne foi), qui veut que la partie qui compromet ne peut se retrancher derrière son ordre public interne pour échapper à l'arbitrage. Il n'existe pas de disposition équivalente ni dans le Traité ni dans le règlement d'arbitrage de la CCJA. Mais l'on peut supposer que le même principe s'applique également dans l'arbitrage CCJA.

[255] Meyer P., *op.cit.* p. 97.

[256] C'est le cas où, une des parties, après avoir accepté la convention d'arbitrage refuse par exemple de nommer un arbitre ; cette nomination se fait alors par le juge d'appui de l'arbitrage à la demande de l'autre partie. V. aussi l'article 3.1 R.A CCJA.L'article 10.2 R.A. CCJA prévoit quant à lui que si « une des parties refuse ou s'abstient de participer à l'arbitrage, celui-ci a lieu nonobstant ce refus ou cette abstention ».

[257] Articles 3 et 5 du R.A.CCJA.

[258] Cf. art. 10.2 AUA, art. 13 AUA.

alinéas 1 et 2 »[259] de l'AUA. Dans la même affaire, la Cour suprême de Côte d'Ivoire avait précédemment jugé que viole la loi la Cour d'Appel qui retient sa compétence alors que les parties étaient convenues « de soumettre tout litige ou contestation pouvant provenir de l'application ou de l'interprétation de la présente convention à une procédure d'arbitrage selon les règlements de la Chambre de Commerce Internationale »[260].

L'efficacité de la convention d'arbitrage à l'égard de l'arbitre et du juge étatique

A l'égard de l'arbitre l'efficacité de la convention d'arbitrage tient de ce que cette convention est la source de ses pouvoirs juridictionnels. Si l'une des parties venait à contester les pouvoirs de l'arbitre en prenant pour prétexte l'invalidité de la convention d'arbitrage, il appartiendrait à l'arbitre de statuer sur la question. L'article 11 de l'Acte uniforme portant droit de l'arbitrage énonce en effet que : « le tribunal arbitral statue sur sa compétence, y compris sur toutes les questions relatives à l'existence et la validité de la convention d'arbitrage » ; ceci en vertu du principe de la « compétence-compétence »[261]. Ce principe permet à l'arbitre de ne pas être soumis aux contestations et aux manœuvres des parties visant à limiter l'efficacité de la convention d'arbitrage.

S'agissant du juge étatique, l'efficacité de la convention d'arbitrage se traduit par son incompétence. Au-delà du respect qu'il doit à la convention d'arbitrage, la signature d'une telle convention a surtout pour effet de le rendre incompétent pour connaître à titre principal du contentieux de la clause et du fond du litige[262]. Lorsque les parties sont convenues de soumettre leurs différends à un arbitrage, il doit y avoir exclusivité de la procédure arbitrale vis-à-vis des juridictions étatiques. « En présence d'une convention d'arbitrage qui n'est pas manifestement nulle ou inapplicable, le juge est invité à renvoyer les parties à l'arbitrage, de façon à mettre les arbitres en mesure de statuer les premiers sur la question de la validité et de la portée de la convention d'arbitrage, sous le contrôle ultérieur du juge de l'annulation ou du juge de l'*exequatur* »[263]. Cette obligation, prévue par les principales conventions internationales relatives à l'arbitrage[264] est reprise par le droit OHADA notamment dans

[259] Arrêt CCJA, 1er ch. arrêt n° 12 du 24 février 2005, Société de Manufacture de Côte d'Ivoire dit MACACI c/ May Jean-Pierre, www.ohada.com Ohadata J-05-357.
[260] Cf. CS ch. judiciaire, arrêt n° 230 du 12 avril 2001, Société MACACI c/ May Jean-Pierre, www.ohada.com Ohadata J-02-170.
[261] Article 11 AUA.
[262] Niboyet M-L, de Geouffre de La Pradelle G., *Droit international privé*, 2e éd. L.G.D.J, Paris, 2009, n° 368, p. 325.
[263] Gaillard E., « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'arbitrage international », sur le site http://www.courdecassation.fr/IMG/File/pdf_2007/13-03-2007/13-07-2007_gaillard

[264] Art. II § 3 Convention de New-York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères à laquelle sont parties la plupart des Etats parties au Traité OHADA : « Le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu une convention au sens du présent article, renverra les parties à l'arbitrage », art. 8 de la loi-type de la CNUDCI : « le tribunal saisi d'un différend sur une question faisant l'objet d'une convention d'arbitrage renverra les parties à l'arbitrage si l'une d'elles le demande au plus tard lorsqu'elle soumet ses premières conclusions quant au fond du différend », art. VI § 3 de la Convention de Genève 1961. Voir aussi article 1448 CPC français.

l'article 23 du Traité[265] et dans l'article 13 de l'AUA dont l'alinéa 1er dispose que « lorsqu'un litige, dont le tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente ».

Malgré l'incompétence de principe du juge étatique, son intervention est cependant quelquefois utile. L'implication du juge étatique dans la procédure arbitrale ne contredit pas son devoir d'abstention. Si le juge est amené à intervenir, il le fait à la demande des parties, non pour exercer une éventuelle tutelle sur l'arbitrage, mais pour consolider un arbitrage fragilisé par la survenance d'une difficulté.

L'incompétence de la juridiction étatique en présence d'une convention d'arbitrage nous apparaît logique en raison de la spécificité de ce type de convention. Celle-ci vise en effet à exclure le contrat de l'influence des ordres juridiques nationaux et de leurs tribunaux.

L'incompétence de la juridiction étatique pose toutefois quelques difficultés. D'une part, elle est limitée aux juridictions étatiques des Etats parties au Traité. Cela veut dire que si une telle règle n'est pas posée dans un Etat hors OHADA, l'exclusivité de la compétence du tribunal arbitral ne s'applique pas. Il faudrait alors éventuellement recourir aux conventions internationales signées par l'Etat dont relèvent les juridictions concernées[266]. D'autre part, la déclaration d'incompétence des juridictions étatiques n'est pas automatique[267]. En effet, conformément à l'article 13 al 3 AUA, « la juridiction étatique ne peut d'office relever son incompétence ». Il faut un acte positif de l'une des parties[268]. Il pourrait arriver que l'une d'elles décide de saisir le juge étatique et que l'autre n'excipe pas de l'exception d'incompétence. Dans ce cas, c'est à bon droit que le juge rendra une décision en lieu et place de l'arbitre. Une telle abstention pouvant alors être comprise comme une renonciation tacite à l'arbitrage.

La CCJA a eu l'occasion d'affirmer qu'une clause d'arbitrage insérée dans le protocole d'accord constituant une défense à toute réclamation judiciaire de la prétendue créance, la juridiction étatique saisie d'un litige qui relève de la compétence d'un tribunal arbitral en vertu d'une convention d'arbitrage, ne peut décliner sa compétence qu'à la condition que l'une des parties lui en ait fait la demande. Pour rejeter la branche du pourvoi, la juridiction supranationale a décidé que, le « demandeur au pourvoi n'ayant pas soulevé l'incompétence

[265] Selon l'article 23 du Traité, « Tout tribunal d'un Etat partie saisi d'un litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage se déclarera incompétent si l'une des parties le demande et renverra, le cas échéant à la procédure d'arbitrage prévue au présent Traité ».

[266] Auriol T. M., « Le centre d'arbitrage OHADA : formation et effets de la convention d'arbitrage », *RDAI*, n° 8, 2000, pp. 999 et s. spéc. p. 1009.

[267] Contrairement à ce que laissent supposer les termes de l'article 1448 al. 1er CPC français qui dispose : « Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente ».

[268] Art. 23 R

de la juridiction saisie, la Cour d'Appel d'Abidjan n'a en rien violé les règles régissant la matière des conventions »[269].

L'interdiction faite au juge de connaître du fond des litiges visés par une convention d'arbitrage semble être respectée par les juridictions des Etats parties au Traité. Ainsi, la Cour d'Appel de Ouagadougou a affirmé que « Lorsque les parties ont expressément prévu la voie de l'arbitrage pour le règlement des différends, c'est à bon droit que la juridiction étatique s'est déclarée incompétente en application de l'article 13 AUA»[270]. De même le juge camerounais a jugé « qu'en application de l'article 13 AUA, le tribunal saisi doit se déclarer incompétent »[271]. La CCJA n'a fait que conforter ces différentes positions jurisprudentielles nationales lorsqu'elle a décidé, en se fondant sur les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 13 AUA que, la clause d'arbitrage insérée dans un protocole d'accord constitue une défense à toute réclamation judiciaire de la prétendue créance[272].

Les atteintes à l'efficacité de la convention d'arbitrage

Aux termes de l'article 13 al 1er *in fine* AUA, lorsque le tribunal arbitral est déjà saisi, le juge ne peut soulever d'office son incompétence. Il se déduit de cette disposition que le principe de l'incompétence du juge étatique n'est pas d'ordre public. Ce qui donne un caractère relatif à la primauté de l'arbitrage. Cela pourrait sans doute expliquer certains tempéraments à l'efficacité de la convention d'arbitrage qui constituent autant de brèches à la suprématie de l'arbitrage. Si pour certaines d'entre elles, il s'agit d'atteintes justifiées à l'efficacité de la convention d'arbitrage (A), d'autres en revanche, véritables manœuvres d'obstruction à la force obligatoire de la convention d'arbitrage doivent être dénoncées car elles constituent des atteintes injustifiées à l'efficacité de la convention d'arbitrage (B).

Les atteintes justifiées à l'efficacité de la convention d'arbitrage

Le principe de l'incompétence des juridictions étatiques en présence d'une convention d'arbitrage est relatif. Il existe des hypothèses dans lesquelles la juridiction étatique interviendra en toute « légalité ». L'intervention du juge peut être justifiée par le respect de l'ordre public.

En certaines matières, il y a atteinte à la liberté des parties en raison de l'extension de l'ordre public. C'est le cas notamment en matière pénale, en matière de divorce ou encore en matière de procédures collectives. Dans les deux premiers cas, l'intervention du juge étatique est alors fondée sur l'inarbitrabilité du litige[273]. Dans le cadre des procédures collectives, la

[269] CCJA 1er ch, arrêt n° 9 du 29 juin 2006, affaire FKA c/ HAM, sur www.ohada.com Ohadata J-07-23.

[270] CA de Ouagadougou, Ch. civile et commerciale, arrêt n° 116 du 19 mai 2006, Kabou Henriette (BTM) c/ Société Sahel Compagnie (SOSACO), sur www.ohada.com Ohadata J-09-25.

[271] TGI de la Mifi, jugement n° 79/civ du 1er août 2006, Commercial Bank of Cameroun (CBC) c/ Kenmogne, sur www.ohada.com Ohadata J-07-70.

[272] CCJA, 1er ch., arrêt n° 9 du 29 juin 2006, affaire FKA c/ HAM, sur www.ohada.com précit.

[273] C'est le cas lorsque le litige porte sur un droit dont les parties n'ont pas la libre disposition. Cf. article 2 AUA.

volonté des parties et la force obligatoire du contrat s'effacent devant l'intérêt supérieur de sauvegarde de l'entreprise[274]. C'est ainsi qu'il a été décidé que l'objet de la procédure collective étant « d'organiser de façon collective toutes les procédures de règlement en vue de l'apurement du passif de l'entreprise, ..., (elle) revêt un caractère d'ordre public d'où l'intervention de plus en plus croissante du ministère public ; que dès lors, la clause compromissoire qui lie uniquement les parties à la convention ne saurait prospérer dans le cas d'espèce »[275].

L'intervention de la juridiction étatique est également justifiée lorsqu'elle permet de trancher une difficulté pour rendre la justice arbitrale efficace. Il n'y pas atteinte au caractère contractuel de l'arbitrage ; le juge intervient à la demande des parties pour faire respecter leur volonté.

Nous verrons de quelle façon se manifeste l'intervention du juge en tant que juge d'appui dans l'arbitre OHADA (1) puis, en cas de nullité manifeste de la convention d'arbitrage[276] (2) ou en cas d'urgence reconnue et motivée (3).

L'intervention du juge d'appui dans l'arbitre OHADA

Bien que l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage soit limité aux parties[277], le juge étatique est également tenu par l'effet obligatoire de la convention d'arbitrage. Il doit en effet veiller à ce que ladite convention reçoive sa pleine efficacité. Les parties ayant exprimé leur volonté de ne pas soumettre leur différend à un tribunal étatique, le juge doit veiller à ce que les parties respectent ce dont elles sont convenues. Le juge étatique se fait ainsi juge d'appui, « serviteur » de la convention d'arbitrage.

Certes, les parties ont exprimé leur volonté de ne pas soumettre leur différend à un tribunal étatique, mais, le juge doit veiller à ce que les parties respectent leur obligation de recourir à l'arbitrage. Il doit faire en sorte que ladite convention reçoive sa pleine efficacité en contribuant le cas échéant à la mise en place du tribunal arbitral ou au déroulement de la procédure arbitrale. L'intervention du juge étatique a pour objet de donner effet à la volonté des parties de voir leur différend jugé par un ou plusieurs arbitres. Le juge doit donc user de

[274] Stagnoli N., *Les atteintes de la procédure collective à la liberté contractuelle*, Mémoire de DEA, Droit des affaires, 2002-2003, sur http://www-cde.u-strasbg.fr/da/da/AnnexesMemoire; Kenfack Douajni G., « Arbitrage et procédures collectives dans l'espace OHADA », *Penant* n° 870, janv.-mars 2010, pp. 103-111. L'auteur distingue selon que l'on se trouve dans le cadre du règlement préventif ou dans les cadres du règlement judiciaire et de la liquidation des biens. Dans la première hypothèse, la règle de la suspension ou l'interdiction des poursuites (art. 22 Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, ci-après AUPC) s'applique également aux demandes d'arbitrage. Dans la seconde hypothèse, aucune demande d'arbitrage ne peut plus être introduite contre le débiteur postérieurement d'ouverture et toutes les procédures arbitrales entamées sont suspendues (article 75 al 1 AUPC). En revanche, les créances contractées postérieurement au jugement d'ouverture dans l'intérêt du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens peuvent donner lieu à l'introduction et à la mise en œuvre d'une procédure arbitrale en vue de leur paiement.

[275] Cour d'Appel de Ouagadougou, chambre civile et commerciale, arrêt n° 52 du 16 avril 2004, SOSACO c/ Kabore Henriette (BTM) Bureau d'Assistance Technique et Economique (BATEC SARL) et Entreprise Dar-Essalam, sur le site www.ohada.com Ohadata J-04-375.

[276] Cf. TPI de Lomé, ch. civ. t com., Aff. STAR c/ CFAO SFC, précit.

[277] En vertu du principe de l'effet relatif des conventions prévu à l'article 1165 C.civ.

tout son pouvoir pour que le tribunal arbitral soit constitué. Saisi par la partie la plus diligente, il doit faire comparaître les parties au litige pour s'assurer de leur collaboration dans la désignation du nombre d'arbitres devant constituer le tribunal arbitral. Il leur accordera éventuellement des délais en vue de procéder à la désignation de leur arbitre[278].

Dans ce sens, l'article 5 de l'AUA prévoie que le juge étatique veille à l'exécution de la convention d'arbitrage en cas de résistance de l'une des parties. Il est alors « serviteur » de la convention d'arbitrage. Le juge étatique intervient au début de la procédure lorsque les parties ne parviennent pas à constituer le tribunal arbitral, lors du déroulement de la procédure arbitrale et à l'occasion des recours contre la sentence.

Il peut ainsi se substituer momentanément à un arbitre empêché ou non encore désigné. Si les parties ne sont pas convenues d'une procédure en vue de pourvoir à ce remplacement et si le tribunal arbitral ne parvient pas à résoudre la difficulté, il appartient au juge étatique d'intervenir, à la demande de la partie la plus diligente[279]. De même, le juge d'appui peut intervenir lorsque l'une des parties souhaite obtenir des mesures provisoires ou conservatoires. Cette intervention est organisée aussi bien par l'AUA que par le Règlement d'arbitrage de la CCJA[280].

Prévue dans la plupart des textes sur l'arbitrage, cette assistance technique[281] est également organisée en droit OHADA ; qu'il s'agisse de l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage ou du Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Ces textes, qui sont le fondement de l'arbitrage OHADA prévoient en effet l'intervention du juge d'appui dans le processus arbitral: lors de la constitution du tribunal arbitral et pendant l'instance arbitrale (a) ainsi, qu'après le prononcé de la sentence arbitrale (b).

L'intervention du juge d'appui lors de la constitution du tribunal arbitral et pendant l'instance arbitrale

Aux termes de l'article 5 de l'AUA, les parties procèdent à la constitution du tribunal arbitral[282]. Mais, en cas de défaillance de l'une d'elles pour la désignation d'un arbitre, le juge d'appui prend le relais[283]. Le juge saisi par la partie la plus diligente doit faire

[278] Article 5 AUA. Cf. Kenfack Douajni G., « Le juge étatique dans l'arbitrage OHADA », *R.C.A.* n° 12, janvier-février-mars 2001, p. 3.

[279] Cf. articles 7 et 8 AUA.

[280] Cf. *infra*. V. article 13 al 3 AUA et article 10 alinéa 5-3 RA CCJA. Le Règlement d'arbitrage prévoit la possibilité pour une des parties de saisir l'autorité judiciaire compétente en cours de procédure arbitrale, « au cas où l'urgence de mesures provisoires et conservatoires demandées ne permettrait pas à l'arbitre de se prononcer en temps utile ».

[281] Fouchard Ph., « La coopération du Président du Tribunal de Grande Instance », *R.A* 1985, pp. 5 et s. spéc. p. 9

[282] Art. 5 AUA, « Les arbitres sont nommés, révoqués ou remplacés conformément à la convention des parties ».

[283] Article 5 al. 2 a) AUA : « .... en cas d'arbitrage par trois arbitres, chaque partie nomme un arbitre et les deux autres arbitres ainsi nommés choisissent un troisième arbitre ; si une partie ne nomme pas un arbitre dans un délai de trente jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie, ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième arbitre dans un délai de trente jours à compter de leur

comparaître les parties au litige pour s'assurer de leur collaboration dans la désignation du nombre d'arbitres devant constituer le tribunal arbitral. Il leur accordera éventuellement des délais en vue de procéder à la désignation de leur arbitre[284].

Au moment de la constitution du tribunal arbitral, l'assistance du juge d'appui est conditionnée par les défauts ou les insuffisances de la convention d'arbitrage. C'est le cas notamment lorsque la convention d'arbitrage est incomplète c'est-à-dire ne permet pas la désignation des arbitres. Le juge étatique va également intervenir pour compléter le nombre des arbitres afin de faire respecter la règle le l'imparité posée par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage[285]. Il interviendra aussi pour reconstituer le tribunal arbitral à la suite de la récusation, de l'incapacité, du décès, de la démission ou de la révocation d'un arbitre[286]. Si les parties n'ont pas organisé la procédure de récusation, « *le juge compétent dans l'Etat partie statue sur la récusation* » (article 7 al. 2 AUA).

Dans l'arbitrage CCJA, le rôle du juge d'appui, dans la mise en place du tribunal arbitral, incombe à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage qui intervient alors non pas en tant que juridiction mais comme centre d'arbitrage. La Cour procède ainsi, en lieux et place des parties ou même des arbitres, à la nomination des arbitres. Elle examine les demandes de récusation, de remplacement pour cause de démission, d'incapacité ou de décès d'arbitres (articles 3 et 4 RA CCJA).

Au cours de l'instance arbitrale, le juge d'appui est également sollicité. C'est le cas lorsque la nécessité de remplacer un arbitre se fait sentir en cours de procédure. Si les parties ne sont pas convenues d'une procédure en vue de pourvoir à ce remplacement et si le tribunal arbitral ne parvient pas à résoudre la difficulté, il appartient au juge étatique d'intervenir, à la demande de la partie la plus diligente (articles 7 et 8 AUA). De même, le juge d'appui peut intervenir lorsque l'une des parties souhaite obtenir des mesures provisoires ou conservatoires. Son intervention est organisée par l'AUA (article 13 al. 3) ainsi que par le Règlement d'arbitrage de la CCJA[287].

Hormis son intervention lors de la constitution du tribunal arbitral et pendant l'instance, l'assistance judiciaire du juge d'appui est également requise après le prononcé de la sentence.

---

désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par le juge compétente dans l'Etat-partie. b) en cas d'arbitrage par un arbitre unique, si les parties ne peuvent s'accorder sur le choix de l'arbitre, celui-ci est nommé, sur la demande d'une partie, par le juge compétent dans l'Etat-partie ».

[284] Cf. Kenfack Douajni G., « Le juge étatique dans l'arbitrage OHADA », *R.C.A.* n° 12, janvier-février-mars 2001, p. 3.

[285] Aux termes de l'article 8 al. 1 AUA, « Le tribunal est constitué soit d'un seul arbitre, soit de trois arbitres ».
[286] Article 8 al. 3 AUA.

[287] Cf. *infra*. Article 10 alinéa 5-3 RA CCJA. Le Règlement d'arbitrage prévoit la possibilité pour une des parties de saisir l'autorité judiciaire compétente en cours de procédure arbitrale, « au cas où l'urgence de mesures provisoires et conservatoires demandées ne permettrait pas à l'arbitre de se prononcer en temps utile ».

L'intervention du juge d'appui après le prononcé de la sentence arbitrale

De façon générale, le prononcé de la sentence dessaisit l'arbitre du litige[288]. Il peut toutefois être appelé à interpréter sa sentence, la rectifier en cas d'erreur matérielle ou encore la compléter par une sentence additionnelle en cas d'omission à statuer. Mais si le tribunal arbitral ne peut plus être réuni, ce pouvoir appartient au juge étatique[289] qui se contente de procéder à un contrôle formel de la sentence.

Ce contrôle vise à vérifier l'existence de la sentence et à s'assurer qu'elle n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international des Etats parties. C'est le résultat de cet examen qui motivera la décision du juge d'accorder ou non la reconnaissance et l'exequatur à la sentence (article 31 al.3 AUA). Après le prononcé de la sentence, la CCJA est alors seule compétente pour statuer sur l'*exequatur* (article 30 RA CCJA) ou sur les recours contre ladite sentence[290].

La déclaration d'incompétence des juridictions étatiques n'est pas automatique[291]. En effet, conformément à l'article 13 al 3 AUA, « la juridiction étatique ne peut d'office relever son incompétence ». Il faut un acte positif de la part de la partie qui excipe de l'incompétence du juge étatique[292].

Au-delà du respect qu'il doit à la convention d'arbitrage, la signature d'une convention d'arbitrage a surtout pour conséquence l'incompétence du juge étatique; c'est l'effet négatif de la convention d'arbitrage. Cet effet consiste à interdire au juge étatique de connaître à titre principal du contentieux et de connaître du fond du litige[293]. Lorsque les parties sont convenues de soumettre leurs différends à un arbitrage, il y a en principe exclusivité de la procédure arbitrale vis-à-vis des procédures judiciaires. La règle est doublement affirmée par le droit OHADA de l'arbitrage dans les articles 23 du Traité et 13 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage[294].

La CCJA a eu l'occasion d'affirmer que la clause d'arbitrage insérée dans un protocole d'accord constituant une défense à toute réclamation judiciaire de la prétendue créance, la juridiction étatique saisie d'un litige qui relève de la compétence d'un tribunal arbitral en

---

[288] Article 22 AUA : « La sentence dessaisit l'arbitre du litige ».

[289] Article 22 al. 3 AUA. En revanche, dans l'arbitrage CCJA, si la demande de rectification ou d'interprétation ne peut être transmise au juge qui a statué, la CCJA, dans sa formation administrative, désigne un nouvel arbitre, (cf. article 26 RA CCJA).

[290] Cf. article 29 RA CCJA (recours en contestation de validité) ; article 32 RA CCJA (recours en révision) ; article 33 RA CCJA (recours en opposition).

[291] Contrairement à ce que laissent supposer les termes de l'article 1448 al. 1er CPC français (nouvelle numérotation adoptée par le Décret n°2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage en France, entré en vigueur le 1er mai 2011) qui dispose : « *Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente* ».

[292] Art. 23 du Traité : « Tout tribunal d'un Etat Partie saisi d'un litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage se déclarera incompétent si l'une des parties le demande et renverra, le cas échéant à la procédure d'arbitrage prévue au présent Traité ». V. aussi art. 13 AUA.

[293] Niboyet M-L, de Geouffre de La Pradelle G., *Droit international privé*, 2e éd. L.G.D.J, Paris, 2009, n° 368, p. 325.

[294] *Cf. supra*.

vertu d'une convention d'arbitrage ne peut décliner sa compétence qu'à la condition que l'une des parties lui en ait fait la demande. En l'espèce, le « demandeur au pourvoi n'ayant pas soulevé l'incompétence de la juridiction saisie, la CA d'Abidjan n'a en rien violé les règles régissant la matière des conventions »[295].

Hormis son intervention justifiée par sa qualité de juge d'appui de l'arbitrage, le juge étatique va être amené à intervenir en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage en cas d'urgence reconnue et motivée ou encore, lorsque la convention d'arbitrage est manifestement nulle.

La nullité manifeste de la convention d'arbitrage

L'incompétence de la juridiction étatique trouve une exception en cas de nullité manifeste de la convention d'arbitrage[296] comme le prévoit l'article 13 alinéa 2 de l'Acte uniforme sur l'arbitrage[297].

La notion de nullité manifeste n'est pas nouvelle. Le législateur OHADA ne fait que reprendre les termes de l'article 1448 du Code français de procédure civile[298] sans toutefois définir la notion de nullité manifeste. L'absence de définition législative pousse alors à recourir à la doctrine. Celle-ci[299] s'accorde sur la nécessité d'une interprétation stricte de l notion de nullité manifeste. Il doit s'agir « d'une nullité évidente et incontestable qu'aucune argumentation sérieuse n'est en mesure de mettre en doute »[300]. Pour être retenue, cette défense d'irrecevabilité doit être constatée *prima facie*, de façon évidente[301]. Le moindre doute sur la nullité de la convention d'arbitrage laisse subsister la compétence du tribunal arbitral. La juridiction étatique saisie ne doit mener aucune investigation[302] ni analyse[303]. Il

[295] CCJA 1er ch, arrêt n° 9 du 29 juin 2006, affaire FKA c/ HAM, sur le site www.ohada.com Ohadata J-07-23.
[296] Cf. TPI de Lomé, ch. civ. t com., Aff. STAR c/ CFAO SFC, *in R.C.A* n° 22, juillet-août-septembre 2003, pp. 24 et s.
[297] Art. 13 al.2 AUA : « si le tribunal n'est pas encore saisi, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ».

[298] Selon la nouvelle numérotation adoptée par le Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage en France, entré en vigueur le 1er mai 2011 : « Lorsqu'un litige portant relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant la juridiction d'un Etat, celle-ci se déclare incompétente, sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite ». Alors qu'en droit de l'arbitrage OHADA seul la nullité manifeste de la convention d'arbitrage autorise la juridiction étatique à se déclarer compétente, le droit positif français ajoute à cette condition celle de l'inapplicabilité manifeste. Cf. Cass, 1er civ 26 juin 2001, *G.P*, n° 347 p. 26, note M-L Niboyet. Exemple d'inapplicabilité manifeste, cf. Cass.1er civ. 11 juillet 2006, *R.A* 2006, p. 979. « La Cour d'appel, qui n'a pas eu à procéder à une quelconque investigation, a exactement déduit que la clause compromissoire, contenue aux avant-contrats qu'étaient les réservations de fret avait été remplacée, par une nouvelle expression de la volonté des parties, par les stipulations des connaissements, de sorte qu'elle était devenue manifestement inapplicable ».

[299] Robert J., Moreau B., *L'arbitrage droit interne, droit international privé*, 5e éd. Dalloz 1983, p. 106.
[300] Fouchard Ph., *op.cit.* p. 275.
[301] De Boisseson M., *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, 2e éd. GLN-JOLY, Paris, 1990 n° 93.
[302] Cf. à propos de l'inapplicabilité manifeste des clauses compromissoires, Hausmann C., Griffin J., « « Inapplicabilité manifeste » des clauses compromissoires » *in La Revue Hammonds*, sur http://larevue.hamonds.fr; Cass. 1er civ, 11 février 2009, *RA* 2009, p. 156, note F-X Train.
[303] Issa-Sayegh J. *Répertoire quinquennal OHADA*, 2000-2005, p. 197.

s'agit ici de faire barrage à d'éventuelles manœuvres dilatoires d'une partie qui engagerait un arbitrage tout en sachant que cette procédure sera vouée à l'échec parce que la convention d'arbitrage est nulle. Il est possible de citer quelques exemples de nullité manifeste tirés de la jurisprudence. C'est ainsi qu'une convention d'arbitrage sera considérée comme manifestement nulle lorsque la convention d'arbitrage a déjà été déclarée nulle, est inexistante ou si le litige porte sur une matière inarbitrable[304]. Toutefois, l'insuffisance de la clause, son obscurité ou son incompatibilité avec d'autres clauses contractuelles ne sont pas constitutifs de la nullité manifeste. C'est à la partie qui invoque la nullité manifeste qu'il appartient de démontrer le caractère manifestement nul de la convention d'arbitrage.

Mais l'incompétence de la juridiction étatique en présence d'une convention d'arbitrage n'est que relative. Le juge ne peut pas relever d'office son incompétence. Il faut que l'une des parties ait excipé de l'incompétence du juge[305]. A défaut, il faudrait considérer que les parties ont renoncé à se prévaloir de la convention d'arbitrage.

L'article 13 AUA opère une distinction selon que le tribunal arbitral est déjà saisi ou non. Aux termes de l'article 13 alinéa 2 de l'AUA, « Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction étatique doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ». Le législateur OHADA a limité le domaine d'application de l'article 13 alinéa 2 AUA. La nullité manifeste ne joue que lorsque « le tribunal arbitral n'est pas encore saisi ». Il faudrait donc établir à quel moment l'on devrait considérer que le tribunal arbitral est saisi. Est-ce à la date de la signature de la convention d'arbitrage ou au jour de l'action de la partie la plus diligente[306] ou encore au jour de l'acceptation de leur mission par les arbitres ?

Les termes de l'article 10 alinéa 2 AUA peuvent apporter quelques éléments de réponse à ces questions lorsqu'ils énoncent de façon explicite que « L'instance arbitrale est liée dès le moment où l'une des parties saisit le ou les arbitres conformément à la convention d'arbitrage, ou, à défaut d'une telle désignation, dès que l'une des parties engage la procédure de constitution du tribunal arbitral ». Mais encore faut-il que l'arbitre ou les arbitres aient accepté leur mission[307]. Dans ce cas, comme en matière judiciaire, il semblerait que les arbitres soient saisis de façon automatique dès lors qu'une des parties procède à une demande formelle.

Outre l'hypothèse de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage, l'intervention du juge étatique peut être justifiée par l'urgence.

---

[304] Pour écarter un protocole d'accord prévoyant un arbitrage entre les parties et retenir la compétence du juge étatique, la Cour d'Appel de Douala statuant en matière pénale s'est fondée sur le respect de l'ordre public et sur les termes de l'article 2 AUA qui prévoient que l'arbitrage ne porte que sur les droits dont on a la libre disposition. Cf. CA du Littoral, Arrêt n° 171/P du 1er décembre 2005, Ministère public et Happy Jacqueline Madjoundom c/ Daleu Diabe Moïse.

[305] Cf. article 13 alinéa 3 AUA. « En tout état de cause la juridiction étatique ne peut relever d'office son incompétence ».

[306] Cf. *supra*.

[307] 7 1 AUA.

L'intervention de la juridiction étatique en cas d'urgence reconnue et motivée

La compétence exceptionnelle de la juridiction étatique trouve son fondement dans la nature de la décision à intervenir. Pour justifier l'intervention de la juridiction étatique de l'urgence en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage, trois conditions doivent être réunies : d'abord, le juge saisi doit être appelé à prononcer une mesure provisoire[308] ou conservatoire. Ces mesures sont celles relatives à l'administration ou à la conservation de la preuve[309], des mesures tendant à maintenir les relations des parties pendant le cours de la procédure et les mesures tendant à la préservation d'une situation de fait ou de droit donnée[310] ; ensuite, les mesures provisoires ou conservatoires ne doivent pas préjudicier au fond de l'affaire[311] ; en outre, la mesure d'exécution provisoire demandée doit être exécutée dans un Etat non membre de l'OHADA et il doit y avoir une situation d'urgence[312].

L'une des conditions de l'intervention de la juridiction étatique étant l'urgence, il serait intéressant de définir cette notion. L'urgence est définie comme « *une circonstance de fait permettant de demander au juge une décision, par la procédure de référé ou par la procédure à jour fixe* »[313]. Cependant cette définition n'est pas tout à fait éclairante. Comment savoir s'il y a véritablement une situation d'urgence. Lorsque le tribunal arbitral est constitué il semblerait qu'il appartienne au juge ou à l'arbitre d'apprécier s'il y a urgence ou non et d'en tirer les conséquences[314]. La jurisprudence OHADA a ainsi décidé que « l'urgence existe

[308] CA de Douala, n°81/REF du 15 mai 2000 – affaire n° 333/RG/99-00, SOCIAA c/ BAD et Me Guy Efon, R.C.A n° 12, janv-fév-mars 2001, p.14 ; www.ohada.com Ohadata J-08-186; CS d'Abidjan, ch. judiciaire, arrêt 317/97 du 4 décembre 1997sur www.ohada.com Ohadata J-02-84 ; CS Côte d'Ivoire, arrêt n° 317/197 du 4 décembre 1997, Aff. TSA c/ Promoto, *R.C.A.* n° 5, avril-mai-juin 1999, p. 16 et sur www.ohada.com Ohadata J-02-84.

[309] Article 14 al. 7 AUA organise l'assistance du juge étatique à la production des preuves en énonçant que, « si l'aide des autorités judiciaires est nécessaire à l'administration de la preuve, le tribunal arbitral peut d'office ou sur requête requérir le concours du juge compétent dans l'Etat ».

[310] Cf. Kenfack Douajni G., « Les mesures provisoires et conservatoires dans l'arbitrage OHADA », *R.C.A* n° 8, janvier-février-mars 2000, p. 3

[311] Cf. CA du Littoral arrêt n°092/REF du 09 mai 2007, affaire Tene Job c/ Penghou Emmanuel et Kamkeng François, www.ohada.com Ohadata J-07-198 ; « conformément à l'article 13 de l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage, l'existence d'une clause d'arbitrage ne fait pas obstacle à la compétence du juge étatique, en l'espèce le juge des référés, pour prendre des mesures conservatoires lorsqu'il y a urgence et que cette mesure – la désignation d'un administrateur provisoire - ne préjudicie pas au fond ».

[312] Article 13 al. 4 AUA : « l'existence d'une convention d'arbitrage ne fait pas obstacle à ce qu'à la demande d'une partie, une juridiction, en cas d'urgence reconnue et motivée ou lorsque la mesure devra s'exécuter dans un Etat non partie à l'OHADA, ordonne des mesures provisoires ou conservatoires dès lors que ces mesures n'impliquent pas un examen du litige au fond, pour lequel seul le tribunal arbitral est compétent ». A rapprocher de l'article 1449 CPC français nouveau. Cette solution avait déjà été admise par la jurisprudence avant l'adoption de l'AUA. Cf. en ce sens, TPI de Douala, 14 octobre 1998, ordon. de référé n° 40, Aff. Alliation Property inc. c/ Sirpi Alustel Construction et Société Elf Serepca, *RCA* n° 4, janvier-février-mars 1999, pp. 13 t s, note Sokeng R.; CA d'Abidjan, ch. civ. et com., arrêt n° 484, Aff. Société Wanson c/ Société d'Etudes et de réalisation pour l'industrie caféière et cacaoyère (SERIC), 15 juillet 1997, *R.C.A* n° 1, avril-mai-juin 1998, pp. 10 et s., note Kenfack Douajni G.

[313] *Lexique des termes juridiques*

[314] Meyer P., *op.cit.* n° 310.

chaque fois que le retard menace un intérêt légitime. Il y a également urgence quand tout retard est de nature à créer un préjudice irréparable à une des parties, eu égard notamment au fait que le recours à une procédure ordinaire entraînerait, compte tenu des délais, un préjudice grave »[315] ou « toutes les fois qu'un retard dans la décision à intervenir risque de mettre en péril les intérêts d'une partie »[316].

Malgré l'urgence, la compétence du juge étatique pour prononcer les mesures provisoires ou conservatoires n'est que subsidiaire. Il a été ainsi décidé que « si le tribunal arbitral n'est pas encore constitué, le juge des référés demeure compétent, en cas d'urgence caractérisée »[317].

Dans cette affaire, à la suite de la découverte d'un certain nombre d'indélicatesses commises par son gérant, la Société TOUTELEC Niger a demandé et obtenu de son Conseil d'administration la révocation dudit gérant et la nomination d'un gérant intérimaire. Mais l'ancien gérant a refusé de quitter son poste. Le demandeur invoquait le fait qu'il y avait urgence et péril en la demeure pour un de ses associés que le gérant intérimaire entre en fonction. Le juge a admis sa compétence en dépit de l'existence d'une convention d'arbitrage parce qu'en tant que juge des référés, il lui était seulement demandé de constater la révocation du gérant. En effet, « il est demandé au juge des référés non pas de se prononcer sur la régularité de la révocation du gérant mais de constater ladite révocation consécutive à l'assemblée Générale du 20/11/2003 ; (...) le juge des référés a l'obligation de rechercher si la contestation alléguée est sérieuse et si la mesure sollicitée est justifiée par l'existence d'un différend comme en l'espèce ; qu'il peut même en présence d'une telle contestation prescrire des mesures conservatoires pour prévenir un danger imminent, étant précisé qu'en l'espèce, la nomination d'un gérant intérimaire à laquelle il a été procédé dénote du caractère essentiellement provisoire des mesures sollicitées ». De ce fait, malgré la convention d'arbitrage et parce que les termes de l'article 14 alinéa 4 de l'Acte uniforme l'y autorise, la Cour d'Appel de Niamey a fait droit à la demande de la Société TOUTELEC Niger qui justifiait l'urgence et le péril par les mauvais agissements du gérant statutaire qui étaient de nature à compromettre ses intérêts.

Lorsque le tribunal arbitral est constitué, celui-ci a compétence pour prononcer des mesures provisoires et conservatoires. Mais en pratique, il est plus judicieux de saisir la juridiction étatique compétente plutôt que l'arbitre. L'absence d'*imperium* de l'arbitre risquerait en effet de prolonger une procédure marquée du sceau de l'urgence.

Outre l'hypothèse de l'urgence reconnue et motivée, la compétence de la juridiction étatique est justifiée lorsqu'elle ne préjudicie pas au fond du litige. Cette condition que la

[315] CA de Niamey, arrêt n° 142 du 24 décembre 2003, Société TOUTELEC c/ Charles Houtondji, www.ohada.com Ohadata J-04-75.
[316] Cf. TPI de Bonanjo, ordon. de référé n° 367 du 16 juillet 2004, Aff. Peughoua Emmanuel et Kamkeng François c/ Tene Job, *Juridis Périodique* n° 83, juillet-août-septembre 2010, pp. 18 et s. note Nandjip Moneyang S.
[317] CA de Niamey, Aff. Société TOUTELEC c/ Charles Houtondji, précit.

jurisprudence semble considérer comme essentielle marque bien le caractère exceptionnel de l'intervention de la juridiction étatique en présence d'une convention d'arbitrage valable[318].

Si le respect des dispositions de l'Acte uniforme portant droit de l'arbitrage par les juridictions nationales peut être justifié par la peur de la sanction de la CCJA, il faudrait cependant s'interroger sur le sort réservé à la décision d'une juridiction étatique qui statuerait en dépit de l'existence de la convention d'arbitrage.

Le traitement des atteintes à la convention d'arbitrage

Il convient de relever tout d'abord pour l'exclure du champ de l'étude la manœuvre selon laquelle malgré la convention d'arbitrage l'une des parties saisit le juge étatique sans que l'autre ne relève l'incompétence de celui-ci. Il faut considérer ici que les parties ont tout simplement renoncé à la convention d'arbitrage. Dans ce cas, c'est à bon droit que le juge étatique statue.

Une fois cette situation exclue, il convient d'identifier les manœuvres des parties pour rendre la convention d'arbitrage inefficace (1). Il nous reviendra par la suite de tenter d'élaborer une solution pour restaurer la priorité à l'arbitrage (2).

L'identification des manœuvres des parties

Les manœuvres des parties aboutissant à rendre la convention d'arbitrage inefficace peuvent être de plusieurs ordres. Nous excluons d'emblée ici l'hypothèse dans laquelle malgré la convention d'arbitrage l'une des parties saisit le juge étatique sans que l'autre ne relève l'incompétence de celui-ci. Il faut considérer ici que les parties ont tout simplement renoncé à la convention d'arbitrage. Dans ce cas, c'est à bon droit que le juge étatique statue. Il existe aussi les hypothèses où l'une des parties saisit le juge étatique alors que le tribunal arbitral n'est pas encore saisi : soit elle saisi la juridiction étatique au lieu de saisir l'arbitre, soit, avant même tout litige elle saisi le juge étatique en raison de la nullité manifeste de la convention d'arbitrage. Dans ce cas on va estimer que la saisine du juge étatique permet de faire l'économie d'une procédure arbitrale qui serait vouée à l'échec.

Les manœuvres portant davantage à conséquence sont les suivantes : en dépit de l'existence de la convention d'arbitrage, ou même en dépit du fait que le tribunal arbitral soit déjà saisi, l'une des parties saisit le juge étatique qui va statuer alors même que l'une des parties au litige a soulevé une exception d'incompétence. Il est également possible d'envisager que deux procédures, judiciaire et arbitrale, se poursuivent concomitamment.

L'existence de ces manœuvres donne lieu à s'interroger sur différents points : quelle efficacité pourrait-on attribuer à une décision judiciaire rendue en dépit d'une telle exception d'incompétence. Cette interrogation en entraîne plusieurs autres : une éventuelle demande d'*exequatur* de la décision étatique pourrait-elle prospérer. La sentence arbitrale n'ayant pas la force exécutoire, dans l'hypothèse où elle contredirait la décision du juge étatique, le juge

[318] V. la note de Nandjip Moneyang S. sous TPI de Bonanjo, ordon. de référé n° 367 du 16 juillet 2004, Aff. Peughoua Emmanuel et Kamkeng François c/ Tene Job, précit.

compétent dans l'Etat concerné ne pourrait-il pas refuser d'*exequaturer* la sentence[319] ? Ce juge pourrait en effet considérer qu'en ne respectant pas la convention d'arbitrage le juge qui a statué a violé une règle d'ordre public international des Etats-parties (article 31 al.3 AUA).

Au Cameroun, dans le cas où le juge étatique se déclare compétent en dépit de l'existence de la convention d'arbitrage, la partie qui allègue de l'incompétence de la juridiction étatique peut faire appel de cette décision. Sur ce point, deux tendances s'opposent.

Se fondant sur l'article 199 *in fine* du Code de procédure civile et commerciale, la première tendance considère que la décision sur la compétence étant une décision avant-dire droit, le justiciable sera obligé d'attendre la fin du procès pour faire appel sur la question de la compétence et sur le fond. Cette solution présente l'inconvénient de la lenteur. Il n'est pas utile de revenir ici sur les lenteurs tant décriées[320] des procédures judiciaires.

La seconde tendance quant à elle se fonde sur l'article 201 du Code de procédure civile et commerciale. Elle consiste à laisser la Cour d'appel se prononcer immédiatement sur la compétence de la juridiction étatique. Ce qui revient à considérer que le juge saisi devrait surseoir à statuer jusqu'à la décision d'appel. Mais à notre sens, il s'agit d'une mauvaise interprétation de cette disposition. Celle-ci porte en effet sur les conditions de recevabilité de l'appel.

Mais s'agissant de la question de l'efficacité de la décision ainsi rendue, la question qui se pose est celle de savoir si l'on peut s'opposer à la reconnaissance de la décision étatique ayant méconnu la convention d'arbitrage. A priori, il devrait y avoir quelques réticences à reconnaître un jugement rendu dans une affaire dans laquelle le recours à l'arbitrage aurait été justifié. Seulement, si l'on se réfère aux principes généraux applicables en matière de reconnaissance des jugements étrangers, on pourrait se demander si la décision écartant la convention d'arbitrage ne viole pas l'ordre public international[321]. Une telle position n'est pourtant pas tenable. En effet, on peut se demander comment le non-respect d'une convention privée pourrait porter atteinte à l'ordre public[322]. A l'appui de cette allégation, il faudrait invoquer les termes de l'article 13 de l'Acte uniforme sur l'Arbitrage. Selon l'Acte uniforme, le juge ne peut relever d'office son incompétence. Or si l'on rapprochait cette énonciation des termes du Code de procédure civile français, l'incompétence résultant de la convention d'arbitrage ne toucherait pas à l'ordre public[323]. En effet, le juge prononce d'office son incompétence « en cas de violation d'une règle de compétence d'attribution lorsque cette règle est d'ordre public... » (Article 92 Code français de Procédure civile).

---

[319] Article 30 AUA. Au Cameroun, il s'agit du Président du Tribunal de première instance.
[320] Cf. la doctrine sur l'historique du Traité OHADA.

[321]Cf. Schlosser P., « Conflits entre jugement judiciaire et arbitrage », *R.A* 1981, p. 371 et s. spéc. p. 381. Selon cet auteur, il y a violation de l'ordre public de l'Etat où la reconnaissance du jugement est demandée lorsque « rien ne permet de discuter la volonté des parties de conclure la convention d'arbitrage, l'arbitrage prévu est hors de tout soupçon, d'après les règles applicables pour le juge de l'exequatur, l'arbitrabilité du litige est bien constante ».
[322] Cf. Coipel-Cordonnier N., *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Bibliothèque de Droit privé, T 314, L.G.D.J, 1999, n° 201, pp. 209 et s ;

[323] Cf. en ce sens, Coipel-Cordonnier N., *ibid.*

A notre sens, la solution idoine pour contrer ces manœuvres devrait être celle consistant à établir une fois pour toute quelle devrait être la priorité entre l'arbitre et le juge.

La restauration de la priorité entre l'arbitre et le juge

En toute logique, la priorité doit être donnée à l'arbitrage lorsque la procédure arbitrale a été introduite avant la procédure judiciaire. Qu'en est-il alors au cas où la juridiction étatique est saisie avant le tribunal arbitral ? Il semblerait que dans ce cas, la priorité de l'arbitre devienne relative puisque le juge n'est autorisé à se livrer qu'à un examen *prima facie* de la convention d'arbitrage. Le risque de décisions contradictoires serait également important notamment si le juge saisi de l'exception d'arbitrage et le juge du siège de l'arbitrage ne relèvent pas tous les deux du même Etat ou au moins de l'espace OHADA. La juridiction étatique saisie en fonction des règles ordinaires de compétence pourrait alors appliquer son propre droit tandis que le juge du siège appliquerait la loi choisie par les parties ou la loi du siège de l'arbitrage.

L'effet négatif du principe compétence-compétence interdit à la juridiction étatique saisie d'un litige faisant l'objet d'une convention d'arbitrage de statuer sur sa propre compétence avant que l'arbitre ne se soit lui-même prononcé sur l'existence, la validité et la portée de cette convention. Ce qui confère à l'arbitre une priorité à l'arbitre consacrée par l'article 13 AUA[324]. Une telle priorité est sans équivoque lorsque le juge est saisi alors que le litige est déjà pendant de l'arbitre. En effet, « Lorsqu'un litige, dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention arbitrale, est porté devant une juridiction étatique, celle-ci doit, si l'une des parties en fait la demande, se déclarer incompétente »[325]. Il s'agit ici d'une application de la priorité chronologique consacrée par l'exception de litispendance. Il aurait toutefois été souhaitable d'adopter une solution identique à celle prévue par la Convention européenne de 1961 qui énonce que le juge saisi ultérieurement doit « surseoir à statuer sur la compétence de l'arbitre jusqu'au prononcé de la sentence arbitrale sauf motif grave » (article VI (3).

Une partie de la doctrine s'oppose à l'application de la règle de la litispendance[326]. En effet, l'application de cette règle suppose la compétence concurrente de deux juridictions. Or dans notre hypothèse, il n'y a pas de concurrence entre le juge et l'arbitre puisque que la convention d'arbitrage a justement pour effet de rendre le juge incompétent au profit de l'arbitre. Cependant, cette solution présenterait l'avantage d'éviter tout contrôle de la compétence de l'arbitre par la juridiction étatique et permettrait surtout d'« éviter des décisions contradictoires dans la mesure où la décision de l'arbitre sur sa compétence jouit de

[324] V. aussi article 1458 CPC français. De cet effet négatif, certains auteurs ont tiré la conséquence que l'arbitre devrait avoir le droit de se prononcer avant qu'un juge saisit du même litige ne se prononce sur sa propre compétence. La décision de l'arbitre ne pourrait alors être contrôlée que dans le cadre d'une demande d'annulation ou d'exequatur de la sentence. Cf. Poudret J-F, Besson S., *Droit comparé de l'arbitrage international*, L.G.D.J, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 488, p. 439. Ces auteurs suggèrent que soit exclu tout contrôle direct du juge sur la compétence de l'arbitre.

[325] Article 13 al.1 AUA.

[326] Cf. la doctrine citée par Poudret J-F, « Litispendance entre l'arbitre et le juge : quelle priorité ? », *Mélanges offerts à Sortais J-P*, Bruylant, 2002, pp. 495 et s. spéc. pp. 507 et s.

l'autorité de la chose jugée à l'égard de la juridiction étatique »[327]. Par ailleurs, on respecterait « la priorité chronologique de l'instance arbitrale »[328] sans pour autant tenir compte de l'hypothèse où le juge serait saisi avant. Il semble cependant opportun de maintenir la priorité de l'arbitre même saisi postérieurement à la juridiction arbitrale. Une telle solution correspondrait effectivement à l'attente des parties et se justifierait par ailleurs par le principe de l'effet obligatoire des conventions tel que prévu à l'article 1134 du Code civil. Les ordres juridiques nationaux pourraient également adopter des législations visant à favoriser l'efficacité de la convention d'arbitrage en imposant par exemple aux juridictions étatiques de se déclarer systématiquement incompétentes lorsqu'elles sont saisies ou au moins de suspendre la procédure étatique.

En tant qu'institution, l'arbitrage bouleverse l'ordre juridique. C'est la raison pour laquelle, les législateurs et les juges ont souvent manifesté de l'hostilité à son égard. Et pour cause, cette institution leur parait menacer le monopole étatique de l'administration de la justice ; elle constituerait une sorte d'« anomalie »[329]. Cependant, malgré la compétition qui peut s'établir entre justice étatique et justice arbitrale, elles contribuent toutes deux à la justice. Cette contribution serait plus féconde s'il ne continuait pas d'être entretenu entre elles une certaine inimitié. Au lieu de se combattre, elles devraient plutôt s'associer pour mener à bien le combat pour la sécurisation juridique et judiciaire de l'espace OHADA.

[327] Poudret J-F, « Litispendance entre l'arbitre et le juge : quelle priorité ? », *op.cit.* p. 506.

[328] Poudret J-F, *ibid.*

[329] Soltani S., *Conflits de compétence judiciaire et arbitrale*, Mémoire de Master en droit privé, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, sur le site, http://www.memoireonline.com/10/08/1587/m_les-conflits-de-competence-judiciaire-et-arbitrale1.html#f

La protection du droit a un procès dans un délai raisonnable dans l'espace Ohada[330]

Dr. Ibrahim NDAM

Chargé de Cours à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques,

Université de Yaoundé II

La présente étude a pour objet de chercher à savoir comment le droit à un procès dans un délai raisonnable est protégé dans l'espace OHADA et quelle est la portée de cette protection. Il en résulte un double constat. D'une part, il est implicitement, mais certainement protégé aussi bien par le législateur que par les juges communautaires à travers la l'aménagement approprié des procédures et la facilitation de l'exécution des décisions de justice. D'autre part, cette protection est limitée par l'existence de plusieurs facteurs textuels et factuels.

The purpose of this paper is to find out how a right to a trial within a reasonable time is protected within the OHADA space and what is the extent of such protection. The study brings out two observations. On the one hand, it is implicit but certainly protected by the legislator as well as the community judges through a well organised procedure and the enhancement of the execution of the decisions of the court. On the other hand, such protection is limited by the existence of many legislative and factual issues.

« *(…) il y a un temps de décider comme il y en a un de douter, et (…) après avoir douté pendant toute une année entière, il y aurait peut-être à présent autant de mal à suspendre votre jugement qu'il y en aurait eu autrefois à le précipiter* »[331].

Les législateurs objectifs et les justiciables sérieux ont toujours voulu un procès qui n'est ni très lent, ni très expéditif ou accéléré[332], mais un procès qui se déroule dans un délai raisonnable; la rapidité de la justice comme sa lenteur présentant toutes les deux des vertus et des vices. En effet, l'objectif de tout justiciable normal n'est pas seulement d'obtenir une décision définitive de justice, c'est surtout de l'obtenir dans un délai pouvant lui permettre de jouir pleinement des droits qu'elle consacre. De même, le dessein de tout

[330]L'espace couvert par l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires s'étend actuellement sur 17 Etats africains: 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 et Togo.

[331] H.-F. D'AGUESSEAU, *Œuvre complète*, t. 4 p. 531, cité par J. HOAREAU, « Henri-François d'Aguesseau et le temps de justice : affaire de La Pivardière », in *Le temps, la justice et le droit*, Actes du colloque organisé à Limoges, les 20 et 21 novembre 2003, *PULIM*, 2004, p. 35 (spéc. pp. 40 et s).

[332] Sur la notion juridique d' « *accélération* », v. F. OST, « L'accélération du temps juridique », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *L'accélération du temps juridique* , Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis (FUSL), 2000, pp. 7 et s. et G. DE STEXHE, « La modernité comme accélération du temps : temps manquant, temps manqué ? », in Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, op. cit., pp. 15 et s.

législateur ne pourrait consister à garantir un procès très accéléré ou très lent, car une justice hâtive ou expéditive peut déboucher sur une situation d'insécurité judiciaire parce qu'elle peut accoucher d'une décision inacceptable sur le fond.

Pourtant, la notion de *« durée raisonnable »*[333] ou de *« délai raisonnable »*[334]qui est à la base du droit fondamental à un procès dans un délai raisonnable, est difficile à cerner ; le raisonnable étant en réalité un concept à contenu variable et réfractaire à toute approche dogmatique. En effet, bien que ce droit ou tout au moins le désir d'assurer un procès se déroulant dans un délai raisonnable soit une *«valeur commune»* universellement partagée car il est prévu non seulement par les dispositions pertinentes de la plupart des conventions internationales[335] ou communautaires[336], mais aussi par les textes nationaux[337]; il ressemble à un serpent de mer. En fait la notion de *« délai raisonnable »* qui caractérise ce droit, est une « Notion-cadre », c'est-à-dire une notion englobante, *« vague mais chargée d'évocation dont il appartient au juge, sur la force de l'idée directrice qui s'en dégage, de déterminer le contenu variable et évolutif au gré des espèces et au fil du temps »*[338]. Deux principales raisons expliquent cette situation. D'une part, les textes juridiques nationaux et internationaux consacrent le droit fondamental à un procès dans un délai raisonnable sans pourtant le définir ou, tout au moins, préciser son contenu[339]. D'autre part, il est pratiquement impossible de fixer d'avance non seulement la durée de certains procès, mais aussi le délai d'accomplissement de certains actes de procédure. Néanmoins, pour mieux comprendre ce droit, il faut cerner davantage la notion de délai raisonnable.

Etymologiquement, le délai raisonnable renvoie au « *Temps légitime, légalement fixé ou non, accordé pour statuer définitivement sur un contentieux.* [340]» Il est ce temps que des justiciables normalement diligents peuvent passer devant une juridiction, la durée qu'une juridiction ordinairement diligente peut mettre pour trancher un litige. Ici, pour apprécier le caractère raisonnable du délai, l'on doit prendre en compte non seulement le comportement de l'ensemble des acteurs de la justice devant l'unique juridiction qui s'est prononcée sur une

---

[333] J. VINCENT et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 27ème éd. 2003, n° 531.

[334] LAMBERT, « *Les notions de délai raisonnable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », *RTDH*, 1991, p. 3 et NATY SARR, *Le délai raisonnable dans le procès pénal*, mémoire DEA, Université Gaston Berger de Saint-Louis, 2007.

[335] V. notamment les articles 7 al.1 (d) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, 6 al. 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, 47 al. 2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 14 §3 (c) du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 8 de la Charte arabe des droits de l'homme, 25.1 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme.

[336]Cf. par exemple les articles 3 du Traité modifié de l'UEMOA et 28 al. 5 du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, ci-dessous abrégée RPCCJA.

[337] V. préambule de la Constitution camerounaise du 18 janv. 1996 et l'exposé des motifs de la loi n° 2005-007 du 27 juil. 2005 portant Code de procédure pénale. Il ressort, par exemple, de cette loi qu'elle a pour objectif *« la réduction des lenteurs judiciaires » et « l'exécution rapide des décisions de justice »*.

[338] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 9e éd., PUF, 2011, v° « Notion-cadre », p. 687.

[339] V. les textes juridiques op. cit.

[340] R. GUILLIEN et J. VINCENT, *Lexique des termes juridiques*, 13e éd., D., 2001, p. 186.

question de droit soumise à son appréciation, mais également d'autres facteurs, notamment la complexité de la procédure, le fond du litige[341] ou encore la disponibilité des règles de droit applicable. Cela s'explique aisément : la célérité de la procédure tout comme la lenteur judiciaire ne dépendent pas du comportement d'un seul acteur du procès car aucun de ces acteurs ne dispose d'une maîtrise absolue et exclusive du temps du procès. Et comme relève un auteur, « *Si le temps est bien une donnée subjective du procès sur laquelle ses acteurs cherchent toujours à augmenter leur emprise, il revêt également une dimension plus objective en ce qu'il est dépendant de la matière à laquelle il se rapporte, sur laquelle les acteurs du procès n'ont qu'une emprise limitée* »[342].

Le délai raisonnable est donc un délai médian ou moyen, un délai « *sur mesure* »[343] qui marque le point d'équilibre entre la précipitation et la lenteur procédurales. Par conséquent, le droit à un procès dans un tel délai peut strictement être entendu comme le droit qu'a un justiciable devant une juridiction d'être jugé dans ce délai moyen qui n'est ni anormalement long, ni excessivement court. En mettant en exergue la distinction entre la procédure civile et la procédure pénale, René CABRILLAC définit le droit à un procès dans un délai raisonnable comme le *« Droit pour le justiciable de voir un tribunal examiner sa contestation de caractère civil ou le bien fondé d'une accusation pénale portée contre lui dans un laps de temps ne portant pas atteinte à l'effectivité de son droit au juge »*[344]. S'il est une obligation qui pèse sur les juges et , partant, une créance des parties vis-à-vis de ces derniers, il entraîne néanmoins des devoirs à l'endroit des plaideurs qui doivent agir dans certains délais sous peine de sanction. Dans cette perspective, il constitue une obligation pour les juges, les Etats parties à l'OHADA et l'Organisation elle-même. Si ces deux derniers doivent s'assurer que les procédures mises en œuvre par le législateur communautaire garantissent l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable, les juges se doivent de veiller à ce que, sur le plan pratique, les justiciables puissent effectivement bénéficier de ce droit.

Cette tâche semble difficile car dans le procès, le délai raisonnable n'est pas toujours perçu de la même façon par l'ensemble des parties. L'issue du procès sera presque toujours plus favorable à l'une qu'à l'autre parce qu'une décision juridictionnelle conforme aux attentes de celle-ci par rapport au temps auquel elle est intervenue, pourra toutefois être perçue par celle-là comme tardive ou hâtive. La conduite du procès par le juge réduit sensiblement la marge de

---

[341] Un délai raisonnable ne saurait être apprécié de manière totalement subjective ou sous l'angle des seuls comportements des acteurs du procès. La matière sur laquelle le procès porte revêt une importance considérable sur le temps processuel puisque tous les champs du droit ne sont pas soumis aux mêmes contraintes temporelles (M.-A. FRISON-ROCHE, « Les droits fondamentaux des justiciables au regard du temps dans la procédure », in J.-M. COULON et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.) *Le temps dans la procédure*, Paris, Dalloz, 1996, p. 13). A l'image du temps processuel qui s'adapte de manière structurelle au fond du litige (S. AMRANI-MEKKI, *Le temps et le procès civil*, Paris 1, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, t. 11, 2002, pp. 415 et s), le délai raisonnable s'apprécie aussi en fonction du fond du litige.

[342] A. CIAUDO, « La maîtrise du temps en droit processuel », *Revue doctorale de droit public comparé et de théorie juridique* (Jurisdoctoria) n° 3, 2009, p. 25. Dans le même sens, CEDH, 24 oct. 1989, H. c/ France, *RFDA* 1990, p. 203, note O. DUGRIP et F. SUDRE, LPA 28 février 1990, p. 12.

[343] S. AMRANI-MEKKI, thèse op. cit., n° 525, p. 512.

[344] R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2e éd, Editions du Juris-Classeur, Litec, Paris, 2004, v° « Délai raisonnable ».

manœuvre des parties, mais ne pallie pas totalement leur inégalité face au temps. De même, une fois le juge saisi, les parties cherchent régulièrement à mettre en œuvre tous les moyens procéduraux possibles afin d'accélérer ou de retarder l'issue du procès[345]. Bien plus, *« le procès s'inscrit dans la durée car il nécessite l'intervention d'un tiers extérieur aux faits à juger »*[346] et, dans tous les cas, il suppose une procédure minimale qui permet au juge d'assoir sa conviction. Dans la même lancée, si le juge doit se donner du temps nécessaire pour asseoir sa conviction, ce qui est déjà un facteur incontournable de retardement de l'issue de la procédure, « *il est aussi obligé d'en donner aux parties* »[347] afin notamment de respecter une règle procédurale commune à tous les procès : le contradictoire. Le juge se trouve ainsi dans un dilemme chaque fois qu'il est saisi d'un litige : accélérer le cours de l'instance tout en restant conscient de la nécessité de conserver un temps nécessaire à son analyse de l'ensemble des éléments du litige. Par conséquent, il « *doit chercher l'équilibre entre deux impératifs, parfois contradictoires : il faut prendre le temps de juger, mais il faut juger à temps* »[348] ; ce qui ne facilite pas l'appréciation du caractère raisonnable du délai.

Cependant, le législateur communautaire a relativement facilité l'appréciation du caractère raisonnable du délai du procès. Bien qu'il n'ait pas fixé, de façon générale, de délai pour trancher tout différend qui surviendrait de l'application du droit communautaire ou de délai d'accomplissement de chaque acte de procédure, dans les cas exceptionnels où il a prescrit un délai au juge pour rendre sa décision à compter de sa saisine ou aux autres acteurs du procès pour agir[349], l'appréciation du caractère raisonnable de la durée du procès devient relativement facile. Deux situations sont envisageables en ce qui concerne le juge. D'une part, s'il respecte le délai fixé pour vider sa saisine, on dira que sa décision a été rendue à temps et que le droit à un procès d'une durée raisonnable n'a pas été violé. D'autre part, s'il rend sa décision après l'expiration du délai fixé pour vider sa saisine, on dira que le procès a été déraisonnablement long. De même, dans certaines situations toujours exceptionnels, le législateur communautaire prévoit un délai avant l'expiration duquel le juge ne peut pas raisonnablement vider sa saisine[350]. Une double hypothèse est ici envisageable. Si le juge vide sa saisine avant l'expiration de ce délai, on conclura facilement que sa décision est hâtive et, par conséquent, qu'il a violé le droit à un procès dans un délai raisonnable. S'il le fait, par contre, après l'expiration du délai fixé, on conclura que sa décision est intervenue dans un délai raisonnable.

La notion de délai raisonnable d'un procès implique, en outre, le temps moyen que doivent mettre les parties dès la saisine des premiers juges jusqu'au prononcé de la dernière décision rendue à la suite de l'exercice des voies de recours et son exécution. En conséquence, le droit

---

[345] Pour cette attitude des justiciables, v. B. ODENT, « L'avocat, le juge et les délais », *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 483.
[346] D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, thèse, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2006, p. 2.
[347] R. DENOIX DE SAINT MARC, « Le temps du juge », *RA* 2000, n° spécial 1, p. 26.
[348] Y. AGUILA, « Le juge et le temps », in S. GABORIAU et H. PAULIAT, *Le temps, la justice et le droit*, PULIM, 2004, p. 7.
[349] Articles 15 al. 4, 23 al. 2, 219, 220, 221 al. 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP) et 247 al. 1 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUDSCGIE).
[350] V. art. 32 de l'AUPCAP.

à un procès dans un délai raisonnable prend en considération l'ensemble de la procédure et l'exécution de la décision de justice qui en est l'aboutissement. Cela est d'autant vrai que pour le justiciable, le procès se termine par l'exécution effective de la décision de justice. Par conséquent, le droit à un procès dans un délai raisonnable est ce droit qu'a le justiciable de voir sa cause tranchée et la décision exécutée dans ce temps moyen qui n'est ni excessivement long ni exagérément court.

La matérialisation de ce droit semble difficile car le législateur OHADA, comme tout législateur d'ailleurs, n'a pas prévu un délai avant ou après l'expiration duquel toutes les décisions de justice doivent être rendues et exécutées[351]. De ce fait, le délai raisonnable doit s'apprécier au cas par cas. Néanmoins, pour apprécier le caractère raisonnable de la durée d'un procès dans ce cas, l'on doit prendre en compte la totalité de la procédure, partant de l'introduction de l'instance jusqu'à l'exécution de la dernière décision rendue après épuisement des voies de recours. Ceci implique une meilleure connaissance notamment des étapes de la procédure, des délais d'exécution ou de la complexité de l'affaire.

Ces distinctions permettent de réaliser que le droit à un procès dans un délai raisonnable est donc - de façon simplifiée- une prérogative des justiciables à l'encontre des juges qui vise à corriger certaines carences de l'appareil judiciaire, à savoir singulièrement les lenteurs et les précipitations. Son évocation suscite une double négation : l'absence d'excès de rapidité et de lenteur.

Si telle est la signification du droit à un procès dans un délai raisonnable, la question ne peut ne pas se poser de savoir comment ce droit est protégé dans l'espace OHADA et quelle est la portée de cette protection.

Une telle préoccupation n'est pas sans intérêt. Théoriquement, elle permettrait d'asseoir certains objectifs de l'OHADA, notamment la promotion de l'investissement interne, la garantie de l'application diligente du droit communautaire, le désir d'assurer l'attraction des investisseurs et de promouvoir le développement des affaires qui ressortissent du préambule du Traité de Port-Louis. Pratiquement, la préoccupation permettrait de lutter contre les lenteurs judiciaires décriées dans l'espace OHADA malgré les précautions prises par le législateur régional[352].

Pour répondre à cette préoccupation, la démarche pragmatique, rationnelle et réaliste, s'impose. La démarche impose l'utilisation de deux méthodes de recherches. La méthode exégétique est commandée par la nature du sujet qui impose une lecture du droit communautaire sous l'angle du droit à un procès dans un délai raisonnable. La jurisprudence

[351] Cela ne semble pas possible car, personne ne peut maîtriser d'avance le délai nécessaire pour rendre toute décision de justice et l'exécuter.

[352] En dépit des précautions prises par le législateur communautaire, plusieurs études montrent que les procédures communautaires demeurent lentes. V. notamment *Etude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : cas du Bénin, du Burkina Faso, du Mali et du Sénégal*, TRUSTAFRICA, éd. juil. 2012, 142 p ; F. ONANA ETOUNDI, *OHADA Grandes tendances jurisprudentielles de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en matière d'interprétation et d'application du Droit OHADA (1997-2000)*, éd. spéciale, oct. 2011, p. 28 et I. NDAM, *Le pourvoi devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, Thèse, Université de Yaoundé II, 2009, n^{os} 838 et s.

étant une source du droit, la méthode exégétique est complétée par l'étude casuistique consistant à examiner la jurisprudence des juridictions nationales et de la CCJA afin d'apprécier l'effectivité de la protection du droit à un procès dans un tel délai.

A l'analyse, l'on ne saurait soutenir que le droit à un procès dans un délai raisonnable n'est pas protégé dans l'aire communautaire. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'une protection tacite, mais certaine. Pour autant, la certitude de la protection (I) ne doit pas occulter certains aspects peu reluisants du droit OHADA et de sa mise en application par les juridictions communautaires. Un examen approfondi et objectif de la réalité de ces derniers permet d'y déceler des éléments critiquables concourant à la limitation de cette protection (II).

I : La certitude de la protection

Aucune disposition de droit OHADA ne prévoit *expressis verbis* que les justiciables bénéficient, dans cette communauté, du droit à un procès dans un délai raisonnable. De même, il n'existe aucune jurisprudence où il ressort explicitement que les juridictions nationales ou la CCJA protègent le droit à un procès dans un tel délai. Cependant, cela ne veut pas dire que ce droit n'est pas sauvegardé dans l'espace OHADA. En réalité, il y est implicitement, mais certainement protégé aussi bien par le législateur que par les juridictions communautaires. En fait, le législateur communautaire précise sa volonté de préserver le droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'aire OHADA lorsqu'il relève dans le préambule du Traité de Port-Louis qu'il est essentiel que ce droit *« soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique»*. Plus distinctement, il adopte plusieurs exigences visant à éviter les lenteurs procédurales et les précipitations, notamment la simplification, l'assouplissement des procédures, la restriction des prétentions des acteurs du procès ou la reconnaissance de l'autorité et de la force de la chose jugée aux arrêts de la CCJA. A la suite du législateur, les juridictions communautaires, veillent à l'application effective de ces mesures, notamment en contrôlant l'application par les justiciables des exigences temporelles prévues par le droit communautaire. Malgré leur pluralité, elles peuvent être regroupées atour de l'aménagement approprié des procédures (A) et de la facilitation de l'exécution des décisions de justice (B).

A : L'Aménagement approprié des procédures

Il ressort de l'article 1er du Traité de Port-Louis que l'OHADA *« a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en œuvre de procédures judiciaires appropriées»*. A s'en tenir à cet article, les procédures de l'organisation doivent être *« appropriées »*, c'est-à-dire conformes à ses objectifs, notamment la garantie du droit à un procès dans un délai raisonnable. Pour atteindre cet objectif, le législateur communautaire a aménagé de façon appropriée les procédures communautaires, en les simplifiant (1), en les assouplissant (2) et en restreignant les prétentions des acteurs du procès (3).

1 . La simplification des procédures

Le législateur communautaire a notamment simplifié les procédures de recouvrement des créances et des voies d'exécution et la procédure de pourvoi en cassation devant la CCJA.

La simplification des procédures de recouvrement des créances et des voies d'exécution passe par l'adoption, le 10 avril 1998, d'un *« Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution* » (AUPSRVE). Comme son titre l'indique, l'Acte uniforme met en exergue un ensemble de procédures « *simplifiées »* de recouvrement des créances et des voies d'exécution qui, par rapport au droit commun, sont peu couteuses, simples et, partant, peuvent permettre plus rapidement au créancier d'obtenir un titre exécutoire : l'injonction de payer, de délivrer et de restituer. La simplicité de ces procédures est remarquable car contrairement à la solution antérieurement adoptée par certains textes nationaux[353], la procédure d'injonction ne comporte plus de phases extrajudiciaires comme la phase de mise en demeure ; elle commence directement par la requête du créancier. La simplification des voies d'exécution passe par la facilitation des procédures d'exécution à travers la généralisation de l'exécution provisoire et l'interdiction de suspendre l'exécution forcée déjà entamée.

La simplification de la procédure de pourvoi en cassation devant la CCJA résulte notamment de l'institution, par l'article 14 alinéa 5 du Traité, de l'évocation après cassation des décisions nationales rendues en dernier ressort. Traditionnellement, lorsqu'une Cour suprême de droit francophone casse une décision rendue en dernier ressort par une juridiction de fond, elle renvoie l'affaire soit devant la même juridiction autrement composée ou devant une autre juridiction de mêmes ordre et degré que celle qui a rendu la décision objet de la cassation. Les parties doivent retourner devant la juridiction de renvoi afin que celle-ci se prononce sur leur litige. La juridiction de renvoi dispose d'importants pouvoirs: si elle peut rendre une décision allant dans le même sens que celle objet de la cassation, elle peut aussi prendre une décision contraire à celle des juges de cassation. Dans l'un et l'autre cas, la partie qui se sent lésée est classiquement fondée à former un pourvoi contre la décision rendue par le juge saisi sur renvoi de la Cour de cassation. Le litige opposant les parties se retrouvera donc une fois de plus devant la juridiction de cassation qui, si elle ne dispose pas du pouvoir d'évoquer, cassera certainement la décision intervenue si elle n'a pas suivi son orientation et renverra encore devant une autre juridiction de même ordre et de même nature que la précédente.

Bien que la juridiction de second renvoi soit classiquement obligée de respecter scrupuleusement les orientations de la Cour suprême, la complexité du mécanisme de renvoi est source des lenteurs procédurales. Le litige entre les parties risque de s'éterniser et d'occasionner des coûts supplémentaires, notamment par les déplacements d'une Cour à l'autre. La CCJA siégeant à Abidjan, dans le but d'assurer un procès raisonnablement diligent, l'on ne saurait demander aux parties qui ont déjà été renvoyées dans leur pays d'origine, de retourner en Côte d'Ivoire pour se pourvoir à nouveau. La technique d'évocation après cassation permet de gagner en temps puisqu'elle favorise la résolution définitive du

[353] V. par exemple la loi ivoirienne n° 93-669 du 09 août 1993, article 4 al. 2.

litige en permettant à la CCJA de se substituer aux juridictions nationales du fond et de trancher le litige définitivement.

En dehors des cas de cassation avec renvoi, notamment pour régler les questions de compétence juridictionnelle[354], l'examen de la jurisprudence montre qu'en principe, chaque fois que la CCJA casse une décision nationale prise par un juge compétent, elle évoque et statue au fond. A titre d'exemple, dans ses arrêts n^{os} 017, 018/2003 du 09 octobre 2003 et 19/2003 du 06 novembre 2003[355], la Cour supranationale casse les décisions nationales qui lui sont soumises, évoque et statue sur le fond. En évoquant après cassation, elle permet aux parties de gagner du temps ; rendant ainsi effectif le souci du législateur de protéger le droit à un procès dans un délai raisonnable qui ressortit non seulement de l'institution de l'évocation, mais aussi de l'assouplissement des procédures.

2 . L'assouplissement des procédures

De façon générale, le législateur africain a assoupli les procédures judiciaires en prévoyant, à côté de celles ordinaires pouvant être mises en œuvre en cas de violation du droit communautaire, deux autres dont l'un des principaux avantages est qu'elles permettent de gagner en temps: la procédure d'arbitrage et la procédure des référés.

D'une part, l'OHADA vise la promotion de l'arbitrage[356]. Il ressort du préambule du Traité instituant cette communauté que les contractants sont *«Désireux de promouvoir l'arbitrage comme instrument de règlement des différends contractuels »*[357]. Dans le même sens, l'article 1er du Traité précise que l'organisation a pour objectif d'assurer « *l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties par…l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels* ». Pour matérialiser la volonté de promotion de l'arbitrage, les pères fondateurs de l'Organisation ont, entre autres mesures, mis sur pied une juridiction supranationale qui est à la fois une Cour judiciaire supranationale et une Cour d'arbitrage : la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Ils ont aussi fortement réglementé

[354] Sur la cassation avec renvoi, v. notamment CCJA, arrêts n^{os} 002/2005 du 27 janvier 2005, RJCCJA n^{o} 5, vol. 2, janvier-juin 2005, p. 14 ; 012/2005 du 24 février 2005, RJCCJA n^{o} 5 préc., p. 27 ; 001, / 2006 du 09 mars 2006, RJCCJA n^{o} 7, janvier-juin 2006, pp. 50 et s.

[355] Tous ces arrêts sont publiés dans le RJCCJA n^{o} 2, juil.-déc. 2003, pp. 19 et s.

[356] Nul n'ignore que l'un des mérites de l'arbitrage est qu'il assure la diligence nécessaire des procès. Sur cette question, v. R. AMOUSSOU-GUENOU, « L'émergence d'un besoin de rapidité : la réponse des législations modernes relatives à l'arbitrage des tribunaux nationaux et des Etats », in *Improving international arbitration, the need for speed and trust*, Liber Amicorum Michel Gaudet, ICC publishing, 1999.

[357] Sur l'enjeu temporel de l'arbitrage OHADA, v. Ph. LEBOULANGER, « Présentation générale des actes sur l'arbitrage », in Ph. FOUCHARD (dir.), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement, vol. I, Bruylant, 2000, p. 65.

les procédures d'arbitrage traditionnel[358] et la procédure d'arbitrage sous l'égide de la Cour commune[359].

D'autre part, en réglementant bien que de manière éparse les procédures de référés ou, pour emprunter le vocable utilisé par le législateur communautaire lui-même, les procédures d' *« urgence »*[360], ce dernier assouplit, simplifie et accélère les procédures judiciaires. Les juridictions nationales compétentes mettent en œuvre la volonté d'accélération des procédures judiciaires en agissant avec promptitude chaque fois que les conditions de leur saisine en matière des *« référés »* sont remplies[361].

Plus distinctement, le législateur communautaire a, dans le cadre de la réglementation des procédures collectives d'apurement du passif, spécifiquement assoupli les procédures de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens, rendant ainsi plus visible le droit du créancier à un procès dans un délai raisonnable. L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif vient substituer aux procédures rigides jadis applicables dans les Etats parties à l'OHADA, des procédures souples. Il a été adopté en tenant compte des évolutions observées dans ces Etats et en France dans le sens de l'adoucissement des procédures collectives. En effet, dans la plupart des Etats africains membres de l'OHADA, la législation applicable était composée principalement du Code de commerce de 1807 tel qu'il a été refondue par la loi du 28 mai 1938, la loi du 4 mars 1989 sur la liquidation judiciaire, les décrets-lois du 8 août et du 30 octobre 1935 applicables en France. Seuls quelques Etats avaient réformé leur droit des procédures collectives[362]. Face à cette hétérogénéité législative, l'Acte uniforme a fait plusieurs choix dont l'une des principales caractéristiques est leur souplesse.

D'une part, le législateur communautaire à choisi d'élargir le champ d'application des conditions d'ouverture des procédures collectives. Influencé par l'évolution de la législation française reprise par des textes africains épars, le législateur adopte une conception souple des personnes morales de droit privé assujetties aux procédures collectives. L'article 2 de l'Acte uniforme étend les procédures collectives à toute personne morale de droit privé y compris « *les entreprises publiques ayant la forme d'une personne morale de droit privé* ».

D'autre part, contrairement à la législation française[363] qui condamnait totalement la faillite de fait, la souplesse du texte communautaire est certaine car, aux termes de l'article 236 de l'Acte uniforme, une condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse ou pour délit

[358] Il s'agit précisément des arbitrages *ad hoc* et des arbitrages qui se déroulent sous les auspices des centres d'arbitrages d'émanation privée ou publique.
[359] Pour les procédures d'arbitrage traditionnel, v. le Traité et l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage adopté le 11 mars 1999 (AUA). Pour l'arbitrage CCJA, v. le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (RACCJA).
[360] Art. 49, AUPSRVE.
[361] V. notamment, ordon. n^{os} 09/civ du 17 janv. 2008 rendue par le Président du Tribunal de Première Instance (PTPI) de Yaoundé-Ekounou ; 317/2006 rendue le 18 avr. 2006 par le PTPI de Première Classe de Lomé et 200 du 26 avr. 2006 rendue par le juge du contentieux de l'exécution du TPI de Douala-Bonanjo.
[362] Pour cette réforme, v. F. M. SAWADOGO, Commentaire de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2ème éd., 2002, p. 815.
[363] Art. 197 de la loi du 25 janvier 1985.

assimilé peut être prononcée même si la cessation des paiements n'a pas été constatée par une décision de justice. L'admission, en plus du principal établissement pour les personnes physiques et du siège social pour les personnes morales, de critère comme *« le principal centre d'exploitation situé sur le territoire national »*, montre la flexibilité des options prises par le législateur communautaire qui semble consacrer les deux théories opposées que sont la théories de l'unicité ou de l'universalité de la faillite et la théorie des procédures plurales ou territoriales[364].

Bien plus, la flexibilité des textes juridiques communautaires réglementant les procédures de recouvrement des créances vise à faciliter l'obtention du meilleur prix dans les meilleurs délais. En effet, sachant que la vente d'immeuble est par essence lente et lourde, le législateur assouplit les conditions de leur vente afin de remédier à cet handicap congénital. C'est ainsi qu'après avoir posé que la vente forcée d'immeubles situés dans les ressorts des juridictions différentes ne peut être poursuivie que successivement, le législateur communautaire émet des réserves consacrant des cas où elle peut être poursuivie simultanément devant plusieurs juridictions[365]. La souplesse des règles régissant les procédures de recouvrement des créances est d'autant remarquable qu'avec les nouveaux textes, il n'est plus indispensable que le débiteur qui recourt à la procédure d'injonction de payer ait un domicile dans l'un des Etats membres de l'OHADA ; il suffit simplement que le débiteur domicilié à l'étranger possède dans l'un de ces Etats une résidence ou plus simplement une habitation. De même, les règles de compétence ne sont plus désormais d'ordre public dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure d'injonction de payer parce que les parties peuvent déroger à ces dernières au moyen d'une élection de domicile prévue au contrat[366].

En assouplissant ces procédures, le législateur protège ainsi le droit à un procès dans un délai raisonnable. D'ailleurs, il préserve davantage ce droit en restreignant les prétentions des acteurs du procès.

3. La restriction des prétentions des acteurs du procès

L'exploitation du droit communautaire permet de se rendre compte que pour atteindre ses objectifs, entre autres la préservation du droit à un procès dans un délai raisonnable, le législateur africain a choisi de restreindre les prétentions des acteurs du procès en supprimant parfois la possibilité d'ouverture de nouvelles instances (a), en fixant les brefs délais de procédure (b), en procédant lui-même à leur computation et en prévoyant des sanctions de leur inobservation (c).

a . La suppression de nouvelles instances

Le législateur communautaire restreint les prétentions des parties au procès en supprimant, dans certains cas, la possibilité d'ouverture de nouvelles instances. Dans la procédure de la

[364] Article 4 AUPCAP. La théorie de l'unité de la faillite veut qu'une seule procédure soit ouverte contre le débiteur et permet d'appréhender l'ensemble de ses biens, quel que soit leur lieu de localisation, et d'assurer le payement des créanciers domiciliés dans différents Etats du monde. Par contre, la théorie de la pluralité de la faillite permet l'ouverture d'une procédure collective dans chaque Etat où le débiteur possède des biens.
[365] V. les articles 252 de l'AUPSRVE et 154 (2) de l'AUPCAP.
[366] Art. 3 al. 1 et 2 de l'AUPSRVE.

saisie immobilière, l'article 279 de l'Acte uniforme relatif aux procédures de recouvrement des créances et des voies d'exécution précise que « *Le président de la juridiction compétente peut, par décision non susceptible de recours, rendue sur requête, restreindre ou accroître la publicité légale, suivant la nature et la valeur des biens saisis.* » Dans le même sillage, l'article 22 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, dispose que dans le cadre du règlement préventif des difficultés d'une entreprise, la décision de suspension des poursuites individuelles rendue par le président de la juridiction compétente n'est susceptible d'aucune voie de recours. L'on note aussi la suppression de l'opposition comme voie de recours contre toute décision de la juridiction compétente relative au règlement préventif par l'article 23 de cet Acte uniforme qui prévoit que *« Les décisions de la juridiction compétente relatives au règlement préventif […] ne peuvent être attaquées que par la voie de l'appel »*.Bien plus, il ressort de l'article 46 du Règlement de procédure de la CCJA que lorsque son président est saisi d'une demande de sursis à exécution de la décision de la Cour, il statue par voie d'ordonnance motivée non susceptible de recours.

L'on peut comprendre le danger que courent les justiciables dans l'espace OHADA du fait de la suppression de ces possibilités de recours, car les voies de recours sont des mécanismes importants de protection de la sécurité judiciaire. Malgré tout, l'une des explications de cette suppression est, sans doute, le souci de préservation du droit à un procès dans un délai raisonnable. D'ailleurs, le législateur communautaire renforce ce souci en délimitant les prétentions des acteurs du procès dans le temps à travers la consécration des brefs délais de procédure.

b. La consécration des brefs délais de procédure

Le souci d'assurer le droit à un procès dans un délai raisonnable se matérialise dans la législation communautaire par la fixation des brefs délais de procédure.

Certains de ces délais ont pour but de lutter contre la précipitation des acteurs du procès. Pour bien cerner ces délais, il importe de distinguer selon qu'ils sont impartis aux juges ou aux autres acteurs du procès.

En ce qui concerne les juges, il s'agit des délais qui commencent à courir dès leur saisine et avant l'expiration desquels ils ne peuvent légalement statuer sous peine de rendre une décision dans la précipitation. Lorsqu' ils ne sont pas respectés, la décision du juge n'est pas rendue dans un délai raisonnable parce qu'elle est hâtive ou encore l'acte posé est fait dans la précipitation. A titre illustratif, l'alinéa 5 de l'article 133 de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général révisé prévoit que la décision prononçant ou constatant la résiliation du bail à usage professionnel *« ne peut intervenir qu'après l'expiration d'un délai d'un mois suivant la notification de la demande aux créanciers inscrits »*. Dans cette perspective, l'article 247 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique dispose que le tribunal saisi d'une action en nullité *« ne peut pas prononcer la nullité moins de deux mois après la date de l'exploit introductif d'instance »*. Le souci d'assurer le droit à un procès dans un délai raisonnable à travers non seulement la lutte contre les précipitations mais aussi les lenteurs judiciaires, apparait clairement dans l'article 32 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif.

Il en ressort que dans le cadre d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, la juridiction nationale compétente saisie doit non seulement rendre sa décision de manière diligente (à la première audience utile) puis qu'elle ne peut inscrire l'affaire au rôle général car si elle pouvait le faire, elle risquerait de retarder son examen, mais aussi elle doit éviter la précipitation dans la mesure où elle *« ne peut rendre sa décision avant l'expiration d'un délai de trente jours à compter de sa saisine, quel que soit le mode de saisine »*[367].

En ce qui concerne les autres acteurs du procès, il s'agit des délais avant l'expiration de laquelle ils ne peuvent légalement agir. L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution en propose des exemples. Il ressort des dispositions de l'article 92 de ce texte juridique que la saisie-vente *« est précédée d'un commandement de payer signifié au moins huit jours avant la saisie au débiteur »*. Son article 98 ajoute qu' *« A l'expiration d'un délai de huit jours à compter du commandement de payer resté sans effet, l'huissier ou l'agent d'exécution peut, sur justification du titre exécutoire, pénétrer dans un lieu servant ou non à l'habitation »*[368].

D'autres délais sont destinés à lutter contre l'inertie des acteurs du procès en les obligeant à exercer les prérogatives procédurales dont ils disposent sans retard[369].

Pour ce qui est des juges, l'on pense notamment aux délais d'accomplissement de certains actes de procédure et aux délais avant l'expiration desquels ils sont tenus de vider leur saisine.

D'une part, l'examen du droit des entreprises en difficulté, permet de déceler des délais d'accomplissement des actes de procédure par les juges. Il est, par exemple, prévu que dans les huit jours du dépôt du rapport par l'expert, le Président de la juridiction nationale compétente la saisit et convoque le débiteur à comparaître devant elle pour y être entendu en audience non publique. Il doit également convoquer à cette audience l'expert rapporteur ainsi que tout créancier qu'il juge utile d'entendre. Le débiteur et, éventuellement, le ou les créanciers sont convoqués par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, trois jours au moins à l'avance[370].

D'autre part, les articles 15 (4), 23 (2), 219, 220 et 221 (2) de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif obligent le juge à statuer *« dans le mois »* de sa saisine. Le cas particulier des recours exercés contre les décisions prises par le président de la juridiction compétente dans le cadre de l'article 11 dudit texte est davantage significatif en raison du caractère très restreint du délai consacré. Aux termes de cette disposition, il est interdit au débiteur ayant bénéficié d'une ordonnance de suspension des poursuites de poser certains actes énumérés par cet article, sauf autorisation du président de la juridiction compétente. La décision portant autorisation de la juridiction compétente étant

[367] Pour d'autres délais, v. notamment les art. 40, 220, 221 al. 2 de l'AUPCAP.
[368] Dans le même sens, v. notamment les art 134, 147, 237 et 238 de l'AUPSRVE.
[369] cela se comprend aisément : le comportement des acteurs de la justice, notamment les parties à un procès, les juges, les experts ou les greffiers compte particulièrement dans la recherche d'une justice de qualité, c'est-à-dire une justice raisonnablement rapide.
[370] Art. 14 AUPCAP.

susceptible d'opposition, cette dernière dispose d'un délai de huit jours à compter du jour où l'opposition est formée pour statuer. Le même délai est donné au juge commissaire, à compter de sa saisine, pour statuer sur les demandes, contestations et revendications relevant de sa compétence lorsqu'il y a cessation des paiements[371]. Plus singulièrement, lorsque le recours porte sur les ordonnances du juge commissaire, l'article 40 de cet Acte uniforme exige à la juridiction compétente de statuer à la première audience. Dans cette lancée, le législateur communautaire, dans l'article 17 du Traité, donne trente jours à la CCJA pour se prononcer sur l'exception d'incompétence qu'elle aurait soulevé d'office ou qui serait soulevée, *in limine litis*, par une partie au pourvoi en cassation. De même, l'article 22 de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage donne un délai de 45 jours à un tribunal arbitral pour statuer par une sentence additionnelle après le prononcé de la sentence dans deux cas spécifiques : lorsqu'il veut interpréter la sentence, ou réparer les erreurs et omissions matérielles qui l'affectent, ou lorsqu'il a omis de statuer sur un chef de demande. Il est même fixé un délai supplétif au cours duquel le tribunal arbitral doit statuer. Ainsi, il ressort de l'article 12 de cet Acte uniforme que *« Si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission des arbitres ne peut excéder six mois à compter du jour où le dernier d'entre eux l'a acceptée»*[372].

En ce qui concerne les autres acteurs du procès, il s'agit des délais de mise en mouvement de certaines procédures, d'accomplissement de certains actes de procédure, de prescription, d'exercice des voies de recours ou de mise en demeure.

Le législateur communautaire a prévu plusieurs délais de mise en mouvement des procédures de recouvrement de créances[373]. Il a, entre autres, impartit au débiteur en cessation des paiements un délai de trente (30) jours pour faire sa déclaration au greffe de la juridiction compétente[374]. Il prévoit également que lorsqu'un commerçant est décédé en état de cessation des paiements, la juridiction compétente est saisie dans le délai d'un an à partir du décès, soit sur déclaration d'un héritier, soit sur l'assignation d'un créancier[375]. En matière de transport,

[371] Art. 40 AUPCAP. L'art. 39 de cet Acte précise même que le juge-commissaire *« veille au déroulement rapide de la procédure »* de redressement judiciaire et de liquidation des biens. Par conséquent, il est sans doute le véritable chef d'orchestre de cette procédure.

[372] Dans ces hypothèses où le juge doit statuer avant l'expiration d'un délai préfixé par le législateur, l'appréciation du caractère raisonnable de la durée du procès devient facile. Si le juge respecte le délai prescrit pour vider sa saisine, c'est-à-dire s'il statue au cours du délai imparti, on dira que sa décision a été rendue dans un temps raisonnable et que le droit à un procès d'une durée raisonnable n'a pas été violé. Au cas où il ne respecte pas ce délai, c'est-à-dire s'il rend sa décision après l'expiration du délai fixé pour qu'il puisse vider sa saisine, on conclura que le procès a été déraisonnablement long. Cependant, la situation demeure compliquée quant à la détermination du caractère hâtif de la décision. A quel moment peut-on dire, dans ces cas, que la décision est hâtive ?

[373] La fixation des délais de mise en œuvre des procédures judiciaires est un facteur de la promotion du droit à un procès dans un délai raisonnable car, plus l'ouverture d'un procès a été retardée, plus les juges éprouveraient des difficultés pour statuer avec la diligence nécessaire ; l'effet du temps pouvant rendre difficile le rassemblement des éléments de preuve susceptibles de fonder leur conviction.

[374] Art. 25 de l'AUPSRVE.

[375] La juridiction compétente peut aussi se saisir d'office dans le même délai, art. 30 de l'AUPSRVE. V. dans le même sens, l'article 31 de cet Acte uniforme.

toute action découlant d'un transport se prescrit par un an à compter de la date de livraison ou, à défaut de livraison, de la date à laquelle la marchandise aurait dû être livrée. Toutefois, dans le cas de dol ou de faute équivalente au dol, cette prescription est de trois ans[376]. En matière commerciale, le délai de prescription des actions en justice est, en principe, de cinq ans ; il est, exceptionnellement, d'un an cas de vente[377].

La réglementation des délais d'exercice des voies de recours a fait l'objet de la préoccupation du législateur communautaire. De façon générale, il a fixé à deux (02) mois le délai pour se pourvoir en cassation devant la CCJA contre toute décision rendue en dernier ressort par une juridiction nationale[378]. Par contre, il a distinctement prévu plusieurs courts délais d'exercice des autres voies de recours. En effet, les délais d'opposition sont, soit de huit (08) jours, soit de quinze (15) jours, les délais de tierce opposition sont notamment de six (06) mois et les délais d'appel sont de quinze (15) ou trente (30) jours[379]. Plus spécifiquement, en décidant dans l'article 49 de l'AUPSRVE que le délai d'appel contre une ordonnance rendue en matière de contentieux de l'exécution est de quinze jours, le législateur africain renforce son souci d'accélérer les procédures d'exécution en précisant dans la même disposition que *«Le délai d'appel comme l'exercice de cette voie de recours n'ont pas un caractère suspensif, sauf décision contraire spécialement motivée du président de la juridiction compétente. »* Bien plus, le législateur énonce que le recours en annulation d'une sentence arbitrale est recevable dès le prononcé de la sentence; il cesse de l'être s'il n'a pas été exercé dans le mois de la signification de la sentence munie de l'exequatur[380].

Le législateur communautaire a enfermé l'exercice des actes de procédure dans des délais précis. C'est ainsi que dans le cadre de la réglementation du pourvoi en cassation devant la CCJA, il est demandé à toute partie à la procédure devant la juridiction nationale dont la décision est attaquée, de présenter devant la Cour commune un mémoire en réponse dans un délai de trois (03) mois. Aussi, faut-il le signaler, le recours en cassation et le mémoire en réponse ne peuvent être complétés par un mémoire en réplique, en duplique ou par tout autre mémoire que lorsque le président de la CCJA, soit d'office, soit à la suite d'une demande présentée en ce sens dans un délai de quinze (15) jours à compter de la signification du mémoire en réponse ou en réplique, le juge nécessaire et l'autorise expressément[381].

L'exploitation des dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique permet de déceler bien d'autres délais d'exercice des actes de procédure qui ont pour but de lutter spécifiquement contre l'inertie des liquidateurs judiciaires. L'article 228 de ce texte prévoit que *« Dans les six mois de sa nomination, le liquidateur convoque l'assemblée des associés à laquelle il fait rapport sur la situation active*

[376] Art. 25 al. 1 de l'Acte uniforme relatif au transport de marchandises par route.
[377] Art. 16 et 259 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général (AUDCG) révisé le 10 déc. 2010 à Lomé.
[378] Art. 28 du RPCCJA.
[379] Pour les délais d'opposition, v. les articles 40 al. 3, 42 al. 3, 88, 219, 220 de l'AUPCAP, 10 et 26 de l'AUPSRVE. Pour les délais de tierce opposition, cf. notamment l'art. 252 de l'AUDSCGIE. S'agissant des délais d'appel, v. articles 15, 49 de l'AUPSRVE, 221 de l'AUPCAP.
[380] Art. 27 de l'AUA.
[381] Dans le même sens, l'article 7 (2) de l'AUPSRVE prévoit que « La décision portant injonction de payer est non avenue si elle n'a pas été signifiée dans les trois mois de sa date. »

et passive de la société, sur la poursuite des opérations de la liquidation, le délai nécessaire pour les terminer et demande, le cas échéant, toutes autorisations qui pourraient être nécessaires ». L'article 232 du même texte ajoute que dans les trois (03) mois de la clôture de chaque exercice, le liquidateur judiciaire établit non seulement les états financiers de synthèse annuels au vu de l'inventaire qu'il a dressé des divers éléments de l'actif et du passif existant à cette date, mais aussi un rapport écrit par lequel il rend compte des opérations de la liquidation au cours de l'exercice écoulé[382].

En matière de règlement préventif dans le cadre des entreprises en difficulté, le législateur a confiné les missions de l'expert dans certains délais. L'expert désigné par l'ordonnance de suspension des poursuites doit déposer au greffe de la juridiction compétente, au plus tard dans les deux mois de sa saisine, son rapport contenant le concordat préventif proposé par le débiteur ou conclu entre ce dernier et ses créanciers[383]. De même, l'expert désigné par le Président de la juridiction compétente après le dépôt de la proposition de concordat préventif, est tenu de lui rendre compte de sa mission dans un délai d'un (01) mois à compter de la décision admettant le concordat préventif[384]. La fixation de ces délais est un facteur déterminant pour garantir l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable car l'expert est un acteur très important dans le traitement des entreprises en difficulté puisque c'est grâce à son rapport que le tribunal va asseoir sa conviction sur le degré d'atteinte de l'entreprise débitrice.

Les délais de mise en demeure viennent compléter la liste des délais de procédure déjà longue. En cas de nullité de la société ou de ses actes, de ses décisions ou de ses délibérations fondée sur un vice du consentement ou l'incapacité d'un associé, et lorsque la régularisation peut intervenir, toute personne y ayant un intérêt peut mettre en demeure l'associé incapable ou dont le consentement a été vicié de régulariser ou d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion[385]. Sous réserve de cette forclusion, les actions en nullité de la société, se prescrivent par trois ans à compter de l'immatriculation de la société ou de la publication de l'acte modifiant les statuts sauf si la nullité est fondée sur l'illicéité de l'objet social[386]. Plus distinctement, l'action en nullité d'une fusion ou d'une scission se prescrit par six mois à compter de la date de la dernière inscription au registre du commerce et du crédit mobilier rendue nécessaire par l'opération de fusion ou de scission[387]. Un triple constat se dégage de l'examen des délais de procédure ci-dessus.

Premièrement, leur brièveté traduit un souci de célérité procédurale et témoigne de la volonté du législateur de rendre effectif, dans l'espace communautaire, le droit à un procès dans un délai raisonnable.

---

[382] Lire dans le même sens, l'article 239 de l'AUDSCGIE.
[383] Ce délai peut être prorogé d'un mois sur décision du président de la juridiction (art. 13 de l'AUPCAP).
[384] Art. 19 de l'AUPCAP.
[385] Art. 248 AUDSCGIE.
[386] Cette prescription de trois ans est plus brève que par le passé car elle était de cinq ans pour les actions en nullité de la société ou des actes et délibérations (articles 10 de la loi du 1925 et du décret du 14 mai 1930 pour les S.A.R.L. et 8 de la loi du 24 juillet 1867 pour les S.A.).
[387] Article 251 AUDSCGIE.

Deuxièmement, à la suite du législateur régional, les juges communautaires appliquent et veillent à l'application de ces différents délais de procédure, garantissant ainsi l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'aire OHADA. Les juges nationaux veillent au respect, par les autres acteurs du procès, des délais fixés et respectent ceux qui leur sont impartis. L'arrêt n° 51/CIV du 11 avril 2007 rendu par la Cour d'appel de Bafoussam est un exemple illustratif du contrôle du respect du délai d'appel[388]. Dans cet arrêt, la Cour d'appel constate, conformément aux dispositions de l'article 15 de l'AUPSRVE, que l'appel contre une décision rendue sur opposition à une ordonnance d'injonction de payer est intervenu plus de trente jours après le prononcé de la décision. Par conséquent, elle déclare l'appel irrecevable[389]. Dans son arrêt n° 034 rendu le 23 mars 2006, la Cour d'appel de Lomé lutte explicitement contre les lenteurs judiciaires résultant de l'inertie de l'appelant. En l'espèce, la Cour constate que bien qu'ayant relevé l'appel de la décision du tribunal d'instance, conformément aux délais réglementaires, l'appelant n'a, cependant, accompli aucun acte de procédure pour soutenir son recours. Elle conclut que cette abstention constitue un *« manque de diligence »* qui *« frise le dilatoire »*, confirme le jugement attaqué et condamne l'appelant aux dépens[390]. Au sommet de la justice communautaire, la Cour commune respecte les délais réglementaires et contrôle leur application par les juridictions nationales et les parties à un procès devant elle[391].

Troisièmement, face au silence du droit communautaire qui ne fixe pas de délai pour statuer en matière de contestations ou incidents de saisie immobilière, le législateur camerounais a comblé cette lacune à l'article 3 alinéa 3 de la loi du 19 avril 2007[392] qui prévoit que *« le juge du contentieux de l'exécution est tenu de statuer dans les trente (30) jours de sa saisine »*. On peut se demander si un tel court délai pourra être respecté car la procédure de saisie immobilière a la particularité d'être complexe et longue. La question mérite d'être posée aussi bien pour ces délais que pour les brefs délais pour statuer ci-dessus fixés par le législateur communautaire, parce que l'on sait que le temps juridique n'est pas toujours conciliable ni avec le temps judiciaire, ni avec le temps *« des médias, de la presse, de l'opinion publique »*[393]. D'ailleurs, la fixation de ces délais implique une emprise de la dogmatique juridique sur la réalité processuel car le délai fixé peut trop s'écarter de celle que les juridictions estiment être le délai normal.

---

[388] Bafoussam, arrêt n° 51/CIV du 11 avr. 2007, OHADA, Recueil de jurisprudences nationales, op. cit., p. 141

[389] V. aussi Abidjan, arrêt n° 127 du 16 fevr. 2007, OHADA, Recueil préc., p. 135 ; Douala, arrêt n° 127 du 26 juin 2006, Rec. op. cit., p. 166 et Daloa, arrêt n° 180 du 12 juil. 2006, Rec. Ibid., p. 158 .

[390] Cet arrêt est publié dans le Recueil de jurisprudences nationales de l'OHADA, n° 02, déc. 2010, p. 260.

[391] V. CCJA, arrêts n°s 005/2001 du 11 oct. 2001, RJCCJA n° spécial 2003, p. 4 ; 017/2005 du 24 févr. 2005, RJCCJA, n° 5,vol. 1, janv.-juin 2005, p. 11 et 003/2006 du 09 mars 2006, RJCCJA n° 7, janv.-juin 2006, p. 54.

[392] Il s'agit précisément de 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 étranger ainsi que les sentences arbitrales.

[393] S. GABORIAU, Avant propos de l'ouvrage *Le temps, la justice et le droit*, Actes du colloque organisé à Limoges les 20 et 21 nov. 2001, Presses universitaires de Limoges (PULIM), 2004, p. 19.

Pour renforcer la restriction des prétentions des acteurs du procès dans le temps afin de préserver le droit à un procès dans un délai raisonnable, le législateur communautaire procède à la computation et à la sanction de la méconnaissance des délais.

c. La computation et la sanction de la méconnaissance des délais

Dans le cadre de la réglementation des procédures collectives d'apurement du passif, il ressort qu'en ce qui concerne les délais prévus en matière de règlement préventif, de redressement judiciaire, de liquidation des biens, de faillite personnelle, le jour de l'acte, de l'événement ou de la décision qui les font courir, d'une part, et le dernier jour, d'autre part, ne sont pas comptés. Tout délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé, sera prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant. Il en sera de même pour les significations en mairie ou à parquet lorsque les services seront fermés au public le dernier jour du délai[394].

En matière commerciale, les délais de prescription se compte par jours et non par heures. Elle est acquise lorsque le dernier jour du terme est accompli[395].

Dans le cadre de la réglementation du pourvoi en cassation, il est prévu que lorsqu'un acte ou une formalité doit être accompli avant l'expiration d'un délai, celui-ci a pour origine la date de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la signification qui fait courir ce délai. Le jour au cours duquel survient cet acte, cet événement, cette décision ou cette signification, n'est pas compris dans le délai. Lorsqu'un délai est exprimé en mois, ou en année, il expire le jour du dernier mois ou de la dernière année qui porte le même quantième que le jour de l'acte, de l'événement, de la décision ou de la signification qui fait courir le délai. En principe, les délais se comptent de quantième en quantième. A défaut d'un quantième identique, le délai expire le dernier jour du mois. Les délais comprennent les jours fériés légaux, les samedis et les dimanches. Tout délai expire le dernier jour à 24 heures. Le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié dans le pays où l'acte ou la formalité doit être accompli est prorogé jusqu'au dernier jour ouvrable suivant[396].

A travers cette computation, l'on remarque que le législateur communautaire veut protéger le droit à un procès d'une durée raisonnable car le décompte des délais est une technique de lutte contre les revendications des plaideurs pouvant retarder la connaissance de l'affaire au fond et liées au point de départ d'un délai.

La Cour supranationale veille à l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable en appliquant strictement les dispositions relatives aux décomptes des délais de procédure. Elle n'hésite pas à déclarer irrecevable tout pourvoi formé hors délais[397]. Bien plus, elle procède elle-même au décompte des délais conformément au droit communautaire. Dans l'arrêt n° 017/2005 du 24 février 2005[398], elle déclare irrecevable pour non respect du délai prévu par

[394] Art. 218 AUPCAP.
[395] Art. 17 al 2 AUDCG révisé.
[396] Art. 25 du RPCCJA. Dans le même sens, v. art. 218 de l'AUPCAP.
[397] V. notamment, CCJA, arrêts n^{os} 005/2001 du 11 oct. 2001, RJCCJA n° spécial, janv. 2003, p. 4; 030/2005 du 26 mai 2005, RJCCJA n° 5, vol. 1, p. 18.
[398] RJCCJA, n° 5, janvier-juin 2005, vol. 1, p. 11.

les articles 28 et 25 alinéa 2 de son Règlement de procédure, le pourvoi enregistré le 27 juin 2003. La décision attaquée ayant été signifiée le 24 avril 2003, la Cour exclut le jour de la signification du délai de deux mois imparti pour former le pourvoi. Elle constate, par conséquent, que ledit délai qui avait commencé le 25 avril 2003, devrait expirer normalement le 25 juin 2003. Mais le 25 juin 2003 étant un dimanche, elle a prorogé le délai jusqu'au prochain jour ouvrable, le 26 juin 2003 à minuit. D'après tous ces calculs, le requérant n'est pas dans les délais. Dans une autre espèce, la Cour commune apporte une précision temporelle importante qui conforte l'idée selon laquelle elle inscrit la protection du droit à un procès dans un délai raisonnable au centre de ses préoccupations. Dans son arrêt n° 030 rendu le 26 mai 2005, le demandeur au pourvoi avait été saisi successivement par deux actes de signification de la décision objet du pourvoi. Face à cette double signification d'une décision de justice, la CCJA relève qu' « *en vertu des règles générales de procédure, la mention de la date de signification d'un acte dressé par un huissier de justice fait foi jusqu'à inscription de faux contre cet acte* ». Elle ajoute que l'examen des pièces de la procédure de pourvoi permet de réaliser qu'aucune procédure de faux n'a été inscrit et retient, par conséquent, la première date de signification de la décision attaquée comme celle devant servir de point de départ du délai de deux mois. Au regard de cette jurisprudence, en cas de double signification par un huissier d'une décision de justice, la première date de signification compte, en principe, pour déterminer le point de départ du délai de pourvoi ; la seconde ne peut, exceptionnellement, être retenue que si une procédure d'inscription en faux contre la première a abouti à son annulation.

Pour parachever son souci de limitation dans le temps des prétentions des parties afin de garantir le droit à un procès d'une durée raisonnable, le législateur OHADA a adopté plusieurs sanctions de la méconnaissance des délais légalement prévus. Les juges communautaires appliquent strictement ces sanctions. L'on distingue néanmoins les sanctions civiles des sanctions pénales.

Les sanctions civiles sont notamment constituées de l'irrecevabilité, de la caducité, de la responsabilité civile, de la résolution, de la faillite, de la continuation des poursuites et de l'annulation de la décision.

Le législateur communautaire a assorti certaines formalités procédurales de la sanction de l'irrecevabilité. Cette sanction frappe le justiciable qui ne respecte pas les délais d'exercice des voies de recours et d'accomplissement de certains actes de procédure. On peut citer, en matière de règlement préventif, l'obligation faite par l'article 7 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif au débiteur de déposer une offre de concordat dans le délai maximum de trente jours à compter de la requête en vue du règlement préventif. L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution prévoit l'irrecevabilité comme sanction de l'inobservation des délais impartis aux débiteurs pour élever les contestions en matière de

saisie. L'on peut relever l'irrecevabilité de l'article 170 qui sanctionne l'inaction du débiteur qui n'aurait pas élevé des contestations dans le délai imparti d'un mois prévu pour le faire[399].

La forclusion est utilisée comme sanction notamment du non respect des délais de saisine des juridictions, de la méconnaissance des délais d'exercice des voies de recours et d'accomplissement de certains actes de procédure[400]. Son article 4.2 précise que la demande de récusation d'un arbitre doit être envoyée à la partie, à peine de forclusion, soit dans les trente (30) jours suivant la réception par celle-ci de la notification, de la nomination ou de la confirmation de l'arbitre par la Cour, soit dans les trente (30) jours suivant la date à laquelle la partie introduisant la récusation a été informée des faits et circonstances qu'elle évoque à l'appui de sa demande de récusation, si cette date est postérieure à la réception de la notification susvisée. Les juridictions nationales et la CCJA appliquent strictement les règles établissant la forclusion pour non respect des délais de procédure[401].

La caducité quant à elle est retenue comme sanction de l'inobservation de certains délais de procédure. L'on peut citer, à titre illustratif, la caducité de la saisie conservatoire si le créancier s'abstient, dans le délai d'un mois qui suit la saisie prévu à l'article 61 de l'AUPSRVE, d'introduire une action aux fins d'obtention d'un titre exécutoire. De même, l'article 86 de cet Acte uniforme énonce que *« Dans un délai de huit jours à peine de caducité, la saisie conservatoire est signifiée au débiteur»*.

Une autre sanction du non respect des délais de procédure est la continuation des poursuites. En effet, lorsque le défendeur au pourvoi refuse de déposer son mémoire en réplique dans le délai légal, la CCJA qui l'a en vain rappeler à conclure, décide de statuer par défaut. Dans un arrêt rendu le 15 juillet 2004, la signification du pourvoi faite à la défenderesse par les soins du Greffier en chef de la CCJA, n'a pas été suivi du dépôt au greffe de la Haute juridiction d'un mémoire en réponse dans le délai légalement prévu. La CCJA décide de la continuation des poursuites et statue par défaut[402].

Enfin, l'article 13 alinéas 1 et 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif prévoit que sous peine d'engager sa responsabilité civile auprès du débiteur ou des créanciers, l'expert commis dépose au greffe, en double exemplaire, son rapport contenant le concordat préventif proposé par le débiteur ou conclu entre lui et ses créanciers, au plus tard dans les deux mois de sa saisine sauf autorisation motivée du Président de la juridiction compétente de proroger ce délai d'un mois. La matérialisation de cette responsabilité passe par le paiement des dommages et intérêts.

---

[399] Cette sanction trouve une explication pratique spécifique. Il est extrêmement rare, en pratique, que le débiteur menacé par la saisie ne proteste pas celle-ci. Il tentera par tous les moyens d'y mettre un obstacle ; le plus souvent, il initiera des contestations, parfois dans un but purement dilatoire.

[400]Il en est par exemple du délai de trois mois prévu pour exercer les revendications admises par le syndic, le juge commissaire ou la juridiction compétente (art. 101 AUPCAP).

[401] V. notamment, Douala, arrêts n[os], 051 du 20 févr. 2006 et 127 du 26 juin 2006, OHADA, Recueil de jurisprudences nationales op. cit., p. 165 et 166 et Lomé, arrêt n[o] 067 du 21 avr. 2009, Rec. *Ibid*., p. 316.

[402] CCJA, arrêt n[o] 025/2004 du 15 juillet 2004, RJCCJA n[o] 4, juil.-déc. 2004, pp. 16 et s.

Les sanctions pénales répriment le non respect des délais de procédure. A titre illustratif, l'article 43 de l'Acte uniforme ci-dessus dispose que *« Le ou les syndics sont chargés de représenter les créanciers (…). Ils ont la qualité de mandataires rémunérés et sont civilement responsables de leurs fautes dans les termes du droit commun, sans préjudice de leur responsabilité pénale ».* De même, l'article 42 du même texte retient la révocation comme sanction du syndic qui ne respecte pas divers délais à lui impartis pour accomplir certaines formalités procédurales dans le cadre des procédures collectives d'apurement du passif.

Plusieurs applications jurisprudentielles de ces sanctions, témoignent de la volonté des juridictions communautaires de s'associer au législateur régional pour asseoir le droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'aire OHADA[403]. A titre illustratif, la Cour d'appel de Yaoundé dans son arrêt n° 52 rendu le 06 février 2008, annule une sentence arbitrale prise après le délai de six mois impartit par l'article 12 de l'AUA à tout tribunal arbitral pour statuer dans le cas où la convention d'arbitrage n'a pas fixé de délai différent[404]. La Cour d'appel de Douala décide quant à elle que lorsqu'il apparait que le justiciable a agi plus de 15 jours impartis par l'article 15 de l'AUPSRVE pour ester en appel contre une ordonnance rendue en matière de contentieux de l'exécution, l'appel est irrecevable[405].

Ces mesures juridiques et judiciaires visant à asseoir le droit à un procès dans un délai raisonnable sont complétées par des mesures visant à faciliter l'exécution des décisions de justice.

B . La facilitation de l'exécution des décisions de justice

Le législateur africain a adopté plusieurs mesures facilitant l'exécution des décisions rendues par les juridictions en application du droit communautaire. De façon générale, il a organisé les voies d'exécution (1). De façon particulière, il a prévu un ensemble de mesures spéciales facilitant l'exécution des décisions de la CCJA (2) et des juridictions nationales (3).

1. L'organisation des voies d'exécution

Le législateur communautaire s'assure de l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'espace OHADA en mettant sur pied un véritable Code contenant une série de dispositions (338 au total) aux moyens propres à faciliter l'exécution non seulement des décisions de justice, mais aussi de tous les autres titres exécutoires : l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution. Dans ce texte, il consacre un véritable droit substantiel à l'exécution des décisions de justice en généralisant l'exécution provisoire et en consacrant l'exécution forcée des décisions de justice et autres titres exécutoires.

---

[403] En ce qui concerne le délai d'appel contre une ordonnance d'injonction de payer, v. CCJA, arrêt n° 003/2006 du 09 mars 2006, RJCCJA n° 7, janvier-juin 2006, p. 54. En ce qui concerne les délais d'opposition, v. CCJA, arrêt n° 007/2005 du 27 janvier 2005, RJCCJA n° 5, vol. 2, janvier-juin 2005, p. 20 et s. Pour ce qui est du délai de pourvoi en cassation, v. notamment, CCJA, arrêts n^{os} 005/2001 du 11 oct. 2001, RJCCJA n° spécial, janv. 2003, p. 4 ; 030/2005 du 26 mai 2005, RJCCJA n° 5, vol. 1, p. 18.

[404] Aff. Groupe PRODICOM SARL c/SDBC, OHADA, Recueil de jurisprudences nationales op. cit., p. 325.

[405] CA Douala, arrêt n° 051 du 20 févr. 2006, OHADA, Rec. de jurisprudences nationales op. cit., p. 165.

Classiquement conçue pour être ordonnée si elle est demandée et seulement pour les cas d'urgence ou de péril en la demeure[406], l'exécution provisoire est plutôt généralisée dans l'OHADA. Dans le cadre de la réglementation des voies d'exécution, le ton est donné à l'alinéa 1 de l'article 32 de l'AUPSRVE aux termes duquel *« A l'exception de l'adjudication des immeubles, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision .»* L'alinéa 2 de ce texte renchérit que « *L'exécution est alors poursuivie au risque du créancier, à charge pour celui-ci, si le titre est ultérieurement modifié, de réparer intégralement le préjudice causé par cette exécution sans qu'il ait lieu de relever de faute de sa part* .» Le législateur africain poursuit sa pensée dans l'article 42 de l'Acte uniforme. Après avoir posé à l'alinéa 2 dudit article que la décision du juge de l'exécution *« est susceptible d'appel dans un délai de quinze jours à compter de son prononcé »*, il ajoute à l'alinéa 3 que *« le délai d'appel comme l'exercice de cette voie de recours n'ont pas un caractère suspensif, sauf décision contraire spécialement motivée du Président de la juridiction compétente ». En matière immobilière,* l'alinéa 2 de l'article 247 du même texte allant dans le même sens, prévoit que la vente forcée d'immeuble peut exceptionnellement « *avoir lieu en vertu d'un titre exécutoire par provision, (…) mais l'adjudication ne peut être effectuée que sur un titre définitivement exécutoire et après la liquidation* ».

Comme on peut le constater, le législateur veut permettre au créancier de l'obligation d'exécution, notamment le justiciable qui a eu gain de cause, de parer au plus pressé et d'éviter que le débiteur n'entrave l'exécution future de la décision, notamment en exerçant les voies de recours dans un but dilatoire.

Si le législateur sauvegarde ainsi le droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'aire communautaire, il le fait davantage en consacrant l'exécution forcée. En effet, pour assurer l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'aire communautaire, le législateur africain consacre l'exécution volontaire. Mais, s'étant rapidement rendu compte que cette consécration ne garantit pas suffisamment l'effectivité de l'exécution des décisions de justice car le débiteur de l'exécution peut refuser de s'exécuter volontairement, il a renforcé son souci d'assurer l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable par la consécration de l'exécution forcée. C'est ainsi qu'il ressort, par exemple, de l'article 28 de l'AUPSRVE qu' *« A défaut d'exécution volontaire, tout créancier peut, quelle que soit la nature de sa créance, (…), contraindre son débiteur défaillant à exécuter ses obligations à son égard ou pratiquer une mesure conservatoire pour assurer la sauvegarde de ses droits »*. Pour assurer l'effectivité de l'exécution forcée, l'article 33 dudit Acte uniforme dresse la liste des titres exécutoires. La CCJA veuille à l'application de ces dispositions[407].

Au regard de la lettre de toutes ces dispositions, l'on peut soutenir qu'il n'est nullement question de l'impossibilité pour les juridictions nationales de suspendre l'exécution forcée

[406] En droit camerounais, v . les art. 54, 185 du CPCC et 76 al. 4 de l'ordon. du 29 juin 1981 sur l'état civil.

[407] V. notamment arrêts n[os] 013 du 18 mars 2004, Fotoh Fonjungo Tobias c/ Société Générale de Banque au Cameroun (SGBC) ; 009/2008 du 27 mars 2008, Société Côte d'Ivoire Télécom c/ Société Loteny Télécom, commentés par R. NEMEDEU, in *Les grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA*, L'Harmattan, 2010, p. 371 et s.

déjà engagée d'une décision de justice. L'emploi du verbe « *pouvoir* » par les articles 28 et 32 alinéa 1 de l'AUPSRVE est susceptible de fonder cette compréhension. Cependant, la Cour supranationale prend la thèse contraire en affirmant constamment l'impossibilité de surseoir à l'exécution forcée déjà entamée[408]. Selon la Cour régionale, la correction à titre conservatoire d'une erreur de calcul du premier juge ne peut même fonder la suspension de l'exécution et le versement du montant de la condamnation entre les mains d'un séquestre, constitue une suspension inadmissible de l'exécution[409]. Bien que sa position soit critiquable[410], il y a lieu de relever qu'elle tend à asseoir l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable.

En outre, les sentences rendues par la CCJA peuvent faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire de chacun de ces Etats après le prononcé d'une décision d'exéquatur[411]. En sus de cette mesure déjà relative aux décisions de la Cour commune, le législateur régional assure aussi l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'espace OAHADA en prenant d'autres mesures spéciales facilitant l'exécution des décisions de cette juridiction.

2. La prise des mesures spéciales facilitant l'exécution des décisions de la CCJA

Le législateur communautaire a reconnu l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire aux arrêts rendus par la Cour commune. Et pour compléter la force exécutoire, il neutralise toute décision nationale concurrente et contraire.

L'article 20 du Traité de Port-Louis prévoit que « *les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont autorité de chose jugée (…)* ». Cela signifie que, sous réserve des voies de recours extraordinaires, la même chose ne peut être jugée entre les mêmes parties dans un autre procès devant une autre juridiction[412]. La reconnaissance de l'autorité de la chose jugée aux arrêts de la CCJA a notamment pour effet de garantir l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable, parce qu'elle a pour conséquence d'anticiper l'exécution de la décision entre les parties.

Il en va de même de la reconnaissance de la force exécutoire. Contrairement au droit interne où les décisions de justice sont exécutoires pour les parties, c'est-à-dire qu'à défaut pour elles

---

[408] V. notamment CCJA, arrêts n^{os} 002/ 2001 du 11 oct. 2001, RJCCJA n^{o} spécial, janv. 2003, p. 37 et 012/2008 du 27 mars 2008, Zongo André et Ayant droit de feu Koama Paul c/ Société Générale d'Entreprise Bâtiment Génie civil (SOGEPER).

[409] Arrêt n^{o} 08/2006 du 09 mars 2006, Ayants droit de K.O.K. c/ Société Ivoirienne d'Assurance Mutuelle (SIDAM) et Caisse de Règlement Pécuniaire des Avocats dite CARPA.

[410] Pour les critiques, v. notamment, H. TCHANTCHOU et A. NDZUENKEU, « *L'exécution provisoire à l'ère de l'OHADA* », Juridis Périodique n^{o} 60, oct-nov-déc. 2004, pp.87 et s; S. SOUOP, « *Pour qui sonne le glas de l'exécution provisoire ?* », note sous arrêt époux Karnib, *Juridis Périodique* n^{o} 54, pp. 102 et s et J. FOMETEU, Observations sous arrêt CCJA n^{o} 08/2006 du 09 mars 2006 op. cit., in *Les grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA*, ci-dessus, p. 469 et s.

[411] Art. 25 du Traité de Port-Louis et 27 (2) du Règlement d'arbitrage de la CCJA.

[412] Malgré le silence des textes, les arrêts de la CCJA ont aussi force de chose jugée, ce qui signifie qu'ils ne peuvent pas être attaqués par aucun recours suspensif d'exécution. C'est ce qui ressort de l'analyse combinée des articles 47 et 49 du règlement de procédure de la Cour commune qui n'autorisent contre les arrêts de cette juridiction que les voies de recours extraordinaires : la tierce opposition et la révision.

de s'y conformer volontairement, elles peuvent y être contraintes, le principe traditionnel du droit international public est l'absence de caractère exécutoire des décisions de justice rendues par les juridictions internationales. La situation est différente en droit OHADA où l'article 20 du Traité précise que « *les arrêts de la Cour commune de justice et d'arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des Etats parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales* »[413]. La reconnaissance de la force exécutoire aux arrêts de la CCJA, est un facteur de l'effectivité de l'exécution de ces décisions car elle contribue à faciliter leur exécution en dispensant les parties de l'obligation de solliciter leur reconnaissance et l'exequatur. Elle l'est d'autant plus que l'article 46-2 du Règlement de procédure de cette Cour, consacre l'exclusivité de la suspension de l'exécution forcée à la Cour commune. L'on se rend compte dès lors que l'exécution effective des arrêts de la CCJA est la règle et leur inexécution, l'exception.

Il en est ainsi d'autant plus que l'on sait que le législateur communautaire à procédé à la neutralisation de toute décision nationale concurrente et contraire aux arrêts de la CCJA. En effet, l'article 20 *in fine* du Traité précise que dans une même affaire, une décision nationale contraire aux arrêts de la Cour supranationale ne peut faire l'objet d'une exécution sur le territoire d'un Etat partie à l'OHADA. La suprématie des décisions rendues par la Cour sur l'ensemble des décisions prises par les juridictions nationales, se trouve ainsi affirmée et leur exécution effective est assurée. En effet, malgré l'affirmation de la force exécutoire et de la force de chose jugée, l'on ne peut pas définitivement exclure toute intervention judiciaire étatique dans une même affaire ayant déjà eu une solution de la Cour commune. Or, la décision issue de cette intervention peut nuire à l'exécution effective de l'arrêt rendu par la CCJA.

Bien plus, il ressort des articles 25 (1) du Traité et 27 (1) du Règlement d'arbitrage de la CCJA que les sentences arbitrales rendues dans le cadre de l'arbitrage sous l'égide de cette Cour *« ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat »*. Deux facteurs de l'exécution effective des sentences arbitrales se dégagent de ces textes : la reconnaissance de plein droit de l'autorité de la chose jugée[414] et l'extension de la portée de cette autorité sur chaque Etat membre de l'OHADA[415].

[413] L'article 41 du Règlement de procédure de la CCJA prévoit même la date de la prise d'effet de la « *force obligatoire* » des arrêts de la Cour à compter du jour de leur prononcé.

[414] La reconnaissance d'office de l'autorité de la chose jugée implique que l'existence de cette autorité n'est soumise à aucune décision nationale et le bénéficiaire de la sentence qui veut se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur peut, avant l'exécution de celle-ci, prendre des mesures conservatoires à l'encontre de son débiteur sur des biens et créances existants dans un autre Etat.

[415] L extension de la portée de l'autorité de la sentence est un facteur de l'effectivité du droit d'accès à la justice car elle rend leur exécution plus facile que les sentences internationales. En effet, pour qu'une sentence internationale ait autorité de la chose jugée dans un autre Etat, il faut que cet Etat se soit engagée à reconnaître l'autorité de cette sentence et à en accorder l'exécution conformément aux règles de procédure de l'Etat d'exécution et aux conditions fixées par la Convention. (Art. 3 de la Convention de New York).

Si ces textes rendent déjà compte du souci d'assurer l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable à travers la garantie de l'exécution effective des sentences arbitrales, cette volonté est appuyée par une option qui renforce la volonté du législateur. Il s'agit de la règle énoncée par l'alinéa 2 de l'article 25 du Traité selon laquelle la CCJA a seule compétence pour rendre une décision d'exéquatur. L'on s'en aperçoit que l'inexécution des sentences arbitrales constitue l'exception et leur exécution, la règle.

L'exécution des sentences arbitrables rendues par les juridictions nationales fait aussi l'objet d'une règlementation communautaire spéciale visant à assurer l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'espace OHADA.

3. La prise des mesures spéciales facilitant l'exécution des décisions nationales

Bien que l'OHADA n'ait pas eu, en général, pour objectif l'unification des règles de droit processuel applicables devant les juridictions nationales[416], elle a, exceptionnellement, pris certaines mesures facilitant l'exécution des décisions des juridictions judiciaires et arbitrales.

D'une part, il ressort de l'article 27 alinéa 3 de l'Acte uniforme relatif au contrat de transport des marchandises par route que lorsqu'un jugement rendu par une juridiction d'un Etat partie à l'OHADA est devenu exécutoire dans l'Etat où il est rendu, *« il devient également exécutoire dans chacun des autres pays membres aussitôt après accomplissement des formalités prescrites à cet effet dans l'Etat intéressé »*. L'article précise *in fine*, et cela montre suffisamment la volonté de faciliter l'exécution des décisions des juridictions nationales dans l'aire communautaire en matière de transport, que *« Ces formalités ne peuvent comporter aucune révision de l'affaire »*.

D'autre part, plusieurs mesures sont prises pour faciliter l'exécution effective des sentences arbitrales rendues par les juridictions nationales. En effet, l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage contient des mesures spéciales destinées à assurer l'effectivité de l'exécution des sentences arbitrales issues de l'arbitrage traditionnel. Il ressort par exemple de son article 23 que *« La sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche »*. L'autorité de la chose jugée ainsi conférée à la sentence est un facteur de l'effectivité de son exécution. En effet, elle permet, à travers l'utilisation de l'exception de la chose jugée, d'éviter qu'une contestation tranchée soit à nouveau portée devant une juridiction arbitrale ou étatique et qu'une sentence arbitrale puisse constituer un titre autorisant la mise en œuvre des mesures conservatoires. Poursuivant son objectif d'assurer l'exécution effective des sentences arbitrales, le législateur communautaire fixe certaines règles relatives à leur reconnaissance et à leur exécution[417].

En revanche, le législateur africain ne réglemente nullement la procédure d'exequatur des sentences prises dans le cadre de l'arbitrage traditionnel ; il laisse ainsi cette tâche aux différentes législations nationales. Ceci relativise l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable, car la circulation de ces sentences aurait été facilitée si la procédure

[416] La définition des matières qui relèvent de la compétence de l'Organisation par l'article 2 du Traité le prouve.
[417] Cf. les articles 30 et suivants de l'AUA.

uniforme d'exequatur avait été établie. Ce constat témoigne d'ores et déjà de la limitation de la protection du droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'espace OHADA.

II. La limitation de la protection

L'analyse du droit OHADA et de ses applications par les juridictions communautaires, permet de se rendre compte de la protection limitée du droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'espace OHADA. Plusieurs facteurs concourent à cette limitation. Certains sont des limites textuelles, et d'autres des limites factuelles (B).

A. Les limites textuelles

Plusieurs limites textuelles au droit à un procès dans un délai raisonnable existent dans l'aire OHADA. Néanmoins, l'on peut distinguer l'inadéquat encadrement des délais de procédure (1), l'influence de certaines dispositions régissant les voies d'exécution (2) et quelques complications procédurales imputables au législateur communautaire (3).

1. L'inadéquat encadrement des délais de procédure

Le législateur communautaire a inadéquatement encadré les délais de procédure. C'est ainsi qu'il a non seulement omis de consacrer certains délais de procédure (a) mais, il a aussi insuffisamment prévu des sanctions au non respect de certains délais (b). Plus grave encore, il n'a pas prévu des sanctions à l'inobservation de certains délais de procédure (c).

a. L'omission de certains délais de procédure

Certains délais de procédure ne sont pas nettement fixés par le législateur OHADA. Il ressort notamment de l'article 28 du Règlement de procédure de la CCJA que les mentions et pièces qu'il prescrit le sont sous peine d'irrecevabilité du pourvoi ; mais avant d'arriver à cette sanction, le Greffier en chef est tenu de fixer au requérant un « *délai raisonnable* » aux fins de régularisation ou de production des pièces manquantes à la requête. Il ressort aussi de la combinaison des alinéas 3 et 4 de l'article 46 de ce Règlement que toute demande tendant à surseoir à l'exécution forcée d'une décision de la CCJA est *« immédiatement »* signifiée aux autres parties, auxquelles le Président fixe un *« bref délai »* pour la présentation de leurs observations écrites ou orales ; il statue par voie d'ordonnance motivée *« immédiatement »* signifiée aux parties.

De façon générale, l'évocation des caractères « *raisonnable* », *« immédiat »* et *« bref »* du délai ne résout pas entièrement le problème des lenteurs judiciaires, car elle ne permet pas d'établir avec précision la durée de ce délai. Plus distinctement, en ce qui concerne le délai de régularisation, il convient de relever que la possibilité de régularisation est, en soi, une source de lenteur judiciaire. Elle est une porte ouverte au dilatoire car elle peut motiver les parties au pourvoi en cassation devant la CCJA à déposer des recours incomplets sachant qu'il leur sera demandé de les régulariser ; ce qui leur permettra de gagner du temps. Cette attitude s'explique d'autant plus que les délais de régularisation doivent être augmentés des délais de

distance si les parties ont leur résidence habituelle hors de la Côte d'Ivoire[418]. Dans la pratique, les parties ont, plusieurs fois, été invitées en vain par le Greffier en chef à l'effet de régulariser leurs recours et la CCJA a été obligée à rendre des décisions d'irrecevabilité pour non production par les requérants de certaines pièces dans les délais de régularisation[419]. Pour faire l'économie de ce temps perdu à attendre la régularisation, une double suggestion complémentaire peut être envisagée. D'une part, il importe de supprimer la possibilité de régularisation. D'autre part, un contrôle rigoureux des pièces au moment du dépôt du recours en cassation, avec pour conséquence le rejet systématique à partir du greffe de tout dossier non conforme à l'article 28 du Règlement de procédure de la CCJA, devrait être institué en lieu et place de la possibilité de régularisation.

En outre, dans d'autres dispositions toujours relatives aux délais de procédure, le problème des lenteurs judiciaires liés à la non fixation de la durée se pose avec acuité.

D'abord, le délai de pourvoi en cassation contre une décision nationale rendue par un juge national compétent à la suite d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale, n'est pas prévu. L'article 25 (3) de l'Acte uniforme relatif à l'arbitrage souligne seulement, sans aucune précision sur le délai de pourvoi, que *«La décision du juge compétent dans l'Etat-partie n'est susceptible que de pourvoi en cassation devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage .»*[420] Certes, si par analogie, l'on peut soutenir que ce délai est le même que celui fixé par l'article 28 du Règlement de procédure de la CCJA en ce qui concerne les pourvois en cassation en matière judiciaire, une telle démarche ne peut être transposée aux autres omissions de délais dans le cadre de la réglementation de ce recours. L'alinéa 2 de l'article 23 du Règlement de procédure de la CCJA se limite seulement à retenir que lorsqu'un avocat se trouve exclu de la procédure de pourvoi en cassation, celle-ci est suspendue jusqu'à l'expiration d'un délai fixé par le Président pour permettre à la partie intéressée de désigner un autre avocat.

Ensuite, l'article 47 du Règlement de procédure de la Cour commune, donne droit à toute personne physique ou morale de pouvoir présenter une demande en tierce opposition contre un arrêt rendu à la suite du pourvoi sans référence aucune à la durée requise pour exercer ce droit. Par conséquent, une personne de mauvaise foi sachant que le dénouement d'un pourvoi va lui causer grief, peut s'abstenir d'exercer à temps son droit d'intervention consacré par l'article 45 du Règlement tout en sachant qu'elle va former une demande en tierce opposition qui sera acceptée, puisqu'elle n'a pas été appelée et va justifier que l'arrêt préjudicie à ses droits. De même, l'alinéa 6 de l'article 46 du Règlement de procédure de la CCJA prévoit que si le Président de l'une des chambres de cette juridiction saisie d'une demande tendant à surseoir à l'exécution forcée d'un de ses arrêts rejette la demande, la partie qui l'avait introduite peut présenter une autre demande fondée sur des faits nouveaux sans

[418] V. Décision n° 002/99/CCJA du 14 févr. 1999 augmentant les délais de procédure en raison de la distance.

[419] V. notamment, CCJA arrêts n^{os} 004/2001 du 11 oct. 2001, RJCCJA n° spécial, janvier 2003, p. 3 et 005/ 2002 du 10 janvier 2002, 006//2001 du 11 oct. 2001, RJCCJA n° spécial, janv. 2003, pp. 7 et s.

[420] Aucun délai pour agir n'est prévu pour l'exercice des recours en révision et en tierce-opposition contre une sentence arbitrale pourtant consacrés par cette disposition.

fixer de délai pour cette nouvelle action. Sans aucune précision relative au délai, il ressort de l'analyse rapprochée des alinéas 2 et 3 de l'article 50 du Règlement précité que les autres parties à l'arrêt dont la révision est demandée, peuvent présenter des observations écrites sur la recevabilité de la requête qui seront communiquées à la partie dont émane la demande. En disposant ainsi, le législateur communautaire ne va pas au bout de sa logique car il tranche nettement avec sa rigueur temporelle dont il a fait montre notamment en enfermant les conclusions de la partie défenderesse au pourvoi dans un intervalle de temps bien précis[421].

Enfin, l'on note l'absence de délai d'apposition de la formule exécutoire sur les arrêts de la CCJA[422]. En effet, l'article 46 du Règlement de procédure de la CCJA se limite à relever que l'exécution forcée des arrêts de cette Cour est régie par les règles de la procédure civile en vigueur dans l'Etat sur le territoire duquel elle a lieu. Il ajoute sans précision de délai que cette formule est apposée sans autre contrôle que celui de la vérification de l'authenticité du titre, par l'autorité nationale que le gouvernement de chaque Etat partie est chargé de désigner et de donner connaissance à la Cour. Il précise qu'après l'accomplissement de ces formalités à la demande de l'intéressé, celui-ci peut poursuivre l'exécution forcée en saisissant directement l'organe compétent selon la législation nationale. On entrevoit donc des lenteurs judiciaires, puisque celui qui veut faire exécuter l'arrêt doit à chaque fois s'adresser à l'autorité nationale de l'Etat partie sur le territoire duquel l'arrêt doit s'appliquer.

Fondée du pouvoir de vérifier l'authenticité de l'arrêt rendu par la CCJA, l'autorité compétente peut en abuser d'autant plus que rien n'est prévu, ni pour sanctionner l'abus, ni dans le but de réprimer un Etat qui ne désigne pas l'autorité compétente pour apposer cette formule. Pour remédier à cette situation, il serait nécessaire que le législateur OHADA fixe le délai d'apposition de la formule exécutoire et prenne des sanctions visant la mise en œuvre de la responsabilité de tout Etat, pour manquement aux obligations communautaires, qui ne désignera pas l'autorité compétente pour apposer cette formule[423]. Il s'agit pour le législateur communautaire d'instituer le recours en manquement des obligations conventionnelles des Etats parties à l'OHADA[424]. Et parce que l'Etat a *« un devoir de protection juridictionnel de*

[421] V. l'article 30 du RPCCJA.

[422] Ce vide juridique est une source d'insécurité judiciaire car le procès n'est véritablement terminé que lorsque la décision rendue par le juge est exécutée.

[423] C'est un recours ouvert contre un Etat partie à une Organisation internationale qui ne respecte pas ses engagements communautaires ou dont les juridictions continuent d'appliquer une législation contraire à une ou à des dispositions de la convention régissant cette institution. Sur ce recours, v. notamment l'article 38 du traité UEMOA, le Protocole additionnel n° 1 relatif aux organes de contrôle de cette Organisation.

[424] Plus généralement, le législateur peut prendre une disposition prévoyant que les Etats membres de l'OHADA ont le devoir d'assurer aux juges appliquant le droit communautaire les moyens nécessaires au bon fonctionnement de leur mission et notamment au traitement des affaires dans un délai raisonnable. La proposition est inspirée du droit européen. Le Conseil européen a élaboré une Charte européenne des juges en juil. 1998 dont l'art. 1-6 dispose que l'Etat a le devoir d'assurer au juge ou à la juge les moyens nécessaires au bon fonctionnement de leur mission et notamment au traitement des affaires dans un délai raisonnable. Le législateur communautaire, dans le but d'accélérer les procédures devant les juridictions nationales, peut aussi prendre une disposition obligeant les Etats parties à l'OHADA de mettre sur pied un recours devant une instance interne qui est chargée de contrôler la violation du droit à un procès dans un délai raisonnable (Dans le même sens, v. CEDH, 26 oct. 2000, Kulda c/ Pologne, AJDA 2000, 1012, obs. Flaus ; *RTD Civ.* 2001, 443, obs.

l'individu »[425], le fait pour un Etat membre de l'Organisation de s'abstenir de prendre des mesures qui s'imposent devrait être sanctionné par la responsabilité de cet Etat qui sera mise en œuvre dans le cadre de l'exercice de ce recours.

Dans la même perspective, il est simplement prescrit que la saisie des rémunérations ne peut être pratiquée qu'après une tentative de conciliation obligatoire devant la juridiction compétente du domicile du débiteur[426]. Aucun délai pour clore la procédure de conciliation n'étant fixé, elle peut prendre une journée ou une semaine ; elle peut aussi durer plusieurs mois, voire plusieurs années. Cette longévité n'aura alors d'autres effets que de retarder davantage la durée pour mener à terme la procédure engagée. Il serait nécessaire que le législateur communautaire fixe un délai maximum pour la conduite de cette audience.

La non fixation des délais de procédure n'est pas la seule cause des lenteurs judiciaires dans l'aire communautaire. L'inobservation par certaines juridictions communautaires des délais pourtant légalement fixés en constitue une cause des lenteurs judiciaires dans cet espace. Dans l'affaire ayant opposé NJI PEPOUNA Amadou et autres aux Etablissements Gortzounian, ces derniers avaient été assignés pour comparaître à l'audience du 20 janvier 2005 du Tribunal de Grande Instance du Moungo, en vue de s'entendre prononcer la liquidation de leurs biens[427]. Alors qu'en pareille hypothèse la juridiction saisie dispose, conformément à l'article 15 (4) de l'AUPCAP, d'un délai d'un mois pour vider sa saisine, ce n'est qu'en date du 21 juillet 2005, c'est-à-dire plus de sept mois, qu'elle s'est finalement prononcée. Bien plus, l'examen des arrêts d'incompétence de la CCJA permet de réaliser que cette juridiction ne respecte pas le délai de trente jours prévu par l'article 17 du Traité pour qu'elle puisse se prononcer sur son incompétence. Dans l'affaire Société Générale France c/ El Hadj Boubacar HANN[428], le pourvoi est formé le 14 décembre 2006 et la CCJA a rendu son arrêt d'incompétence le 25 mars 2010. Elle a ainsi attendu plus de trois (03) ans pour rendre un arrêt d'incompétence. Même si la Cour commune a attendu un (01) an pour signifier le pourvoi à la partie défenderesse, l'article 29 de son Règlement de procédure ne prévoyant aucun délai pour la signification du pourvoi, il est certains qu'elle n'a pas respecté le délai de trente jours ci-dessus car le défendeur au pourvoi dispose d'un délai de trois (03) mois à compter de la signification du recours pour présenter son mémoire en réponse qui normalement doit contenir l'exception d'incompétence puisque cette dernière doit être présentée dans le délai fixé pour le dépôt de la première pièce de procédure[429].

Marguénaud). La CCJA pour sa part, sera fondée du pouvoir d'exercer ce contrôle au niveau communautaire. Dans l'un est l'autre cas, il serait nécessaire de préciser que la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour dysfonctionnement des services publics de la justice.

[425] L. FAVOREU, *Du déni de justice en droit public français*, thèse, LGDJ, 1964, p. 534.
[426] Articles 179-182 AUPSRVE.
[427] TGI Moungo (Nkongsamba, Cameroun), jugement n° 48/Civ du 21 juillet 2005.
[428] Arrêt n° 019/2010 du 25 mars 2010.
[429] Articles 30 et 32 du RPCCJA.

Ce cas n'est pas isolé car l'exploitation de plusieurs arrêts d'incompétence de la CCJA permet de rendre compte qu'elle ne respecte pas le délai de trente jours prévu par l'article 17 du Traité[430]. Dans la plupart de ces arrêts, la Cour supranationale choisit d'appliquer les dispositions de l'alinéa 1 de l'article 32 de son Règlement de procédure qui, contrairement à ce que prévoit l'article 17 du Traité, lui permettent de statuer distinctement sur l'exception ou de la joindre au fond par un arrêt avant dire droit. En joignant l'exception d'incompétence au fond, la Cour régionale ouvre la porte aux recours dilatoires, car une partie sachant que la CCJA peut joindre au fond cette exception que l'autre partie pourra soulever, peut être tentée de saisir la Cour commune pour gagner du temps quand bien même elle est persuadée que cette dernière est manifestement incompétente. La tentation s'avère irrésistible d'autant plus que dans certains cas où le législateur communautaire a fixé des délais de procédure, il a insuffisamment prévu des sanctions de leur inobservation.

b. L'insuffisance des sanctions au non respect de certains délais

L'exploitation de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif permet de se rendre compte de l'insuffisance des sanctions au non respect de certains délais de procédure. L'article 13 de cet Acte uniforme dispose seulement que sous peine d'engager sa responsabilité civile vis-à-vis des débiteurs et des créanciers, l'expert commis dépose au greffe, en double exemplaire, son rapport contenant le concordat préventif proposé par le débiteur ou conclu entre lui et ses créanciers, au plus tard dans les deux mois de sa saisine, sauf autorisation motivée du président de la juridiction compétente de proroger ce délai d'un mois. Il n'est pas fait allusion à la possibilité de sa révocation ; l'unique sanction retenue étant la responsabilité civile.

Cette sanction est insuffisante et ne joue pas assez le rôle dissuasif nécessaire pour pousser tous les experts à respecter scrupuleusement les délais. Pour garantir la célérité procédurale, la révocation devrait être, à côté de la responsabilité civile, une sanction retenue contre l'expert qui n'agit pas dans les délais. La promptitude des effets de la révocation est plus avérée que celle de l'action en dommages et intérêts dans le cadre d'une procédure en responsabilité civile.

Il s'avère également nécessaire pour garantir la célérité raisonnable des procédures collectives d'apurement du passif, d'ajouter à la révocation prévue par l'article 42 de l'Acte uniforme, les dommages et intérêts comme sanctions au non respect des délais impartis aux syndics pour accomplir les formalités procédurales.

Au regard de ce qui précède, l'on peut dire que le droit à un procès dans un délai raisonnable est un droit limité dans l'espace OAHADA car les sanctions prévues par le législateur pour réprimer la violation des délais d'accomplissement de certains actes de procédure sont insuffisantes. La situation devient préoccupante quand l'on sait que la violation de certains délais de procédure n'est même pas assortie de sanction.

c. L'absence de consécration des sanctions au non respect de certains délais

[430] V. notamment, CCJA, arrêts n[os] 045, 046 et 047/2005 du 07 juillet 2005, RJCCJA no 6 juil.-déc. 2005, pp. 5-14 ; 051 et 056/2005 du 21 juil. 2005, RJCCJA préc. pp. 15-20.

En bien de points, le législateur africain a imparti des délais pour accomplir certaines diligences procédurales sans prévoir des sanctions au non respect de ceux-ci. Dans la règlementation des procédures simplifiées de recouvrement des créances, le législateur communautaire impartit un délai de huit jours, à compter de la date de l'acte de conversion, à l'huissier ou l'agent d'exécution pour procéder à la vérification des biens saisis et dresser un procès verbal des biens manquants ou dégradés sans pourtant sanctionner la violation d'une telle exigence temporelle[431]. Dans la réglementation des procédures collectives d'apurement du passif, il a notamment imposé aux juridictions compétentes d'instance de statuer dans le mois, aux juridictions d'appel de juger sur pièce et dans le même délai, au Président de la juridiction compétente de convoquer le débiteur dans un délai de huit (08) jours à compter du dépôt du rapport[432], sans assortir le manquement au respect de ces délais des sanctions.

L'absence de sanction transforme ces exigences en une simple recommandation sans effet contraignant nécessaire pour garantir l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable. La conséquence qui en découle est celle du non respect des délais par les juridictions nationales. A titre illustratif, dans l'affaire ayant opposé la société BERARDI-CAM S.A. à divers créanciers, le Tribunal de grande instance du Moungo avait été saisi par requête enregistrée le 18 décembre 2006 aux fins de règlement préventif. Alors qu'elle dispose conformément à l'article 15 (4) de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, d'un mois pour se prononcer, elle n'a statué qu'en date du 08 mai 2007, soit environ 4 mois de sa saisine[433].

Cette absence de consécration des sanctions de la violation du délai raisonnable par les juges étatiques s'explique, entre autres par le fait que l'OHADA n'a pas pour objet l'unification des règles de droit processuel et d'organisation judiciaire. Pour rendre effectif le droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'espace OHADA, il aurait été nécessaire qu'un Acte uniforme portant droit processuel soit adopté par le législateur communautaire. Cet Acte uniforme devrait contenir des dispositions faisant de lui une véritable charte communautaire des juges. Dans cet Acte uniforme, plusieurs précautions visant à rendre effectif le droit à un procès dans un délai raisonnable devraient être prises. L'on pense à la prise d'une disposition prévoyant que les Etats membres de l'Organisation ont le devoir d'assurer aux juges appliquant le droit communautaire les moyens nécessaires au bon fonctionnement de leur mission et notamment au traitement des affaires dans un délai raisonnable. Le fait pour un Etat membre de l'Organisation de s'abstenir de prendre des mesures qui s'imposent devrait être sanctionné par la responsabilité de cet Etat qui sera mise en œuvre dans un recours à introduire dans l'ordonnancement juridique de l'OHADA : le recours en manquement des obligations des Etats parties ci-dessus évoqué. L'on pense aussi à l'introduction dans cet Acte uniforme à adopter d'une disposition obligeant les Etats parties à l'OHADA de mettre sur pied un recours devant une instance interne qui est chargée de contrôler la violation du droit à un procès dans un délai raisonnable. La CCJA pour sa part, sera fondée du pouvoir d'exercer ce contrôle au

[431] V. art. 70 AUPSRVE. Saisi de ce problème, le Président de la Cour d'appel de Ouagadougou (ord. réf. n° 29-00 du18 mai 2000), a appliqué le principe « pas de nullité sans texte » pour débouter le débiteur saisi de sa demande en nullité.
[432] Art 14 de l'AUPCAP.
[433] V. TGI Moungo (Nkongsamba, Cameroun), jugement n° 48/Civ du 21 juillet 2005, ci-dessus évoqué.

niveau communautaire. Dans l'un est l'autre cas, il serait nécessaire de préciser que la responsabilité de l'Etat peut être engagée pour dysfonctionnement du service public de la justice[434].

L'absence de consécration de ces délais de procédure et de sanctions réprimant leur violation ne constituent pas les seuls obstacles à la célérité procédurale recherchée par le législateur communautaire ; celle-ci est davantage perturbée par quelques dispositions de droit processuel communautaire.

2. L'influence des dispositions régissant les voies d'exécution

Au regard des dispositions relatives aux procédures de recouvrement et des voies d'exécution, l'objectif affiché par le législateur communautaire d'assurer la célérité traditionnellement propre au droit des affaires, ne semble pas totalement atteint.

De façon générale, en abrogeant à l'article 336 de l'AUPSRVE toutes les dispositions internes, les rédacteurs de ce texte ont voulu mettre en œuvre un ensemble de règles ayant seules pour vocation de régir des procédures *« simplifiées »* de recouvrement des créances et des voies d'exécution dont la simplicité est gage de leur célérité. Or, la pratique de ces procédures révèle que très souvent les règles édictées ne peuvent accéder à une vie juridique autonome ; leur articulation avec les règles de droit national étant inévitable compte tenu des innombrables renvois aux législations des Etats parties à l'OHADA qui sont tantôt explicites, tantôt implicites[435]. Cette obligation de combiner la loi nationale et le droit communautaire, complexifie les procédures pourtant simplifiées et, partant, les alourdit considérablement. Cette complexité est aussi perceptible dans les voies d'exécution où *« s'expriment aujourd'hui, contrairement à ce que l'on aurait pu penser, les particularismes locaux, comme en témoignent les décisions des juridictions nationales dont l'abondance n'a d'égale que la diversité »*[436].

Plus distinctement, plusieurs dispositions de cet Acte uniforme régissant les procédures de saisie peuvent avoir pour conséquence, sinon de suspendre définitivement l'exécution forcée des décisions de justice, du moins d'en allonger considérablement la durée. C'est notamment le cas de certaines dispositions organisant les créances à exécution successive, la constitution du débiteur comme gardien des biens saisis, l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, les délais d'opposition et la saisie immobilière.

Dans le cadre des saisies qui portent sur des créances à exécution successive[437], le tiers saisi se libère au fur et à mesure que s'accomplissent les échéances. Par conséquent, la durée de l'exécution dépend largement du niveau de vie et des rémunérations du débiteur saisi. Or, au

[434] Pour cette responsabilité, v. TGI de Paris, 6 juil. 1994, JCP 1994, I. 3805, n° 2, obs. Cadiet.

[435] Il suffit pour s'en convaincre de lire notamment les dispositions des articles 15, 49, 50, 63 de l'AUPSRVE.

[436] N. DIOUF, Commentaires de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, *in OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annoté*, Juriscope, 3e éd., 2008, p. 754.

[437] Il s'agit presque toujours de la saisie ou de la cession des rémunérations, de la procédure simplifiée pour les créances d'aliments et dans une certaine mesure de la saisie- attribution (Art.167 AUPSRVE).

regard de la modicité des salaires, la durée de l'exécution sera indubitablement longue pour les débiteurs mal rémunérés. L'hypothèse d'école pouvant élucider cette lenteur est celle d'un employé, qui touche un salaire mensuel de 50.000 FCFA, débiteur saisi, condamné à payer pour diverses causes au créancier une somme de 500.000 FCFA. La tentative de conciliation, qui aura duré on ne sait combien de temps, n'ayant pas abouti, il est procédé à une saisie des rémunérations entre les mains de son employeur. En pareille circonstance, la quotité saisissable légale du salaire s'élève à 12.500 FCFA par mois[438]. A ce rythme, il faudrait compter au moins trois (03) années pour que le débiteur efface sa dette, encore faut-il qu'il conserve son emploi tout ce temps, et ce sans compter les intérêts.

La situation n'est guère plus reluisante lorsque le débiteur aura été fait gardien des biens saisis. En effet, une fois la saisie des meubles corporels pratiquée, le droit communautaire prévoit que les biens sont placés sous la garde du débiteur saisi ou du tiers détenteur entre les mains de qui la saisie a été effectuée[439]. La solution est jugée intéressante parce qu' *« elle évite la désignation systématique d'un séquestre qui serait source de frais, tout en laissant au saisi l'usage des biens soumis à sa garde, dans la mesure où cela est compatible avec son obligation de les conserver en l'état »*[440]. Mais, elle n'est pas sans risque pour le créancier. La possession du bien saisi par le débiteur anéantit la pression morale et sociale qui pourrait l'inciter à payer ses dettes dès les premiers actes en vue d'un recouvrement forcé. Par ailleurs, un débiteur de mauvaise foi aux abois profitera de sa constitution comme gardien des biens saisis pour distraire ceux-ci dans le but de les soustraire à la vente. Il s'ensuivra alors un nouveau procès sur plainte éventuelle du créancier, une nouvelle condamnation, des voies d'exécution forcée pour une nouvelle saisie d'hypothétiques biens placés à nouveau sous la garde du débiteur qui pourra une fois de plus les distraire. Au bout du compte, l'on aboutira à un cercle vicieux, une situation où les délais d'exécution se trouvent étalés encore et encore dans le temps.

La situation n'est guère différente en ce qui concerne la saisie des biens des personnes morales de droit public. L'alinéa 1 de l'article 30 de l'AUPSRVE pose le principe de l'interdiction de saisie des biens des personnes morales de droit public et de l'immunité d'exécution de ces dernières en ces termes : *« L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. »*[441] L'alinéa 2 de cette disposition atténue cette immunité en prévoyant la possibilité de compensation entre les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public et les dettes remplissant les mêmes conditions dont quiconque est tenu envers ces personnes. Si cette solution peut apparaître comme une innovation intéressante, la

[438] Cette portion est conforme au ¼ sur la fraction de salaire prévue par le décret n°94/197/PM du 9 mai 1994 pour le salaire compris entre 37500 et 75000 francs par mois.

[439] Articles 36 al.1, 64-6, 100-6, 103 et 109-7 de l'AUPSRVE.

[440] G. KERE KERE, « Le droit commun de l'exécution forcée dans l'espace OHADA », *RASJ*, vol. 7, n° 1, 2010 p. 79.

[441] Sur les applications jurisprudentielles de cette disposition, v. notamment, Niamey, n° 105, 13 juin 2001, Lomé, n° 186/2003 du 26 sept. 2003 ; CCJA, arrêt n° 043/2005 du 07 juil. 2005 (aff. Aziablévi YOVO et autres c/ Société TOGO TELECOM) : les entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, bénéficient de l'immunité d'exécution, même si la loi de l'Etat où ils sont domiciliés en dispose autrement.

difficulté surgit à partir des autres conditions que le législateur impose aux créanciers de l'Etat et ses démembrements. Outre, le titre exécutoire, le créancier doit obtenir de la personne morale de droit public, une reconnaissance de sa dette. Le législateur ne précisant pas l'autorité qui doit reconnaître la dette, la nature de l'acte à prendre (acte sous seing privé ou acte authentique) et la procédure qui aboutit à cette reconnaissance, le créancier se trouve dans une situation où le titre exécutoire, ou plus singulièrement la décision de justice, ne sera jamais exécuté, ou tout au moins son exécution sera différée au-delà du raisonnable.

Cette lenteur procédurale peut aussi être due à l'existence, dans le droit OHADA, des délais excessifs de procédure. L'on pense notamment aux délais d'opposition contre une ordonnance d'injonction de payer et au délai de vente volontaire par le débiteur d'un bien saisi.

Il ressort de l'alinéa 1 de l'article 10 de l'AUPSRVE que *«L'opposition doit être formée dans les quinze jours qui suivent la signification de la décision portant injonction de payer. Le délai est augmenté, éventuellement, des délais de distance. »* Son alinéa 2 ajoute, toutefois, que « *si le débiteur n'a pas reçu personnellement la signification de la décision portant injonction de payer, l'opposition est recevable jusqu'à l'expiration du délai de quinze jours suivant le premier acte signifié à personne ou, à défaut, suivant la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponible en tout ou en partie les biens du débiteur »*[442]. Ce dernier délai d'opposition semble excessif car il permet au débiteur de mauvaise foi de ralentir la procédure en saisissant le tribunal par opposition lorsque l'ordonnance est déjà revêtue de la formule exécutoire. C'est que dans la pratique, à l'expiration du délai de quinze jours suivant la signification de la décision portant injonction de payer et si aucune opposition n'est formée, le créancier demande l'apposition de la formule exécutoire sur l'ordonnance. C'est après l'apposition de cette formule que le créancier devient titulaire d'un titre exécutoire et peut poser la première mesure d'exécution qui fait courir le dernier délai d'opposition contenu dans l'alinéa 2 de cette disposition[443]. Pour juguler cette lenteur, il serait utile que le législateur supprime la possibilité qu'il a donnée au débiteur, lorsqu'il n'a pas reçu personnellement la signification de l'ordonnance d'injonction de payer, de pouvoir former une opposition jusqu'à l'expiration du délai de quinze jours suivant la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre ses biens indisponibles en tout ou en partie.

L'Acte uniforme prévoit, dans ses articles 115 et suivants, la possibilité pour le débiteur de vendre volontairement dans un délai d'un mois les biens saisis. Ce délai rallonge le dénouement du contentieux. Une étude récemment faite dans quatre Etats membres de l'OHADA montre que dans la pratique, les débiteurs ne vendent presque jamais

[442] La jurisprudence va dans le même sens que le législateur en infirmant un jugement qui déclare irrecevable l'opposition à une ordonnance d'injonction de payer alors qu'il n'y a eu ni acte signifié à personne, ni mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponible les biens du débiteur. V. Abidjan, Ch. civ. et com., arrêt n° 153 du 08 févr. 2005, Issiaka Diabey c/ Sté Junior Transit SARL, Juriscope. Org.

[443] Le législateur impose ainsi au créancier une procédure finalement très longue d'autant plus que le débiteur, à défaut de former opposition, peut solliciter un délai de grâce conformément aux dispositions de l'alinéa 2 de l'article 39 de l'AUPSRVE.

volontairement les biens saisis alors que le créancier est astreint légalement à respecter le délai d'un mois[444].

En outre, la procédure de saisie immobilière apparaît comme un véritable chemin de croix pour le créancier qui ne peut recouvrer ses créances dans des délais raisonnables. De manière générale, pendant que le créancier qui poursuit le recouvrement d'une créance immobilisée depuis plusieurs années est astreint à accomplir de nombreuses formalités enserrées dans des délais sous peine de reprendre à chaque fois la procédure, le débiteur ne semble pas inquiet parce qu'il dispose de nombreux obstacles qu'il peut soulever ; il est ainsi assuré que la procédure n'aura aucun dénouement définitif avant plusieurs années[445]. Plus spécifiquement, en prévoyant dans l'article 287 de l'APSRVE que *« Toute personne peut, dans les dix jours qui suivent l'adjudication, faire une surenchère pourvu qu'elle soit du dixième au moins du prix principal de la vente »*, le législateur crée des conditions de ralentissement de la procédure de saisie immobilière. En utilisant l'expression *« toute personne »*, le législateur semble ne pas écarter la possibilité pour le débiteur de mauvaise foi qui veut ralentir indûment la procédure de saisie immobilière de surenchérir à la suite d'une adjudication l'ayant exproprié de son immeuble pour cause d'insolvabilité. N'ayant pas expressément exclu le débiteur saisi des personnes susceptibles de surenchérir, le législateur a ouvert une brèche qui permet à des débiteurs de mauvaise foi, de remettre en cause le transfert de droit acquis au créancier poursuivant par l'adjudication. A défaut d'écarter explicitement le débiteur saisi, le législateur rendrait plus diligente la procédure de saisie immobilière en consacrant la consignation au greffe de la juridiction compétente, par le surenchérisseur, de la somme principale de vente augmentée du dixième[446]. Il rendrait aussi plus diligentes les procédures consultatives et judicaires en les simplifiant davantage à travers, notamment la suppression de quelques complications procédurales qui lui sont imputable.

3. Les complications procédurales imputables au législateur communautaire

L'on se souvient que pour assurer l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable, le législateur africain a entrepris d'alléger les procédures judiciaires. Force est de constater, cependant, qu'il n'est pas allé au bout de sa logique. L'analyse des règles régissant les procédures consultative et judiciaire dénote quelques complications procédurales voulues par le législateur lui-même.

Dans le premier cas, il ressort des termes des dispositions des articles 53 à 57 du Règlement de procédure de la CCJA que la demande de consultation reçue par la Cour est transmise, par les soins du Greffier en chef, aux Etats parties à l'OHADA pour leurs observations. Or, cette transmission cause d'énormes retards car les Etats parties ne réagissent pas toujours dans les délais, et de surcroit M. Félix ONANA ETOUNDI, alors Premier Vice-président de la CCJA,

[444] *Etude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : cas du Bénin, du Burkina Faso, du Mali et du Sénégal*, TRUSTAFRICA, éd. juil. 2012, p. 142.

[445] Il suffit, pour s'en convaincre, de lire les dispositions de l'AUPSRVE régissant les saisies immobilières.

[446] Une telle condition aurait l'avantage de réduire les procédures introduites dans les seuls dessins de faire durer au maximum l'issue du procès.

observe que *« rares sont les Etats qui au bout du compte font parvenir leurs observations à la Cour »*[447]. Il importe de se rallier à ce magistrat pour dire que la simplification des procédures consultatives, gage de l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'espace OHADA, passerait par la suppression de l'intervention des Etats.

Dans le second cas, les articles 18 du Traité et 52 du Règlement de procédure de la CCJA instituent le recours en annulation des décisions rendues par les Cours suprêmes nationales en méconnaissance de la compétence de la Cour supranationale. Les termes de ces dispositions tout comme la pratique de cette voie de recours par la juridiction communautaire, ont l'inconvénient d'aggraver les lenteurs judiciaires. Tout commence devant la Cour suprême nationale où l'alinéa 1 de l'article suscité ne permet pas à la partie qui a soulevé en vain l'incompétence de cette Cour de saisir directement la CCJA, mais plutôt d'attendre la fin du procès pour attaquer la décision rendue. La durée du procès déjà longue jusqu'en Cour suprême est encore rallongée par la décision finale du juge[448]. Cette condition devrait être supprimée, parce qu'elle ne garantit pas la célérité nécessaire à l'effectivité du droit à un procès raisonnable. En plus, l'alinéa 4 de l'article 52 ci-dessus exige que dès la signification de l'arrêt de la CCJA ayant déclaré nul et non avenu l'arrêt de la juridiction nationale de cassation, toute partie devant la Cour régionale dispose de deux mois pour se pourvoir en cassation devant cette dernière contre la décision du fond rendue en dernier ressort. Ce double passage devant la CCJA est source des lenteurs judiciaires et n'est pas appréciable en coût. S'il peut faire grandir le sentiment d'insécurité juridique chez la partie qui voudrait que la procédure soit diligente, il l'oblige à supporter à nouveau « *la violence du procès* »[449].

Il eût été nécessaire de permettre aux parties devant la Cour suprême nationale de porter d'un seul coup l'intégralité du contentieux devant la Cour commune, laquelle n'examinera les arguments de cassation qu'au cas où elle déclare la décision nationale nulle et non avenue. La proposition est soutenable d'autant plus que contrairement à ce qui est traditionnellement admis, la CCJA, conformément aux dispositions de l'article 15 du Traité, peut être saisie d'un pourvoi indirect, c'est-à-dire d'un pourvoi sur renvoi d'une juridiction nationale de cassation saisie à tort d'une affaire soulevant l'application du droit communautaire. Il eût été judicieux d'autoriser la CCJA d'évoquer en cas d'annulation de la décision nationale, ce qu'elle refuse toujours et réserve sa compétence d'évocation au seul cas de pourvoi[450] rallongeant ainsi la durée du procès.

L'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable, n'est pas seulement compromise par l'existence des limites textuelles ; elle l'est davantage par l'existence des limites factuelles.

---

[447] F. ONANA ETOUNDI, *OHADA- Grandes tendances jurisprudentielles de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en matière d'interprétation et d'application du Droit OHADA (1997-2000)*, op. cit., p. 30.

[448] Sur les applications de cette exigence, v. par exemple, CCJA, arrêts n^{os} 006/2005 du 27 janv. 2005, RJCCJA n^{o} 5, vol.1, p. 8 et s et 015/2008 du 24 avr. 2008, aff. Kinda Augustin Joseph et autres c/ SGBCI et autres.

[449] J. DANET, « Le temps des parties. Temps du litige ou du conflit et temps de la procédure », in S. GABORIAU et H. PAULIAT (dir.), *Le temps, la justice et le Droit*, Limoges, PULIM, 2004, p. 128.

[450] CCJA, arrêt n^{o} 031/2004 du 04 nov. 2004, RJCCJA n^{o} 4, juil.-déc. 2004, p. 48 et s.

B.Les limites factuelles

Diverses causes des lenteurs judiciaires d'origine factuelle existent dans l'espace OHADA. Certaines sont indépendantes des acteurs du procès (1) alors que d'autres sont liées à ces derniers (2).

1. Les limites indépendantes des acteurs du procès

Les limites du droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'espace OHADA indépendantes des acteurs du procès ont trait à la situation politique de la Côte d'Ivoire, au difficile accès au patrimoine du débiteur saisi et au déficit de moyens en matériel devant les juridictions.

Depuis environ une décennie, la Côte d'Ivoire-pays siège de la CCJA- a connu plusieurs crises politiques dont le dernier développement est marqué par la crise postélectorale survenue après les élections présidentielles de 2010. Cette crise est, indubitablement, une cause des lenteurs judiciaires dans l'espace OHADA. Dans la note d'avertissement au recueil de jurisprudence de la CCJA n° 4, il ressort que ce numéro contient l'ensemble des décisions rendues par cette juridiction du 1er juillet au 31 décembre 2004, période « *durant laquelle l'activité de ladite Cour a été quelque peu contrariée par les derniers développements de la crise ivoirienne* ». En plus, à cause de l'insécurité généralisée qu' a provoqué la crise postélectorale survenue en Côté d'Ivoire, les membres de la Cour, les juges y compris, se sont vus contraints de quitter Abidjan au point où cette dernière n'a pas fonctionné *« pratiquement pendant une année judiciaire »* [451].

Il est dommage que cette crise soit un handicap à l'exercice par la Cour commune de ses prérogatives, car le droit OHADA a offert un moyen pour contourner cette situation. Bien que le siège de la Cour commune soit fixé à Abidjan, l'article 19 du Traité permet à la Cour régionale, si elle le juge utile, de se réunir en d'autres lieux sur le territoire d'un autre Etat partie à l'OHADA avec l'accord préalable de cet Etat qui ne peut, en aucun cas, être impliqué financièrement. Contrairement à cette disposition, et pour tenter de juguler les effets de la crise politique postélectorale survenue dans ce pays après les élections de 2010, la Cour supranationale a plutôt choisi une option qui n'a pour conséquence que de contribuer à rallonger les procédures devant elle. Elle a, dans sa Décision n° 009/2011 du 16 mai 2011, choisi de suspendre les délais de procédure devant elle en raison des évènements sociopolitiques survenus en Côte d' Ivoire dans la période allant de mars à avril 2011. C'est ainsi qu'elle précise dans l'article 2 de cette Décision que *« Les actes de procédure devant normalement intervenir pendant cette période peuvent à nouveau être introduits sans forclusion, à compter du 16 mai 2011 »*. Quand l'on sait que l'un des objectifs de l'institution de la forclusion réside dans le souci de protection du droit à un procès dans un délai raisonnable, l'on peut aisément mesurer l'ampleur des conséquences de cette décision sur ce

[451] F. ONANA ETOUNDI, *OHADA -Grandes tendances jurisprudentielles de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en matière d'interprétation et d'application du Droit OHADA (1997-2000)*, op. cit., p. 23.

droit. Il y a lieu de proposer l'organisation effective des audiences foraines dans un Etat où la situation politique est stable pour remédier à cette cause des lenteurs procédurales[452].

La situation se complique dans l'espace OHADA où le difficile accès au patrimoine du débiteur saisi constitue également une limite au droit à un procès dans un délai raisonnable. En effet, dans cet espace, les huissiers de justice rencontrent des difficultés dans la recherche des informations indispensables pour mettre en application les titres exécutoires. Ces difficultés sont causées par plusieurs facteurs. D'une part, les décisions de justice rendues par les juridictions de cet espace ne donnant d'autres informations sur le débiteur que son identité ou son adresse, nombre de poursuites en exécution échouent faute pour le créancier de localiser son débiteur ou d'avoir des coordonnées des personnes auprès desquelles des saisies-attributions par exemple pourraient être exercées. *« Faute d'adresses fiables »* [453] dans les pays membres de l'OHADA, les débiteurs de l'exécution sont donc parfois introuvables. D'autre part, lorsque le débiteur est localisé, l'exécution du titre exécutoire n'est pas toujours facile en cas de résistance parce que « *le concours de la force publique n'est pas systématiquement accordé au créancier ; ce qui empêche généralement l'huissier de poursuivre la procédure d'exécution dont il a la charge avec comme conséquence, la caducité du titre dont se prévaut le créancier (requérant) »*[454]. Ces difficultés sont accentuées aujourd'hui par la dématérialisation du patrimoine des débiteurs due à l'apparition de nouvelles formes de richesse.

Sachant qu'il revient à l'huissier d'user de tous les moyens pour recueillir des renseignements utiles sur le patrimoine du débiteur afin d'effectuer une saisie clôturant ainsi la procédure d'exécution forcée, la question se pose de savoir si l'un de ces moyens peut inclure la mise à contribution du ministère public dans le but d'une recherche rapide et performante de ces renseignements. La question n'est pas clairement abordée par l'AUPSRVE qui se contente de préciser de façon laconique à l'article 29 que l'Etat est tenu de prêter son concours à l'exécution des décisions et des autres titres exécutoires. Il aurait été important qu'en plus des précautions déjà mises en œuvre, le législateur africain envisage une procédure de recherche des biens à saisir à la diligence du ministère public.

Pour atteindre ses objectifs, l'huissier peut requérir le concours de plusieurs administrations détenant des informations nécessaires pouvant faciliter l'identification du débiteur de l'exécution. L'on pense notamment, à l'administration fiscale, aux institutions financières et à l'administration des cadastres. Il peut aussi recueillir les informations contenues dans les registres du commerce et du crédit mobilier dont l'organisation par le droit communautaire

[452] Au regard de la situation précédente qui a prévalu en Côte d'Ivoire, l'on peut retenir que l'instabilité politique est une cause des lenteurs judiciaires. Avec le retour de la paix dans ce pays, la crise politique ne peut que justifier les lenteurs antérieures. Toutefois, à chaque fois qu'il y aura instabilité dans ce pays, et que la Cour commune refuse de mettre en œuvre la possibilité d'organiser les audiences foraines qui lui est reconnue, les mêmes causes produiraient les mêmes effets.

[453] A. OUATTARA, « La législation ivoirienne sur les défenses à exécution à l'épreuve du droit uniforme de l'OHADA relatif aux voies d'exécution : survivance ou extinction ? », *Rev. Lex Electronica,* vol. 14 n°3, hiver / winter 2009, p. 3.

[454]G. KERE KERE, « Le droit commun de l'exécution forcée dans l'espace OHADA », op. cit., p. 72.

permet de rassembler un nombre important d'informations sur les commerçants[455]. D'ailleurs le droit communautaire l'autorise à le faire car il ressort de l'article 35 de l'AUPSRVE que « *Toute personne qui, à l'occasion d'une mesure propre à assurer l'exécution ou la conservation d'une créance, se prévaut d'un document, est tenue de le communiquer ou d'en donner copie si ce n'est dans le cas où il aurait été notifié antérieurement, à moins que le présent Acte uniforme n'en dispose autrement* ».

A ces causes des lenteurs judiciaires s'ajoute le déficit de moyens en matériel. Contrairement à la CCJA qui, ne se sent pas concernée[456], les juridictions nationales en souffrent atrocement. Un auteur relève qu'au Cameroun, l'un des Etats membres de l'OHADA, *« Des carences en ressources… matérielles pèsent lourdement sur le comportement du juge »*[457]. Ceci est paradoxal lorsque l'on sait que les juges nationaux doivent dire le droit communautaire avec diligence nécessaire car dans le préambule du Traité, les Etats signataires se disent conscients qu'il est essentiel que le droit OHADA *« soit appliqué avec diligence, dans les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement »*.

Associés aux limites à l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable liées aux acteurs du procès, ces obstacles dépourvus des liens avec ceux-ci, rendent compte de la limitation de ce droit dans l'aire OHADA.

2. Les limites liées aux acteurs du procès

L'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable est compromise par l'existence des limites dépendant ou simplement relatives aux acteurs de la justice. L'on peut noter la carence quantitative et qualitative des ressources humaines (a), le contrôle de l'application du droit national par les juges de la CCJA (b), la corruption et le trafic d'influence (c).

a. La carence quantitative et qualitative des ressources humaines

Tout comme les moyens en matériel, il faut, pour garantir la diligence des procès, que les juridictions puissent avoir des moyens en personnel en quantité suffisante. Or, ces moyens sont relativement faibles devant la Cour commune et devant les juridictions nationales. En ce qui concerne notamment la justice camerounaise, *« Des carences en ressources humaines (…) pèsent lourdement sur le comportement du juge camerounais »*[458].

Pour ce qui est de la CCJA, plusieurs précisions méritent d'être faites pour démonter le déficit quantitatif en personnel judiciaire. Avant la révision du Traité institutif de l'OHADA, la

[455] Cf art. 34 et s. de l'AUDCG.

[456] Monsieur Jacques M'BOSSO, alors Premier vice-président de la CCJA témoigne que « *grâce à la sollicitude de l'Etat hôte et au concours apprécié des partenaires au développement des Etats membres de l'OHADA*», les moyens en matériel pour une bonne administration de la justice, sont suffisants devant la Cour. cf. les avertissements au recueil de jurisprudence de la CCJA n° spécial, janvier 2003, p. 1.

[457] O. TOGOLO, « Le juge camerounais et le juge de la CEMAC : un regard prospectif », *Juridis Périodique* n° 63, éd. spéciale, juillet-août-septembre 2005, p. 85.

[458] O. TOGOLO, op. cit., p. 85.

CCJA conformément à l'article 31 de ce texte comptait 7 juges. Ce nombre a été jugé insuffisant pour une bonne administration de la justice[459]. Pour remédier à cette situation, un groupe d'experts indépendants avait proposé l'augmentation du nombre de juges à neuf avec toutefois la possibilité réservée au Conseil des Ministres, compte tenu des nécessités de service et des prévisions budgétaires, de réviser ce nombre à la hausse[460].

Le législateur OHADA a pris acte de ces propositions. Depuis la signature du Traité portant révision du Traité institutif de l'OHADA, la CCJA compte désormais 9 juges[461] et la possibilité est donnée au Conseil des Ministres de fixer un nombre de juges supérieur à 9, compte tenu des possibilités financières et des nécessités de service. Ce nombre est toujours insuffisant pour une administration diligente de la justice. Il suffit de procéder par une simple division pour constater que pour deux Etats parties, il y a environ un (01) juge. Sur le plan pratique, la situation précédente est susceptible d'engendrer des lenteurs procédurales d'autant plus que plus le temps passe, plus les citoyens des Etats parties s'imprègnent du droit des affaires unifié et saisissent davantage les juridictions nationales ; ce qui entraîne pour conséquence l'augmentation du nombre de recours devant la CCJA. Une lecture rapide des différents recueils de jurisprudence de la Cour commune permet de se rendre compte que depuis la première édition, le nombre de tous les recours à la CCJA s'augmente. L'on tend vers l'encombrement de la CCJA. Avec le volume sans cesse croissant des affaires soumises à la juridiction communautaire, elle sera débordée si le nombre de juge n'est pas révisé à la hausse. Il est difficile de croire en l'efficacité du droit à un procès dans un délai raisonnable dans cette situation où des millions de citoyens des Etats parties à l'OHADA se soumettent à l'autorité d'une juridiction dont les effectifs se situent bien en deçà de ceux de chaque juridiction nationale suprême.

En outre, si la solution est d'augmenter le nombre de juges, il semble déjà opportun de chercher à savoir à quelle proportion devrait se faire une telle augmentation. Le projet de traité portant révision du Traité OHADA adopté par le Conseil des Ministres de cette Organisation en 2004 avait retenu le principe de l'augmentation progressive du nombre de juges à raison d'un juge par Etat membre. Cependant, l'on peut craindre que les avantages liés à une représentation de tous les Etats membres ne s'affaiblissent à l'épreuve de l'élargissement de l'OHADA à l'ensemble des Etats africains[462]. La proposition de nommer à la CCJA autant de juges qu'il y a des Etats parties pourrait dénaturer cette juridiction en la transformant en organe de représentation des intérêts des Etats membres. Dans ce cas, l'on peut proposer au législateur de réfléchir par anticipation en fixant un maximum de juges en fonction du nombre d'Etats africains potentiels membres de l'Organisation tout en laissant la

[459] V. par exemple F. ONANA ETOUNDI et P. BOUBOU, *OHADA : La problématique de l'unification de la jurisprudence par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, op. cit., p.18 et s.

[460] Il s'agit du groupe d'experts indépendants commis par la Francophonie le 06 juillet 2006, composé de Messieurs Robert Dossou, Joseph Issa Sayegh, Roger Massamba, Paul Gérard Pougoué, Jean Jacques Raynal, Professeurs de droit. Madame Fanta Sylla, Ministre de la justice du Mali, a participé à la première réunion de travail et Maître Jean Martin Bemba, Ministre d'Etat au Congo, a envoyé une contribution écrite.

[461] Art. 31 du Traité du 17 oct. 2008 à Québec portant révision du Traité du 17 oct. 1993 signé à Port-Louis.

[462] V. le préambule du Traité OHADA et plus précisément son article 53.

possibilité au Conseil de Ministres de revoir le nombre fixé à la hausse. On pourrait combiner cette solution avec le renforcement d'une autre qui existe déjà sur le plan pratique et qui consiste à recruter pour une certaine durée des juristes qui n'auront pas la qualité de juge communautaire, mais qui instruisent les dossiers dans les cabinets de ces juges pour en accélérer la solution au fond.

La question de lenteur judiciaire devient de plus en plus préoccupante quand l'on sait qu'il n'est pas totalement exclu que la CCJA puisse souffrir de la carence qualitative des ressources humaines. La qualité du personnel judiciaire, est au cœur des aptitudes nécessaires pouvant asseoir l'effectivité du droit à un procès dans un délai raisonnable. Or, si cette qualité manque à certains juges des Etats parties à l'OHADA, il n'est pas absolument sûr qu'elle soit toujours garantie devant la CCJA.

Jusqu'à l'avènement du droit OHADA, l'une des causes de l'insécurité judiciaire en Afrique en général et dans l'espace communautaire en particulier résidait dans la formation insuffisante du personnel judiciaire. D'ailleurs, le législateur communautaire a pris la pleine mesure de cette situation quand dans le dernier alinéa du préambule du Traité institutif de l'Organisation, il mentionne la détermination des hautes parties contractantes *« à accomplir en commun de nouveaux efforts en vue d'améliorer la formation des magistrats et des auxiliaires de justice »*. Pour réaliser cet objectif, les rédacteurs du Traité ont mis sur pied l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) et lui ont assigné plusieurs objectifs, notamment celui d'assurer la formation et le perfectionnement des magistrats et auxiliaires de justice des Etats membres en droit des Affaires en général[463]. Cette école est donc destinée à assurer la formation et la spécialisation des futurs juges appliquant le droit des affaires, gages de leur compétence nécessaire pour leur permettre d'agir avec diligence. Toutefois, l'action de l'ERSUMA dans la formation et la spécialisation des juges est limitée.

En ce qui concerne les juges de la CCJA, il n'est pas absolument sûr que tous soient formés et spécialisés en droit communautaire. Cette affirmation s'explique doublement. D'une part, la formation en droit des affaires à l'école nationale ou régionale de magistrature n'est pas une condition de sélection des juges régionaux. Ce sont les Etats qui, conformément à l'article 33 du Traité, présentent les candidats à la fonction de juge de la CCJA sur invitation du Secrétaire permanent de l'OHADA. Les postulants peuvent être des juges, des avocats et des professeurs de droit pourvu qu'ils aient totalisé 15 ans d'expérience professionnelle dans leur fonction respective. Or, il ne suffit pas d'être avocat, professeur de droit ou juge pendant 15 ans pour prétendre être spécialisé en droit des affaires. Certains des professionnels visés pourraient avoir exercé pendant 15 ans ou plus, mais en dehors des mécanismes communautaires en général et du champ OHADA en particulier. Il aurait été nécessaire de soumettre les candidats avant élection comme juge de la CCJA, à un stage de spécialisation et / ou à un recyclage en droit communautaire dès leur désignation ou après qu'ils aient été choisis comme juges communautaires.

Pour le moment, les Etats membres de l'OHADA peuvent jouer un rôle déterminant dans la spécialisation des juges communautaires. D'abord, ils peuvent présenter des juges nationaux

[463] Cf. articles 13 et suivants du statut de l'ERSUMA.

ayant suivi une formation ou un stage de spécialisation en droit OHADA à l'ERSUMA, dans une école nationale ou étrangère de magistrature ou, tout au moins, des professeurs de droit des affaires. Ensuite, ils peuvent choisir des avocats qui sont spécialisés en contentieux des affaires, des juges et professeurs qui ont, au cours de leur carrière, fait des spécialisations en droit des affaires. Enfin, ils peuvent entreprendre deux actions en direction de leurs juridictions. Dans un premier temps, ils peuvent ouvrir des tribunaux spécialisés en contentieux des affaires et spécialiser les juges dans ces juridictions pour ne présenter que ces derniers au moment opportun. Dans un second temps et en attendant l'adoption de l'Acte uniforme sur le droit du travail, ils pourront instituer des véritables tribunaux qui seront appelés à connaître des litiges sociaux.

Au niveau national, la carence qualitative en personnel judiciaire trouve plusieurs explications. Elle est due, notamment à une formation en droit OHADA initialement insuffisante ou inexistante, à une formation continue en ce droit quasi-inexistante et à une formation individuelle en la matière inadéquate. En effet, pour qu'une décision de justice soit rendue à temps, il faut qu'au préalable le juge ait maitrisé le droit applicable au fond. Pour que cela soit possible, il faut que le texte de droit ou la jurisprudence applicable ait fait l'objet d'une publication. Or, l'absence de parution des supports de publication des textes et des jurisprudences ou, tout au moins, leur parution irrégulière, et la prolifération des textes de droit, compliquent la tâche aux juges. Les supports de publication ou de vulgarisation, à savoir les codes, les journaux officiels et la documentation judiciaire, font cruellement défaut en Afrique[464]; la jurisprudence y étant *« assez souvent indisponible, les structures d'archivages laissant à désirer »*[465]. En réalité, la publication de la jurisprudence issue des décisions rendues par l'ensemble des Cours et Tribunaux est quasi-inexistante en Afrique en général et dans cette partie du continent en particulier. Elle n'a souvent pas lieu dans ce continent à raison de l'absence de désignation du personnel chargé de la collecte, du choix et de la vulgarisation des décisions de justice. D'autres raisons reconnues sont l'absence ou, tout au moins, l'insuffisance des bibliothèques, des librairies et le déficit de documentation individuelle des juges. Dans la plupart de ces pays, l'accès des juges à la doctrine juridique fiable, actuelle et régulièrement mise à jour, n'est ni évidente, ni garantie, à cause notamment de l'inexistence totale ou partielle des structures bibliothécaires ou documentaires dignes de ce nom. Lorsque les bibliothèques existent, elles sont pour la plupart mal gérées, vétustes et, par conséquent, difficiles à exploiter.

De façon plus claire, l'absence de documentation est une source des lenteurs judiciaires car elle empêche les juges d'avoir des connaissances opportunes parce que précédant le cas soumis à leur appréciation, pointues et appropriées pouvant leur permettre d'agir dans un délai raisonnable. L'avènement de l'internet et l'existence de l'ERSUMA ne résolvent pas totalement ce problème. Bien que cette école soit un centre de documentation et de recherche

[464] Pour le cas du Cameroun, v. J.-Cl. KAMDEM, « Mise en œuvre de mécanismes juridiques garants de droits de l'homme en Afrique, le cas du Cameroun », in D. MAUGENEST et P.-G. POUGOUE, *Droits de l'homme en Afrique centrale*, colloque de Yaoundé des 9 -11 novembre 1994, UCAC/Karthala, 1995, p. 152.

[465] EYIKE-VIEUX, « Le droit international devant le juge camerounais : regard d'un magistrat », in P.-G. POUGOUE, *Le droit international devant le juge camerounais : bilan et perspectives*, Actes de la journée d'études du 18 juin 004 à l'ENAM, *Juridis Périodique*, éd. Spéciale, 2005, p. 104.

en matière juridique et judiciaire, elle n'a pas ouvert ses annexes dans les pays autres que l'Etat siège : le Bénin. De même, l'internet n'est pas suffisamment répandu dans les territoires desdits pays; s'il existe dans les agglomérations urbaines, il n'atteint pas toutes les populations rurales. Là où il existe, son exploitation pose encore des problèmes car elle nécessite une formation spéciale alors que l'offre de formation des Etats dans ce domaine est encore insuffisante.

Les règles de droit OHADA étant d'une technicité particulière, il est important, pour leur application diligente, que l'ensemble des acteurs de la justice et surtout les juges bénéficient de façon adéquate d'une formation initiale, continue ou individuelle et des facilités de leur acquisition. Pour que cela soit possible, il serait nécessaire que les pays membres de l'OHADA se dotent d'une politique de vulgarisation des connaissances et de modernisation de la recherche. Concrètement, ils devraient inscrire au centre de cette politique la formation continue de tous les acteurs de la justice, la confection et la réalisation de programmes adaptés de réhabilitation ou de modernisation des structures de documentation existantes , leur création dans les zones où elles n'existent pas, la formation du personnel chargé de les gérer, la publication de la jurisprudence, la création des banques de données juridiques et judiciaires et l'extension de l'internet dans les zones rurales.

Ce constat montre que le juge dans les pays membres de l'OHADA peuvent facilement mais involontairement se méprendre involontairement du droit par faute de moyens mis à leur disposition pour sa connaissance d'autant plus que le budget alloué à la justice est, pour la plupart d'Etats, généralement modique. Ceci ne tend pas à les laver tous puisque le désintérêt pour la lecture, l'absence d'audace et de formation personnelle de certains d'entre eux confinent ceux-ci à l'inertie et à l'immobilisme, écueils factuels à l'émergence d'un véritable droit à un procès d'une durée raisonnable à côté du contrôle, par les juges de la CCJA, de l'application du droit national[466].

b. Le contrôle de l'application du droit national par les juges de la CCJA

L'indisponibilité et la complexité du droit applicable à un litige, constituent des causes connues des lenteurs judiciaires[467]. Pour remédier à cette situation dans l'espace OHADA, le législateur communautaire a mis sur pied un ensemble unifié de règles faciles à appliquer parce que *« simples, modernes et adaptées à la situation »*[468] des économies des Etats Africains et, aux termes de l'article 14 du Traité, il limite le pourvoir de contrôle de la CCJA à la connaissance de ces seules normes. L'unification du droit substantiel communautaire et sa simplification permettent aux juges de gagner du temps en l'appliquant car il n'est plus tenu, comme cela est le cas en droit international privé, d'attendre que les parties lui produisent le droit applicable au fond.

[466] Quelques formations complémentaires délocalisées des auditeurs et auxiliaires de justice organisées par l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature ici et là dans les pays membres de l'OHADA, ne suffisent pas à résoudre le problème. La récente a eu lieu à Douala au Cameroun du 12 au 16 novembre 2012 à l'Hôtel Prince de Galles.

[467] Cf. A. CIAUDO, « La maîtrise du temps en droit processuel », op. cit., p. 25 et CEDH, 24 oct. 1989, H. c/ France, *RFDA* 1990, p. 203, note O. Dugrip et F. Sudre.

[468] Article 1er du Traité.

Cependant, les efforts consentis par le législateur semblent vains dans la mesure où contrairement à ce qui ressort des dispositions de l'article 14 du Traité, la CCJA contrôle l'application du droit national[469]. Pour effectuer ce contrôle, ses membres ne peuvent que demander aux parties de leur produire le texte national applicable car ils n'ont pas théoriquement à leur disposition tous les textes nationaux applicables dans l'ensemble des Etats parties à l'OHADA. Cette situation est à l'origine des lenteurs judiciaires décriées notamment lorsque la Cour doit attendre que la partie la plus diligente lui produise le texte interne qui lui manque ou lorsque ce dernier est introuvable ou inconnu des parties[470].

Pour mettre un terme à ses lenteurs judiciaires, il y a lieu de proposer que le législateur communautaire prenne un texte dans lequel il interdira explicitement la Cour d'exercer le contrôle de la légalité des textes nationaux tant dans le cadre de la cassation que de l'évocation. La solution ne saurait être efficace si certains aspects des procédures ouvertes devant la CCJA, notamment l'interruption et la péremption de l'instance du pourvoi en cassation ne font pas l'objet d'une réglementation communautaire, car c'est le défaut de réglementation des aspects de ces procédures qui oblige parfois la Cour commune à appliquer le droit national[471].

Si l'examen du choix effectué par la CCJA de contrôler l'application des textes nationaux témoigne de la relativité du droit à un procès dans un délai raisonnable dans l'espace OHADA, l'analyse de la corruption et du trafic d'influence en cours dans cette partie du continent africain, conforte davantage ce constat.

c. La corruption et le trafic d'influence

La corruption et le trafic d'influence sont des facteurs des lenteurs judiciaires dans les Etats africains en général et particulièrement dans les Etats parties à l'OHADA. Ils empêchent les juges corrompus et ceux qui se laissent influencer notamment par manque de personnalité, de rendre des décisions à temps utile s'il y va de l'intérêt de celui qui influence ou du corrupteur.

---

[469] Dans l'arrêt de cassation avec évocation n° 025/2004 du 15 juillet 2004 (aff. Dame Mondanju Jacqueline c/ Société Commerciale de Banque Crédit-Lyonnais Cameroun dite SCB-CL (actuelle Crédit Agricole), RJCCJA n° 4, juil.-déc. 2004, p. 16 et s), elle contrôle l'application des articles 262 al. 1, 266 al. 2 de l'AUPSRVE, 294 du Code camerounais de procédure civile et commerciale, 79 du Code camerounais de l'enregistrement, 2127 et 1328 du Code civil. Dans un autre arrêt n° 013/2006 du 29 juin 2006 (aff. Agence d'Exécution de Travaux d'intérêt Public pour l'Emploi c/ Société Smeets et Zonen, RJCCJA n° 7, janvier-juin 2006, p. 70 et s), la CCJA casse l'arrêt de la Cour d'appel et évoque au motif qu'il a violé l'article 453 du Code malien de procédure civile, commerciale et sociale.

[470] F. ONANA ETOUNDI, *OHADA Grandes tendances jurisprudentielles de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage en matière d'interprétation et d'application du Droit OHADA (1997-2000)*, op. cit., p. 28.

[471] Dans l'arrêt n° 037/2008 du 03 juil. 2008 (RJCCJA n° 12, p. 157), la Cour relève qu' *« à défaut de disposition spécifique du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA régissant l'interruption de l'instance, (…) il y a lieu (…) d'appliquer l'article 107 du Code ivoirien de procédure civile, commerciale et administrative »*. De nos jours plus que par le passé, l'accroissement du volume du contentieux devant la CCJA l'interpelle à prendre des mesures relatives aux procédures abandonnées devant elle, notamment en constatant leur péremption. Or, cela n'est possible sans une réglementation communautaire de cet incident de procédure.

Le trafic d'influence est spécifiquement une cause de lenteur judiciaire car en tant qu'Homme, le juge influençable et peut subir les influences de toutes sortes. Il en va ainsi parce que le juge, comme Saint Thomas d'Aquin l'a rappelé, est une *duplex persona* c'est-à-dire une personne à la fois publique et privée[472]. C'est que si le juge est d'abord une personne publique *« dépositaire d'un pouvoir régalien (…), il n'en est pas moins une personne privée, c'est-à-dire un homme comme tous les autres semblables, avec ses convictions, ses sentiments»*[473] ou encore ses faiblesses. C'est probablement pour cette raison que des textes juridiques nationaux et internationaux s'attèlent à réprimer le trafic d'influence[474].

A côté de ce fléau, se trouve la corruption qui sévit gravement en Afrique et fait qu'elle ait « *mal dans ses finances publiques aujourd'hui* »[475]. Fléau universel, *« Phénomène rampant dans les économies modernes*[476]*, la corruption est le talon d'Achille du cadre de gouvernance »* [477] dans les Etats membres de l'OHADA. Des études conduisant à l'établissement de l'indice de perception de la corruption dans le monde effectuées par l'Organisation non gouvernemental *Transparency international*, classent les pays africains et particulièrement les Etats membres de l'OHADA au rang des pays perçus comme les plus corrompus de la planète[478]. Le classement mondial le plus récent des pays en fonction de leur indice de perception de la corruption rendu public en décembre 2011 par cette organisation non gouvernementale est assez illustratif du degré de corruption perçu dans les administrations publiques et la classe politique des Etats membres de l'OHADA. Sur 183 pays concernés par les enquêtes, le classement des pays membres de l'OHADA en fonction du degré de perception de la corruption est le suivant : Guinée Equatoriale (11^{e}), Tchad (15^{e}), Guinée (19^{e}), Guinée-Bissau (27^{e}), Côte d'Ivoire (28^{e}), République du Congo (29^{e}), République Centrafricaine (30^{e}), Togo (34^{e}), Comores (39^{e}), Niger (44^{e}), Cameroun (50^{e}), Mali (65^{e}), Sénégal (68^{e}), Gabon (80^{e}), Burkina Faso (82^{e}), Bénin (83^{e})[479]. Certes, l'indice de perception de corruption de cette organisation doit être utilisé avec précaution dans les limites de sa définition et de sa conception car le pays qui obtient la note la plus faible est non pas le pays le plus corrompu au monde, mais celui-là perçu comme étant le plus corrompu au monde par des annalistes-pays et les milieux d'affaires. Toutefois, il renseigne sur la plus ou moins

[472] V. J.-M. CARBASSE, « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales », in J.-M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR- TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, ouvrage coll., PUF, 1999, p. 68 et s. notamment p. 84.

[473] A. AKAM AKAM, « Le juge entre la loi et sa conscience », Cahiers juridiques et politiques, *Cahiers juridiques et politiques*, (Rev. de la FSJP de l'Université de Ngaoundéré), 2010, p.11.

[474] V. par exemple, la Charte des Nations Unies contre la corruption ratifiée par le Cameroun en février 2006 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

[475] S.H. NNANGA, « La protection juridictionnelle des finances publiques africaines », RASJ, vol. 8, n^{o} 1, 2011, p. 290.

[476] Le cas de la France est mis en exergue dans plusieurs écrits ayant fait l'objet de toute une revue: la *Revue française de finances publiques*, op cit., consacrée à la corruption.

[477] L'expression est empruntée à J. C. MEBU NCHIMI, « La problématique répression de la corruption en droit camerounais », *RASJ*, vol. 4, n^{o} 1, 2007, p. 79.

[478] Cf. les statistiques annuelles de Transperency international depuis 2003 publiés dans son site : www.tranparecy

[479] La perception du niveau de corruption va de 10 (très propre) à 0 (très corrompu).

forte présence de la corruption dans les Etats du monde d'autant plus qu'il est établi à partir des enquêtes et sondages faits par des organisations indépendantes pouvant ainsi bénéficier d'une garantie d'intégrité morale[480]. Par conséquent, une double remarque mettant en exergue le degré de perception de la corruption dans les pays de l'OHADA, mérite d'être faite.

Sur 183 pays concernés, les pays africains membres de l'OHADA le moins corrompus (Bénin) occupe la 83ème place avec une moyenne de 3.0 et le pays partie à cette Organisation le plus corrompu (Guinée Equatoriale) occupe la 11ème place avec une moyenne de 1.9 sur 10. Alors que le premier pays du monde le moins corrompu (New Zélande) totalise une moyenne de 9.5 sur 10, les états membres de l'OHADA se situent entre 1.9 et 3.0. En dehors de statistiques annuelles de *Transparency international*, plusieurs études mettent en exergue la présence de la corruption dans les pays membres de l'OHADA[481].

De nos jours, les Etats membres de l'OHADA essayent tant bien que mal à redorer leur blason en reconquérant les valeurs éthiques, de bonne gouvernance, de développement, de cohérence sociale et du respect de la chose publique jadis mises en berne et renvoyées aux calendes grecques par certains citoyens cupides et sans scrupule. Pour atteindre cet objectif, le politique affiche sa détermination à faire reculer la corruption, et tout un arsenal juridique et institutionnel visant à barrer la route à cette gangrène a été mis en œuvre au fil du temps ici et là. Des mesures préventives et répressives sont mises sur pied. Les premières sont constituées entre autres des différentes campagnes de lutte contre la corruption. Les mesures répressives sont contenues dans les textes juridiques nationaux et internationaux applicables dans ces pays qui rappellent cette maxime latine, cercle cognitif sur lequel reposait la pensée de Césare Beccaria lorsqu'il écrivit son traité sur les délits et peines[482] : *« Nullum crimen, nulla poena sine lege »*, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de crime, encore moins de peine sans loi. Toutes ces mesures ont commencé à produire des fruits avec la multiplication des arrestations des

[480] L'indice de perception de la corruption de *Transparency international* est généralement établi à partir des enquêtes et sondages effectués notamment par la Banque Asiatique de Développement, la Banque Africaine de Développement, la Fondation Bertelsmann, la Banque Mondiale, l'*Economist Intelligence unit*, la *Freedom House*, le *Global Insight*, l'IMD International Suisse, le *World Competiveness Center*, le *Merchant International Group*, le *Political and Economic Risk Consultancy* (enquête de 2006 et 2007) , la Commission Economique pour l'Afrique des Nations Unies et le *World Economic Forum*.

[481] Pour le Bénin, le Burkina Faso, le Mali et le Sénégal, v. une étude réalisée par le Centre de Recherche et de Documentation de l'ERSUMA sur le thème *Etude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : cas du Bénin, du Burkina Faso, du Mali et du Sénégal*, TRUSTAFRICA, éd. juil. 2012, p. 25 et s. Plus distinctement, pour le Sénégal, v. M. T. SOCK, *La corruption, La politique et Le droit au Sénégal. La doctrine politique et les textes commentés*, Coll. Droit Constitutionnel des Personnes, de la Famille, 1ère éd. Juridiques Africaine SA, 2001, 116 p. Pour le cas du Bénin, v. notamment, *La corruption et la gouvernance au Bénin*, Rapport des résultats de l'enquête diagnostique Initiée par le Gouvernement avec l'assistance technique de la Banque Mondiale et l'appui financier de cette dernière et la Banque Africaine de Développement, réalisée par le Cabinet d'Etudes, de Recherches et de Traitements Informatiques (CERTI), juin 2007, 72 p. Pour le Cameroun, v. entre autres S. V. NTONGA BOMBA, « La protection de la fortune publique camerounaise : une efficacité relative », *RASJ*, vol. 7, n° 1, 2010, pp. 237-256; O. TOGOLO, « Le juge camerounais et le juge de la CEMAC : un regard prospectif », *Juridis Périodique* n° 63, éd. Spéciale, juillet-août-septembre 2005, p. 86 et L.-R. NGIMBOG, « La Justice administrative à l'épreuve du phénomène de la corruption au Cameroun », *Rev. Droit et société*, n° 51/52, 2002, pp. 301 à 322.

[482] Ouvrage paru en 1764 sous le titre original « *Dei delitti e delle pene* », traduit de l'italien en français comme « Des délits et des peines ».

commis de l'Etat et des condamnations pour corruption et détournement des deniers publics[483].

Parvenu au terme de cette analyse, un double constat peut être fait. D'une part, le droit à un procès dans un délai raisonnable est implicitement, mais certainement protégé aussi bien par le législateur que par les juridictions communautaires. D'autre part, cette protection est limitée par des facteurs textuels et factuels.

L'un des objectifs de l'Organisation étant d'assurer l'application diligente du droit qu'elle produit, le législateur communautaire a adopté plusieurs mesures salutaires visant à protéger le droit à un procès dans un délai raisonnable. A la suite du législateur, les juges communautaires, veillent à l'application effective de ces mesures, notamment en contrôlant l'application par les autres acteurs du procès des exigences temporelles prévues par le droit OHADA et en les respectant eux-mêmes. Parmi ces mesures, l'on a distingué l'aménagement adéquat des procédures et la facilitant de l'exécution des décisions de justice. Dans le premier cas, le législateur africain a réglementé de façon appropriée les procédures communautaires, en les simplifiant, en les assouplissant et en limitant les prétentions des acteurs du procès. Dans le second cas, il a facilité l'exécution des décisions de justice en organisant les voies d'exécution et en mettant sur pied des mesures spéciales facilitant l'exécution des décisions de la CCJA et des juridictions nationales.

Cependant, la protection du droit à un procès dans un délai raisonnable est limitée dans l'espace OAHA car plusieurs obstacles textuels et factuels relativisent sa portée juridique. D'une part, les délais de procédure sont inadéquatement encadrés, certaines complications procédurales voulues par le législateur et certaines dispositions communautaires régissant les voies d'exécution compromettent ce droit. D'autre part, la crise politique ivoirienne, le difficile accès au patrimoine du débiteur saisi, le déficit de moyens en personnel et en matériel, sont des obstacles évidents à l'effectivité de ce droit.

Pour remédier à cette situation, plusieurs suggestions ont été envisagées. Il s'avère nécessaire que certains délais de procédure soient fixés et que certaines sanctions au non respect des délais de procédure pourtant prévus par le législateur africain soient consacrées. Il serait aussi important que certaines sanctions au non respect des délais soient renforcées par d'autres ayant des effets plus dissuasifs. Bien plus, il serait opportun d'envisager l'organisation des audiences foraines de la CCJA dans un Etat où la situation politique est stable en cas d'instabilité politique persistante en Côte d'Ivoire, la limitation des pouvoirs de la CCJA au contrôle de l'application du seul droit communautaire, la mise sur pied d'une procédure de recherche des biens à saisir à la diligence du ministère public, le renforcement de la Cour supranationale des moyens en personnel judiciaire et la suppression de l'intervention des Etats dans les procédures consultatives de la Cour commune.

[483] Pour certaines de ces arrestations, v. site internet de *Transparency international* : www.transparency.org.

Le bail à usage professionnel à l'épreuve de la procédure collective du bailleur en droit OHADA

Etude à la lumière du droit français

Adrien DIOH

Enseignant - Chercheur

UFR de sciences juridique et politique

Université Gaston Berger de Saint Louis

En vue d'asseoir la sécurité juridique et judiciaire indispensable à un cadre attractif pour l'investissement, les pays membres de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des affaires (OHADA) se sont inscrits dans une logique d'intégration de leur droit par le biais de l'adoption d'Actes uniformes et de règlements[484]. Ces normes suscitent un intérêt de plus en plus important de la part de la doctrine[485]. L'originalité de la démarche du législateur communautaire est perceptible à travers la fixation d'une liste non exhaustive de disciplines juridiques considérées comme en ressortissant en lieu et place d'une définition du droit des affaires. Au titre de celles-ci, le droit des procédures collectives[486] d'apurement du passif à l'importance avérée lorsque l'on sait que l'entreprise, dont la création est encouragée par une démarche incitative, peut être confrontée, à un moment donné de son existence, à des difficultés. C'est donc, de façon opportune, que l'OHADA s'est intéressée à cette branche du droit qui appréhende les difficultés de l'entreprise en organisant, d'une part, les procédures dont elle peut faire l'objet et, d'autre part, les sanctions relatives à la défaillance du débiteur et des dirigeants de l'entreprise débitrice.

---

[484] Depuis la signature du Traité de Port Louis du 17 octobre 1993 l'instituant, l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) peut se targuer, en dehors de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, de plusieurs autres dont l'Acte uniforme relatif au Droit commercial général, l'Acte uniforme relatif au Droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, l'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution et l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandise par route et l'Acte uniforme relatif aux droits des Sociétés coopératives.

[485] Voir J. I. Sayegh, L'intégration juridique des Etats africains dans la zone franc, Penant n°223 ; Présentation de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution et des procédures d'apurement du passif, Penant n°827 ; M. Kirsch, Historique de l'OHADA, Penant n°827 ; G. Taty, L'injonction de payer et la saisie conservatoire dans le nouveau droit harmonisé applicable au Gabon, Penant n°838 ; M. Mbaye, Réflexion sur la modification du concordat préventif en droit OHADA, Penant n°870 ; E. Soupgui, La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises, Penant n°870 ; J.I. Sayegh, Le sort des travailleurs dans les entreprises en difficulté : Droit OHADA, Penant n°870.

[486] Les procédures collectives ont fait l'objet d'une appréhension dans d'autres réglementations pertinentes au sein de l'espace OHADA à l'image de la loi 2008-47 du 3 septembre 2008 portant réglementation du Système Financier Décentralisé, de la loi 2008-26 du 28 juillet 2008 portant réglementation bancaire et du Code CIMA (Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurance). Même si elles ne portent pas spécialement sur les procédures collectives, elles n'en comportent pas moins des dispositions y afférent.

La discipline est complexe en raison, entre autres, de la pluralité de droits auxquels elle fait appel et des objectifs visés qui ne sont pas toujours compatibles. Au souci de protection des créanciers impayés et de sanction du commerçant, préoccupation initiale, s'est agrégée la sauvegarde de l'entreprise en difficulté.

Les procédures collectives peuvent être définies comme celles plaçant toute personne physique ou morale de droit privé exerçant une activité économique en cessation des paiements[487], sous le contrôle de la justice et la faisant bénéficier de la suspension des poursuites. Bien que l'Acte uniforme institue trois procédures, seuls le redressement judiciaire et la liquidation des biens doivent être considérés comme en étant véritablement[488]. En principe, le règlement préventif[489] n'en ressortit pas puisqu'intervenant avant la cessation des paiements, à l'initiative du débiteur qui veut en bénéficier[490].

Avant l'avènement de la réglementation commune des procédures collectives d'apurement du passif[491], les législations nationales des pays membres de l'OHADA étaient disparates. Certaines reprenaient, pour l'essentiel, les dispositions de la loi française du 13 juillet 1967[492], alors que d'autres intégraient des réformes postérieures comme la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises[493]. Bien des Etats demeuraient régis par la législation du Code du commerce, telle que modifiée par les lois du 28 mai 1838 et 4 mars 1889 et du décret-loi du 8 août 1935 qui consacrait deux procédures : la faillite avec pour conséquence la disparition de l'entreprise par la réalisation de l'intégralité de son actif et l'apurement de son passif et la liquidation judiciaire[494]. L'Acte uniforme représente un tournant important en ce qu'il marque le passage d'un objectif principal

[487] Contrairement à la situation qui prévalait dans les Etats qui n'avaient pas réformé leur législation où la cessation de paiement n'était pas définie, l'Acte uniforme y procède à travers l'article 25 en la présentant comme la situation où le débiteur est dans l'impossibilité de faire face à son passif avec son actif disponible.

[488] Sur ce point précis les approches divergent. Certains auteurs dont P. Tiger classent les procédures collectives en deux grandes catégories : le règlement préventif qui constitue une procédure collective avant cessation des paiements et les procédures collectives après cessation des paiements que sont le redressement judiciaire et la liquidation des biens (voir P. Tiger, Les procédures collectives après cessation des paiements en droit harmonisé OHADA, les Petites Affiches du 13 octobre 2004, n°205, p.35).

[489] L'article 2-1 de l'AUPCAP le définit comme une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité d'une entreprise, et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif.

[490] F. M. Sawadogo, OHADA - Droit des entreprises en difficulté, Bruylant, Bruxelles, 2002, p.2.

[491] Il est entré en vigueur dans l'ensemble des Etats de l'espace OHADA le 1er janvier 1999.

[492] C'est le cas du Mali et du Sénégal, avec la consécration de trois procédures : le règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite qui était en fait une procédure individuelle, regroupant l'ensemble des sanctions patrimoniales, professionnelles et civiques, infligées aux personnes physiques débitrices et aux dirigeants des personnes morales ayant des activités économiques.

[493] Il s'agit du Gabon, de la Guinée, du Bénin et du Cameroun.

[494] A. Fénéon, Le règlement préventif : Analyse critique, Penant n°870, janvier-mars 2010, p.17 ; A. Seid Algadi, Le pouvoir de contrôle des créanciers sur les contrats postérieurs à l'ouverture d'une procédure collective en droit OHADA : effectivité ou facticité, Penant 867, Avril-juin 2009, p.215.

d'apurement du passif à celui surtout de sauvetage de l'entreprise[495]. Par la même occasion, les Etats-Parties consacrent une nouvelle conception de la défaillance des entreprises avec pour ambition de sauvegarder les entreprises qui pouvaient l'être et de limiter au maximum la perte de richesses résultant de leurs difficultés et, éventuellement, de leur disparition[496].

Dans cette perspective, la question du bail à usage professionnel, élément fondamental dans la poursuite de l'activité et la compétitivité de l'entreprise, représente un enjeu majeur[497]. C'est que l'entreprise dont les difficultés sont appréhendées consécutivement à la cessation de paiement n'est pas toujours propriétaire des locaux abritant son activité. Elle peut en obtenir la jouissance dans le cadre d'une convention. A la lumière de l'article 103 de l'Acte uniforme portant Droit commercial général (AUDCG), le bail à usage professionnel se définit comme le contrat, écrit ou non, entre une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble à usage commercial, et une autre personne physique ou morale, permettant à celle-ci, le preneur, d'exercer dans les lieux et avec l'accord de celle-là, le bailleur, une activité commerciale[498]. Dès lors il ressort que le bail à usage professionnel est une convention synallagmatique à titre onéreux puisque, moyennant le paiement d'un loyer, le bailleur laisse au preneur la jouissance de ses locaux.

L'importance du lieu de localisation de l'entreprise explique, en grande partie, la protection particulière dont le preneur fait l'objet lorsqu'il n'est pas propriétaire des lieux d'exploitation de son entreprise. Le droit au bail, qui confère au fonds l'assise territoriale stable indispensable pour la clientèle, constitue un élément essentiel du fonds de commerce. D'ailleurs, outre les stipulations relatives à la location, le bail à usage professionnel[499] peut contenir un pacte de préférence au profit du locataire pour le cas de vente de l'immeuble.

---

[495] En France, cette évolution s'est traduite d'abord par un glissement sémantique avec l'abandon du vocable droit des procédures collectives pour celui de droit des entreprises en difficulté (loi de 1985) et plus tard par l'adoption de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 dite « loi de sauvegarde des entreprises ». Les raisons de ce glissement sont multiples mais les deux principales sont d'ordre économique et psychologique. Tout d'abord les défaillances d'entreprise touchent des pans entiers de l'économie dont certains secteurs d'activité à l'image des chantiers navals, l'industrie textile et les charbonnages qui disparaissent quasiment et d'autres domaines comme celui de la construction et de la promotion immobilière confrontés à une véritable fragilité. Ensuite au plan psychologique l'évolution est manifeste. D'une logique fondamentalement de sanction des « faillis « ayant trahi la confiance de leurs pairs à l'origine, la complexité des affaires, la rigueur de la concurrence nationale et internationale ont conduit à constater que les défaillances étaient moins dues à la malhonnêteté qu'à l'incompétence du chef d'entreprise ou à son inadaptation au marché. Ce faisant, progressivement on s'est orienté vers un assouplissement des règles qui lui étaient applicables en cas de défaillance financière. De sorte que le dépôt de bilan n'est plus considéré comme une infamie mais plutôt comme un acte de saine gestion (Voir Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Montchrestien, 6ème édition, 2009, p. 3 et 4).

[496] A. Fénéon, op. cit.p.15.

[497] D'ailleurs, son importance dans l'activité de l'entreprise est telle qu'il fait l'objet d'une réglementation particulièrement favorable au preneur dans l'Acte uniforme sur le droit commercial général.

[498] Article 103 de l'AUDG.

[499] Avant les modifications apportées à l'Acte uniforme sur le droit commercial général en 2010, le législateur OHADA utilisait le vocable de bail commercial. D'ailleurs, la doctrine utilise indifféremment les vocables bail commercial ou de bail professionnel pour désigner une seule et même réalité (Voir B. Saintourens, Le bail commercial des non commerçants, Etudes Derrupé, Paris, 1991, p. 93.

Le droit au renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée est acquis au preneur qui justifie avoir exploité conformément aux stipulations contractuelles, l'activité prévue, pendant une durée minimale de deux (2) ans. Aucune clause ne peut y faire échec[500]. Il est vrai que la stabilité des relations contractuelles constitue le droit le plus fondamental que le preneur tire du statut du bail à usage professionnel. Avec la crise économique et financière persistante, beaucoup d'entreprises se trouvent confrontées à des difficultés pouvant les conduire à une cessation de paiement. Ce faisant, la question de l'impact de la procédure collective sur ce régime se pose. Elle a, d'ailleurs, fait l'objet de nombreux travaux qui, pour l'essentiel, se sont limités aux difficultés du preneur, occultant celles du bailleur.

Or, avec l'exode rural et son corollaire la spéculation foncière, dans bon nombre de villes, des sociétés civiles immobilières, dont l'activité consiste à investir dans l'immobilier locatif, ont fait irruption. De sorte que, de plus en plus, le bailleur revêt la forme d'une société civile qui, comme les sociétés commerciales, n'est pas à l'abri de difficultés économiques[501]. Avec le développement de l'investissement locatif, le bailleur n'est pas à l'abri d'une procédure collective, d'autant que le placement immobilier n'est pas une sinécure. Le bailleur qui évalue mal les risques financiers liés à cette opération spéculative peut être confronté à une situation de cessation de paiement ou, à tout le moins, justifier de difficultés de nature à y conduire[502]. Manifestement, le législateur communautaire n'a pas expressément envisagé un tel cas de figure. Il est pourtant opportun de considérer l'hypothèse en se posant la question de savoir s'il faut, pour juguler les lacunes de la loi, appliquer au bailleur en difficulté les règles édictées pour la procédure collective du preneur au risque de priver celui-ci de la protection du statut du bail à usage professionnel. Plus précisément, il s'agit de déterminer l'incidence de la procédure collective du bailleur sur le bail commercial en cours.

L'étude d'une telle question est profitable à plusieurs titres. Tout d'abord, il représente, devant les atermoiements de la jurisprudence[503], l'occasion de clarifier la situation du bailleur et du preneur dans l'hypothèse d'ouverture d'une procédure collective concernant le premier. Ensuite, il permettra de révéler l'importance du bail à usage professionnel dans l'activité de l'entreprise notamment à travers l'analyse des règles gouvernant la continuation ou la résiliation de ce contrat en cas d'effondrement du crédit du bailleur.

La réflexion s'impose d'autant qu'il faut faire cohabiter les dispositions d'ordre public que sont, d'une part, celles relatives aux procédures collectives et, d'autre part, certaines régissant

[500] Article 123 de l'AUDCG.

[501] A la lumière de l'article 2 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens sont applicables à toute personne physique ou morale commerçante, à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui cesse ses paiements. L'assujettissement de personnes morales de droit privé aux procédures collectives qui est une évolution importante dans l'espace OHADA trouve son explication dans l'essor qu'elles ont connu dans ledit espace et le dynamisme qui les caractérise.

[502] F. Kendérian, Le sort du bail commercial dans les procédures collectives, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, 2ème édition, Litec Paris, 2008, p. 121.

[503] CA Caen, 1ère Civ., 11 mai 2009 ; Cass. Com., 29 avril 2002 ; Cass., 3ème Civ., 1er juillet 2009 ; CA Abidjan, n°811 du 8 août 2003.

le bail à usage professionnel. A priori, les deux corps de règles participent, essentiellement, du souci de protection du preneur et non du bailleur en difficulté dont il convient, pourtant, de préserver l'outil de production. Par conséquent, dans l'hypothèse de soumission du bailleur à une procédure collective, toute la difficulté est d'assurer l'articulation entre le droit spécial des procédures collectives avec celui du bail commercial. L'opération est ardue car la contradiction est avérée entre le souci de protection de l'entreprise du bailleur et le statut du bail commercial qui est surtout protecteur du preneur ou de son fonds. Le risque que le bailleur use du droit des procédures collectives pour s'affranchir de ses obligations relativement au bail commercial est réel.

De façon générale, quelle que soit la partie frappée par la cessation de paiement, le régime érigé en direction des contrats en cours[504] a vocation à recevoir application. Il reste, entre autres, à savoir si le droit d'option qui le caractérise est pertinent rapporté au bail commercial lorsque c'est le bailleur qui est assujetti à une procédure collective. En principe, la question appelle une réponse négative. Dans sa relation au locataire, le propriétaire de l'immeuble est, sans aucun doute, le maillon fort. D'où la protection spécifique dont fait l'objet le preneur dans le cadre du bail à usage professionnel. Il est dès lors difficilement envisageable que l'assujettissement du bailleur à une procédure collective se traduise par une remise en cause de cette préoccupation[505].

En tout état de cause, les questions liées au bail à usage professionnel diffèrent selon que congé a été donné au preneur avant la procédure collective du bailleur ou non. Dans la première hypothèse, les enjeux concernent surtout l'indemnité d'éviction(II). La seconde, quant à elle, interpelle plutôt le sort du contrat de bail lui-même (I).

I. Le sort du bail à usage professionnel en cas de procédure collective du bailleur

Le bail commercial envisagé à l'ouverture de la procédure collective du bailleur, pose surtout la question de l'application du régime des contrats en cours[506] tel qu'il est décliné. D'abord,

[504] Le législateur communautaire, à l'instar du législateur français, ne s'est pas particulièrement préoccupé de la question de la définition de la notion de contrat en cours de sorte qu'elle a suscité un contentieux important. Cependant, il est admis qu'elle concerne des contrats qui n'ont pas été complètement exécutés avant le jugement d'ouverture. Ce sont, en principe, des contrats à exécution successive mais elle peut être étendue aux contrats à exécution instantanée mais dont les effets se prolongent dans le temps. Ces contrats sont en existence et en cours d'exécution (C. Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, 6ème édition, Montchrestien, Paris, 2009, p. 326).

[505] En droit du travail, par exemple, le souci de protection du salarié maillon faible dans la relation d'emploi explique la mise en échec de l'effet relatif du contrat. En effet, aux termes de l'article L. 66 du code du travail « S'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, reprise sous une autre appellation, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. »

[506] La question de l'exécution des contrats en cours dans le cadre d'une procédure collective présente la particularité de souligner le double rapport de dépendance et d'autonomie qu'entretient le droit commercial avec le droit civil. Elle repose sur la combinaison des principes du droit commun et de la technique propre du droit commercial. Par ailleurs, l'originalité de cette question tient au fait que, dispositions de droit commun comme dispositions spécifiques au droit des procédures collectives sont interprétées pour les premières par des règles conçues pour les secondes, dans le but de satisfaire un même objectif : assurer le sauvetage des entreprises

par l'article 108 de l'AUPC qui dispose que : « Le syndic conserve seul, quelle que soit la procédure ouverte, la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie ». Ensuite, par l'article 97 de l'AUPC, qui offre au débiteur assisté du syndic ou à ce dernier, en fonction des cas, la possibilité de continuer ou non le bail. De la combinaison de ces dispositions, il ressort que l'ouverture de la procédure collective n'entraîne pas la résiliation du bail. Néanmoins, elle est de nature à provoquer la fragilisation du lien contractuel.

A/ Le maintien du contrat en dépit de la cessation de paiement du bailleur

Le bailleur peut y trouver son intérêt dans le cas où il est confronté à un redressement judiciaire puisque les revenus générés par les loyers peuvent contribuer à juguler les difficultés auxquelles il se trouve ponctuellement confronté. Par ailleurs, le souci de sauvetage de l'entreprise en difficulté, viable économiquement, doit pouvoir également expliquer que le droit des procédures collectives fasse échec à certaines clauses contractuelles visant à se prémunir contre les difficultés éventuelles. La continuation du contrat de bail s'oppose à la résolution du contrat, dans une certaine mesure. Elle emporte, en même temps, le respect de ses termes.

1. L'indifférence de la procédure collective sur l'existence du contrat

A la lumière de l'article 107 de l'AUPCAP : « Hormis pour les contrats conclus en considération de la personne du débiteur et ceux prévus expressément par la loi de chaque Etat-Partie, la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite»[507]. La règle de l'inefficacité des demandes en résolution fondées sur la cessation de paiement ne vaut qu'en direction des contrats qui ne sont pas conclus en considération de la personne[508].

a) La nature du contrat de bail

Les contrats intuitu personae[509] sont ceux dont la considération de la personne a été décisive dans leur conclusion comme le mandat, les contrats de compte courant et d'ouverture de

économiquement viables (C. Brunetti-Pons, La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives ; RTD Com., octobre-décembre 2000, p. 788).

[507] Ce texte de l'OHADA s'inspire de l'ancienne législation française de 1967. Il est difficilement concevable qu'un contrat non poursuivi puisse être cédé.

[508] En excluant les contrats conclus intuitu personae du domaine de la continuation, le droit OHADA des procédures collectives s'inscrit dans la même logique que la loi française de 1967 qui considérait que ce type de contrat était résilié de plein droit. Cette position est critiquable en ce sens où elle permet difficilement le redressement de l'entreprise en la coupant de son environnement. Entretemps, le droit français a évolué puisque l'administrateur d'un redressement judiciaire a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours lors du prononcé de ce redressement judiciaire sans qu'il puisse être fait distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne (Cass. Com., 8 décembre 1987, J.C.P., éd. 1988, II, note 2029 ; R.T.D.Civ., 1988, n°7, obs. Mestre ; D. 1988, p. 1988, p.52, note Derrida).

[509] La catégorie des contrats intuitu personae fait l'objet d'une certaine désaffection de sorte que certains auteurs annoncent son déclin (voir V. D. Krajeski, L'intuitus personae dans les contrats, Thèse université de Toulouse-

crédit, le contrat de cautionnement, la commission, les contrats de franchise et les concessions d'exclusivité[510]. Leur conclusion requiert une certaine relation de confiance entre les cocontractants.

De manière générale, le bail ne peut pas être considéré comme ressortissant de cette catégorie[511]. En effet, celui-ci se poursuit même si le preneur ou le bailleur décède en vertu de l'article 111 de l'AUDCG qui précise que le bail ne prend pas fin par le décès de l'une ou l'autre des parties. L'analyse est confortée par l'article 118 du même Acte uniforme qui permet au preneur de céder le bail[512]. La cession s'impose au bailleur lorsqu'elle se fait avec la totalité des éléments permettant l'activité dans les lieux loués[513].

En réalité, le bailleur s'intéresse moins à l'identité de son locataire qu'au versement régulier de son loyer. Ce faisant, le bail à usage professionnel profite de la règle de l'inefficacité des demandes en résolution fondées sur la cessation de paiement.

b) L'inefficacité des demandes en résolution fondées sur la cessation de paiement

En droit commun des contrats, chaque contractant, pour éviter de devoir recourir au juge aux fins de résolution de la convention, dans certaines conditions, peut veiller à l'insertion d'une clause résolutoire[514]. L'OHADA s'inscrit dans cette logique et ne s'oppose pas, de façon systématique, à ce type de clause. Elle écarte uniquement celles qui trouveraient leur justification dans les difficultés économiques du débiteur ou de son entreprise. Leur opportunité ne pose donc pas de difficulté lorsqu'elles sont exprimées en termes généraux, le juge se réservant un pouvoir d'appréciation dans le cas où elles sont formulées de manière équivoque[515].

---

sciences sociales, 1998, Doctorat et notariat, collection des thèses, 2001 ; Azoulai, L'élimination de l'intuitus personae dans le contrat, in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, LGDJ, 1960.

[510] F. M. Sawadogo, OHADA- Droit des entreprises en difficulté, précité p.182.

[511] Néanmoins rien n'empêche les parties de convenir que leur contrat est conclu intuitu personae. Dans son ouvrage « Le bail en général », Yvette Merchiers indique que le caractère intuitu personae peut se déduire de diverses circonstances et notamment de la durée du bail, de son prix, de ses conditions et du lien de parenté unissant le bailleur et le preneur (Y. Merchiers, Le bail en général, Editions Larcier, 1997, p.109).

[512] Il est communément admis que les contrats conclus intuitu personae sont en principe incessibles et intransmissibles.

[513] La cession est tout de même soumise à l'accord du bailleur si le preneur cède le bail seul ou avec une partie des éléments permettant l'activité dans les lieux loués. Toute cession de bail doit être portée à la connaissance du bailleur par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le par le destinataire mentionnant l'identité complète du cessionnaire, son adresse, le cas échéant, son numéro d'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM).

[514] C'est ce qui résulte de l'article 106 du Code des obligations civiles et commerciales sénégalais qui dispose que, sauf disposition légale contraire, les parties peuvent convenir, qu'à défaut d'exécution, le contrat sera résolu de plein droit et sans sommation. Elles peuvent également convenir que le contrat sera résilié de plein droit à dater de la notification au défaillant des manquements constatés à sa charge.

[515] Dans ce sens voir Cass. 1ère civ., 25 nov. 1986, Bull. civ. I, n°279, p. 256.

L'interdiction vaut pour toute la procédure puisqu'elle s'applique une fois que la cessation de paiement a été judiciairement constatée et une procédure d'apurement du passif ouverte. La législation communautaire a pu être inspirée par le principe d'égalité des créanciers chirographaires en vertu duquel il serait impossible à l'un d'entre eux d'améliorer sa situation au détriment des autres par le biais d'une convention particulière[516].

La dérogation au droit commun se justifie par des considérations pratiques. Si la validité de la clause résolutoire était admise, la clause deviendrait une clause de style parce qu'elle présente l'avantage de procurer une solution simple et rapide au cocontractant. Ce dernier pourrait se libérer aisément de son engagement en invoquant ladite clause[517].

L'interdiction s'inscrit dans la logique du nouveau système de valeur, essentiellement, d'ordre économique, qui sous-tend la législation des procédures collectives. Elle n'a vocation, cependant, à opérer que lorsque la clause conditionne la résolution du contrat à l'ouverture de la procédure. Ce faisant, les clauses reposant sur d'autres considérations devraient pouvoir jouer en dépit de l'ouverture de la procédure.

Par ailleurs, les contrats synallagmatiques se caractérisent par l'interdépendance des obligations réciproques qu'ils imposent aux cocontractants. Deux conséquences majeures découlent de l'inexécution de telles conventions. Si l'un des partenaires contractuels réclame l'exécution de sa créance, sans s'être acquitté de sa dette, l'autre peut refuser de payer en invoquant l'exception d'inexécution. Si l'une des parties ne satisfait pas à ses engagements, l'autre pourra demander la résolution du contrat[518]. Dans la même logique, l'article 133 de l'AUDCG relatif au bail à usage professionnel dispose que le preneur et le bailleur sont tenus, chacun en ce qui le concerne, au respect des clauses et conditions du contrat sous peine de résiliation[519].

A priori, ces principes se concilient difficilement avec les objectifs de maintien de l'activité. Assurer la survie de l'entreprise implique qu'il soit procédé à la préservation des liens contractuels dont le réseau conditionne la marche[520]. Dans le but de rencontrer cette exigence, le législateur communautaire maintient en force exécutoire, dans une certaine mesure, les contrats en cours en entravant notamment leur résolution lorsqu'elle est fondée sur l'ouverture d'une procédure collective.

---

[516] M. Pédamon, Des clauses résolutoires expresses pour cause de faillite ou de règlement judiciaire dans les ventes mobilières : D. 1963, Chron., p. 110.

[517] A. Seîd Algadi, Contrats et droit OHADA des procédures collectives, Etude à la lumière du droit français, L'harmattan, Paris, 2009, p. 195.

[518] L'article 105 du COCC abonde dans le même sens en précisant que dans les contrats synallagmatiques, lorsque l'une des parties manque gravement à ses obligations en refusant de les exécuter, en tout ou en partie, l'autre peut, en dehors des dommages et intérêts qui lui sont dus demander en justice, soit l'exécution forcée, soit la réduction de ses propres obligations, soit la résolution du contrat, soit sa résiliation.

[519] Cette disposition ne pose pas de difficulté particulière puisque l'ouverture d'une procédure collective ne saurait nullement être regardée comme la violation d'une quelconque clause contractuelle.

[520] J. F. Montredon, La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives, JCP n° 1989, I, p 31.

Le droit des procédures collectives s'oppose à toute action judiciaire tendant à obtenir la résolution, motif pris de l'ouverture d'une procédure collective. L'article 107 de l'AUPCAP est on ne peut plus clair : « La cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution ». Elle ne saurait nullement être regardée comme un manquement susceptible d'entraîner l'anéantissement du contrat de bail.

En raison des objectifs assignés au droit des procédures collectives, il est difficile d'envisager qu'une action en résolution d'un contrat fondé sur le déclenchement d'une procédure puisse aboutir. Il y a donc lieu de circonscrire le champ d'application de ce dernier texte en dehors des considérations relatives aux difficultés de l'entreprise. Autrement dit, de la lecture conjointe desdits articles, on peut déduire, qu'en principe, toutes les actions en résolution d'un contrat sont admises à l'exception de celles justifiées expressément par l'ouverture de la procédure collective[521]. La solution trouve sa raison d'être dans le fait que l'ouverture de la procédure collective ne doit pas être un obstacle à l'anéantissement judiciaire des contrats non exécutés[522].

Par rapport au droit français qui constitue pourtant sa source d'inspiration, le législateur OHADA fait preuve d'originalité[523]. Le droit français n'admet pas d'action en résolution fondée sur une inexécution antérieure au jugement d'ouverture à condition toutefois qu'elle concerne le paiement d'une somme d'argent.

2. La continuation du bail en dépit de la survenance de la cessation de paiement

L'ouverture d'une procédure collective à l'endroit du bailleur ne le dispense pas de ses obligations découlant du bail à usage professionnel. En cas de continuation du contrat, chacune des parties est tenue de l'exécuter conformément aux clauses et conditions existant au jour du jugement d'ouverture. La poursuite du contrat doit s'effectuer selon les termes initialement convenus par les cocontractants. Par ailleurs, la résurgence des conditions initiales du contrat ne se traduit pas seulement par le maintien des stipulations voulues par les

[521] A. SeÏd Algadi, op. cit. p. 197 et 198.

[522] F. M. Sawadogo, op. cit., n°211, p. 208.

[523] A la lumière de l'article 97 de l'AUPC relatif au droit de résiliation et au privilège du bailleur d'immeuble, le bailleur qui entend demander ou faire constater la résiliation pour des causes antérieures à la décision d'ouverture, doit, s'il ne l'a déjà fait, introduire sa demande dans le mois suivant la deuxième insertion au journal d'annonces légales prévue par l'article 36 ou l'insertion au Journal officiel prévue par l'article 37 alinéa 3.
Cet article 36 pose une exigence de publicité puisqu'il précise que toute décision d'ouverture d'une procédure collective et mentionnée, sans délai, au registre du commerce et du crédit mobilier. Si le débiteur est une personne morale de droit privé non commerçante, la mention est portée au registre chronologique, en outre, une fiche est établie au nom de l'intéressé au fichier alphabétique avec mention de la décision la concernant ; il est indiqué, de plus, les nom et adresse du ou des dirigeants ainsi que le siège de la personne morale. La décision est, en outre, insérée par extrait, avec les mêmes indications dans un journal habilité à recevoir des annonces légales au lieu du siège de la juridiction compétente. Une deuxième insertion doit être faite, dans les mêmes conditions, quinze jours plus tard.
L'alinéa 3 de l'article 37 obéit à la même préoccupation en ce qu'il dispose que l'insertion au journal officiel est facultative si la publicité dans un journal d'annonces légales a été faite conformément aux dispositions de l'article 36 et qu'elle est obligatoire dans le cas contraire.

parties, mais encore par l'application des règles de droit commun applicables au contrat de bail. Ainsi lorsqu'il est à durée indéterminée, la règle fondamentale de la faculté de résiliation unilatérale a vocation à s'appliquer.

Ainsi, il ressort de l'article 108 AUPCAP que, dans l'hypothèse où la continuation est préférée à la rupture, le syndic a la charge de fournir la prestation promise. Tant que le preneur s'acquitte de son loyer, le bailleur ou le syndic est tenu de lui garantir la jouissance paisible des locaux. La même position est adoptée par le législateur français à travers l'article L 622-13 du code de commerce. L'administrateur ayant exigé l'exécution du contrat en cours a l'obligation de fournir la prestation promise au contractant qu'est le preneur. Le bailleur placé en redressement judiciaire ne saurait s'affranchir des obligations de droit commun qui pèsent sur lui et spécialement de son obligation d'entretenir la chose louée en procédant à toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que locatives[524].

Le même principe de respect des stipulations contractuelles s'applique en cas de cession du contrat. La cession réalisant un remplacement du cédant par le cessionnaire, elle nécessite corrélativement le maintien des stipulations initiales[525]. Toutefois, la succession de contractants qui se trouve réalisée, sur la base de la relation contractuelle d'origine, rend ardue la transposition pure et simple de cette dernière. Cette particularité rend nécessaire certaines adaptations[526].

Le système dérogatoire de continuation des contrats en cours trouve ses limites dans la logique de l'adage *speciala generalibus derogant*. Dès lors, les actions en résolution fondées sur des causes antérieures à la procédure collective restent possibles conformément à l'article 97 de l'AUPC qui intègre la possibilité pour le bailleur de demander ou de faire constater la résiliation pour des causes antérieures à la décision d'ouverture.

---

[524] La chambre commerciale de la Cour de cassation française s'est prononcée dans ce sens (voir Cass. Com., 29 avril 2002 : Bull. civ. 2002, IV, n°75 ; JurisData n°2002-014146 ; D. 2002, p.1674, obs. A. Lienhard). En l'espèce un bailleur s'était engagé, lors du renouvellement d'un bail à usage d'habitation et de commerce, à juguler des infiltrations d'eau. Après l'assujettissement du bailleur à un redressement puis à une liquidation judiciaire, les preneurs déclarent leur créance correspondant au coût des travaux à effectuer et à des dommages et intérêts. Ils assignent en même temps le liquidateur pour obtenir l'exécution des travaux et demandent la fixation de la créance au passif de la liquidation judiciaire. La Cour d'appel de Caen, condamne le liquidateur, es qualité, à exécuter les travaux et ordonne la consignation des loyers jusqu'à complète exécution. Se fondant sur la règle de l'arrêt des poursuites individuelles, le mandataire se pourvoit en cassation tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent pour une cause antérieure à l'ouverture de la procédure. Seulement, dans cette affaire l'action litigieuse s'inscrivait dans le cadre de la poursuite d'un contrat en cours, ce qui entrainait l'exclusion de l'application de la règle de l'interdiction des poursuites individuelles. Forte de ce constat, la chambre commerciale de la Cour de cassation, a abondé dans le même sens que les juges caennais qui avaient condamné le liquidateur à exécuter les travaux requis. A l'appui de sa position, la chambre commerciale excipe tout d'abord le fait que le contrat s'est poursuivi en fait et que l'action introduite tend à l'exécution de travaux par le bailleur ou le liquidateur qui le représente, lequel doit pendant toute la durée du bail en cours, toutes les réparations nécessaires autres que locatives, peu important que les preneurs aient déclaré leur créance au titre des travaux.

[525] Voir L. Aynès, La cession du contrat et les opérations à trois personnes, Economica, Paris, 1983 et P. Delebecque, Le régime des contrats cédé en application de la l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985, RJ com., n° spécial, nov. 1982, p. 134 et s.

[526] C. Prunetti – Pons, article précité, p. 804.

La continuation du contrat ne doit pas se faire au détriment du créancier du bailleur. Le preneur est créancier d'une occupation paisible et d'une pleine jouissance des locaux loués. Il reste tout de même qu'en cas de liquidation des biens, inévitablement, l'immeuble fera l'objet d'une vente. Pour obtenir un bon prix, le liquidateur peut être tenté de se libérer du contrat de bail commercial dont il doit assurer la continuation, au mépris des exigences du statut régissant ce dernier.

B/ La fragilité du lien contractuel en raison de l'ouverture de la procédure collective

Elle est attestée par la consécration par le législateur communautaire d'un droit d'option, à la portée générale, concernant les contrats en cours au jour d'ouverture de la procédure. Il résulte, expressément, de l'article 108[527]. Si son existence ne pose pas de difficulté particulière, il importe tout de même de cerner la manière dont le syndic exerce la faculté de résiliation.

1. Le droit d'option du syndic

Il importe d'en déterminer non seulement les justifications mais également le champ d'application.

a) Les justifications du droit d'option du syndic

La question de l'option est rendue délicate par le fait que deux corps de règles, d'ordre public, s'enchevêtrent. Tout d'abord, le droit des procédures collectives qui vise plutôt la sauvegarde de l'outil de production et le statut du bail professionnel particulièrement protecteur du supposé maillon faible dans la relation contractuelle, à savoir le preneur dont la propriété commerciale doit être sécurisée.

La poursuite du bail ne pose pas véritablement de difficultés pour le preneur *in bonis* puisqu'il est maintenu dans les locaux où il continue à exercer son activité. Seulement, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, l'intérêt pour le bailleur d'obtenir la résiliation du bail est réel. Dans le premier cas, il peut souhaiter se débarrasser du preneur aux fins d'obtenir une augmentation de loyer avec un autre preneur. Dans le second, le liquidateur peut être tenté de se libérer du bail dans le souci d'obtenir le meilleur prix dans la perspective de la vente inévitable de l'immeuble consécutivement à liquidation des biens de l'entreprise propriétaire. Face à cette réalité deux options sont envisageables.

La première consiste à privilégier les impératifs de la procédure collective. Le liquidateur pourra alors faire libérer les locaux afin d'en obtenir un meilleur prix dans le but d'apurer le

[527] Selon l'article 108 de l'AUPCAP : « Le syndic conserve seul, quelle que soit la procédure ouverte, la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie. Si le contrat est synallagmatique et si le syndic n'a pas fourni la prestation promise, l'autre partie peut soulever l'exception d'inexécution. Si l'autre partie s'exécute sans avoir reçu la prestation promise, elle devient créancière de la masse. Le syndic peut être mis en demeure de fournir la prestation promise, dans un délai de trente (30) jours, sous peine de résolution, de plein droit, du contrat. » Sur ce plan précis, le législateur communautaire ne fait que se conformer au droit commun. Il est somme toute normal, qu'en cas de défaillance d'un cocontractant, l'autre puisse demander l'anéantissement de la convention.

passif. Ce faisant, le preneur ne pourra prétendre qu'au paiement de dommages et intérêts à déclarer au passif du bailleur. Il est cependant difficilement acceptable que le syndic puisse, par sa seule volonté, mettre fin au bail au mépris du statut des baux commerciaux qui vise à garantir au preneur en règle une certaine stabilité dans sa situation. S'il n'est pas douteux que la dénonciation anticipée d'un bail soumis à ce statut profiterait au bailleur et à ses créanciers, il est tout aussi sûr qu'il constituerait quasiment une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique[528]. L'objectif même du droit des procédures collectives qui est de sauver, tant qu'il est possible, l'outil économique s'accommode difficilement du fait que la liquidation des biens de l'entreprise du bailleur puisse un tant soit peu entrainer celle du preneur irréprochable.

La seconde consisterait à faire prévaloir la protection statutaire du bail commercial sur le droit d'option, auquel cas le syndic sera tenu d'exécuter le bail. Mais le preneur doit éviter de prendre le risque de le mettre en demeure, par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, d'exercer son option ou de fournir la prestation promise. En effet, en cas de silence ou de réponse négative, le bail serait résilié de plein droit[529]. Ce faisant, le preneur ne pourrait prétendre ni à une indemnité d'éviction ni au droit de se maintenir sur les lieux.

Les garanties de paiement qui diffèrent dans les deux cas constituent un enjeu décisif. Alors que le preneur qui a droit à l'indemnité d'éviction peut se maintenir dans les locaux jusqu'à son paiement, il en va autrement du preneur dont le contrat a été résilié. Non seulement, il ne bénéficie pas de la priorité de paiement mais, en plus, à l'instar des autres créanciers antérieurs, il doit déclarer la sienne au passif de la procédure collective[530]. Avec deux solutions envisageables, la détermination du champ d'application du droit d'option s'impose.

b) Le champ d'application du droit d'option du syndic

A prime abord, lorsque l'entreprise du bailleur est soumise à une procédure collective rien ne permet dans la loi d'évincer le régime général des contrats en cours et donc d'écarter le droit d'option du syndic ou du liquidateur. Pourtant la détermination du champ d'application du droit d'option divise la doctrine. D'aucuns[531], se fondant sur le particularisme du bail soumis au statut des baux commerciaux, soutiennent que le mandataire à la procédure collective du bailleur ne saurait tirer profit du droit d'option. Selon eux, penser autrement équivaudrait tout simplement à accepter le sacrifice de l'entreprise saine du preneur *in bonis* en permettant la résiliation du bail au mépris des conditions posées par le statut des baux commerciaux. D'autres, par contre, estiment que, concernant le bail commercial, il n'existe pas au regard des procédures collectives de réglementation spéciale de nature à justifier l'éviction du régime général[532].

[528] F. Kédérian, chron. préc.ss n°182 : D. 2003, p. 610, spéc. n°19, p. 614.
[529] Article 108 paragraphe 3 de l'AUPCAP
[530] M. Keita, Le bail commercial en cours à l'ouverture de la procédure collective du bailleur, LPA, 30 juillet 2003, n°51, p. 9.
[531] F. Kendérian, article précité p. 610.
[532] C. Régnaut- Moutier, obs. sous CA Caen, 11 mai 2001 : Act. pr. coll. 21 sept. 2001, n°176 ; B. Soinne, Traité des procédures collectives, Litec, 2ème édition, 1995, n°1328-1 ; J. F. Montrédon, La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives : JCP E 1998, II, 15156, n°41.

A travers l'article 97[533], l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif dispose que : « L'ouverture de la procédure collective n'entraine pas, de plein droit, la résiliation du bail des immeubles affectés à l'activité professionnelle du débiteur, y compris les locaux qui, dépendant de ces immeubles, servent à l'habitation du débiteur ou de sa famille. Toute stipulation contraire est réputée non écrite. Le syndic, en cas de liquidation des biens, ou le débiteur assisté du syndic, en cas de redressement judiciaire, peut continuer le bail ou le céder aux conditions éventuellement prévues au contrat conclu avec le bailleur et avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent… »

Sans aucun doute, il s'agit de dispositions ayant vocation à s'appliquer dans le cas où le preneur est confronté à des difficultés économiques conduisant à sa cessation d'activités. L'analyse est confortée par la raison d'être du droit d'option qui participe du souci de permettre à l'entreprise en difficulté de renoncer aux contrats dont l'exécution s'avère trop onéreuse[534]. Elle est donc surtout pertinente dans le cas où cette exécution a un coût financier. Or, si l'on considère le bail à usage professionnel, le coût financier est à la charge du preneur. Contre le paiement du loyer convenu, son entreprise profite de la jouissance des lieux. Ce n'est que de façon exceptionnelle, c'est-à-dire lorsqu'il est appelé à procéder à de grosses réparations dans les lieux loués que le bailleur supporte les frais. En pareille occurrence, le contrat de bail coûterait plus à l'entreprise en difficulté du bailleur qu'il ne lui rapporterait. Dès lors, on peut raisonnablement envisager que ce dernier, malgré les conséquences fâcheuses pour le preneur, puisse se dégager d'un contrat dont l'exécution s'avère particulièrement onéreuse pour lui. La solution serait conforme à la raison d'être du régime des contrats en cours[535] et ne serait pas particulièrement choquante lorsque l'on sait que le législateur lui-même a érigé la possibilité pour le preneur, certes en difficulté, d'opter pour la résiliation du bail.

Tel qu'il est rédigé actuellement, l'article 97 est centré surtout sur la situation du preneur en difficulté et ignore, quelque peu, celle du bailleur. L'explication réside, probablement, dans le fait que, jusqu'ici, dans les pays de l'espace OHADA, les procédures collectives concernent, pour une large part, le preneur. Avec la présence actuellement des sociétés civiles immobilières dans le milieu locatif, il urge que le législateur communautaire se positionne clairement pour contribuer à éclaircir davantage le régime juridique de l'option.

Le fait que le droit d'option concernant le bail ne bénéficie pas, a priori, au bailleur confronté à une procédure collective ne signifie aucunement que ce dernier est privé de la possibilité de demander la résiliation du bail à usage professionnel. La protection aménagée par l'Acte uniforme portant organisation des procédures d'apurement du passif signifie uniquement que la survenance d'une procédure collective ne peut être constitutive de faute et, par conséquent, ne saurait entraîner la fin de contrat. C'est dire que l'article 133 de l'AUDG qui permet à

[533] Il correspond mutatis mutandis à l'article L-622-13 du code du commerce français.

[534] A. Laude, La non continuation des contrats dans les procédures collectives, in *La cessation des relations contractuelles d'affaires*, Colloque Institut droit des affaires, Aix-en-Provence, 30-31 mai 1996, Avant propos J. Mestre : PUAM, 1997, p.109.

[535] F. Kendérian, op. cit., p. 148.

l'une des parties de demander, en cas de manquement de l'autre à ses obligations, la résiliation du contrat de bail n'est pas écartée. Aussi le bailleur est légitimé à demander la résiliation du contrat pour des manquements antérieurs ou postérieurs à l'ouverture de la procédure. D'ailleurs, selon toujours l'article 97 de l'AUPC, le bailleur qui entend demander ou faire constater la résiliation pour des causes antérieures à la décision d'ouverture, doit, s'il ne l'a déjà fait, introduire sa demande dans le mois suivant la deuxième insertion au journal d'annonces légales prévue par l'article 36 ou l'insertion au journal officiel prévue par l'article 37 alinéa 3[536]. Le bailleur qui entend former une demande en résiliation du bail pour des causes nées postérieurement à la décision d'ouverture doit l'introduire dans un délai de quinze jours à dater de la connaissance par lui de la cause de résiliation. Celle-ci est prononcée lorsque les garanties offertes sont jugées insuffisantes par la juridiction compétente pour garantir le privilège du bailleur.

2. L'exercice par le syndic de la faculté de résiliation

En principe, il revient au syndic le soin d'opter ou non pour la continuation du contrat. Devant son inertie ou de non manifestation de sa volonté de poursuivre le contrat, l'article 108 de l'AUPC offre au cocontractant la possibilité de le mettre en demeure de se prononcer dans un délai de trente jours. La mise en demeure se fait par lettre recommandée ou tout autre moyen laissant trace écrite. S'il ne s'exécute pas dans les délais impartis, il s'en suit la résolution de plein droit du contrat[537]. A la lumière de l'article 109 de l'AUPC, le fait pour le syndic de ne pas user de sa faculté d'option ou de ne pas fournir la prestation promise dans le délai imparti par la mise en demeure entraine, en outre, le paiement de dommages et intérêts dont le montant sera produit au passif au profit de l'autre partie. Le cocontractant ne peut compenser les acomptes reçus pour des prestations non encore fournies par lui avec les dommages et intérêts dus pour la résolution. Cependant la juridiction compétente saisie de son action en résolution contre le syndic, peut prononcer la compensation ou l'autoriser à différer la restitution des acomptes jusqu'à ce qu'il ait été statué sur les dommages et intérêts.

Malgré que le bailleur en difficulté ne puisse pas, en principe, se prévaloir du droit d'option concernant le contrat de bail professionnel, il se peut que le syndic ne poursuive pas la relation contractuelle. Dès lors, se pose la question de savoir si le contrat est automatiquement résilié. De la lettre de l'article 108 on ne peut tirer de réponse positive. A contrario, le contrat auquel renonce l'organe de la procédure, en dehors de toute mise en demeure, n'est pas automatiquement résilié. Il appartient au cocontractant, et à lui seul, de saisir le juge pour obtenir la résolution du contrat. Le problème c'est qu'en cas de difficulté du bailleur, le preneur n'a nullement intérêt à demander la résiliation de son contrat[538]. Finalement, en

[536] Ces dispositions, comme précédemment indiqué, sont relatives à la nécessaire publicité suivant toute décision d'ouverture de procédure collective.

[537] L'expression « de plein droit » ne dispense pas de faire constater ou prononcer la résiliation judiciaire. Elle signifie uniquement que le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation. Il doit prononcer la résiliation du contrat dès lors que l'option du syndic est négative. L'article 109 de l'AUPC ne dit pas autre chose lorsqu'il évoque « la juridiction compétente saisie de son action en résolution contre le syndic » (dans le même sens, voir C. Brunetti-Pons, article précité, p. 800).

[538] P.H. Brault, note sous CA de Paris, 5 mai 1999, Loy. et Cop. 2000, Comm 15.

l'absence d'initiative de ce dernier le contrat est censé suivre son cours. Seule cette solution est respectueuse des droits du preneur. Or, selon l'article 97 de l'AUPC, si le syndic ou le débiteur assisté du premier, en fonction des cas, décide de ne pas poursuivre le bail, celui-ci est résilié sur simple congé formulé par acte extrajudiciaire. La résiliation prend effet à l'expiration du délai de préavis notifié dans cet acte, qui ne saurait être inférieur à trente jours. En raison des objectifs assignés au statut des baux commerciaux la solution est difficilement concevable dans le cas de l'ouverture d'une procédure contre le bailleur[539]. La problématique est tout à fait différente lorsque le preneur n'avait pas reçu congé avant l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du bailleur.

II. Le sort de l'indemnité d'éviction en cas de congé donné au preneur antérieurement à la procédure collective

Le bailleur peut, conformément à l'article 123 de l'AUDCG, faire échec au droit au renouvellement en acceptant de verser une indemnité d'éviction. C'est cette dernière qui est en jeu lorsque congé a été donné par le bailleur avant qu'il ne soit confronté à une procédure collective. Si sa naissance ne pose pas de difficultés particulières (A) il n'en reste pas moins nécessaire de préciser les modalités de son paiement (B).

A/ La détermination de la créance du preneur

L'indemnité d'éviction est intrinsèquement liée au droit au renouvellement reconnu au preneur dont il sanctionne le non respect. Elle constitue, en quelque sorte, pour le bailleur, le prix à payer pour reprendre sa liberté et, pour le preneur, la réparation du préjudice qu'il subit pour le non renouvellement[540] de son bail. Il importe dès lors de préciser, tour à tour, les conditions et la date de sa naissance.

1. Une naissance assujettie à l'inexistence de motifs légitimes

L'importance du droit au renouvellement du bail commercial est telle que la pratique la désigne sous le nom de propriété commerciale. Elle est la contrepartie du droit du bailleur de refuser le renouvellement du bail arrivé à expiration. Elle est due à tout preneur ayant satisfait aux conditions posées à l'article 91 de l'Acte uniforme relatif au Droit commercial général. Le locataire[541] doit justifier avoir exploité conformément aux stipulations du bail, l'activité prévue à celui-ci, pendant une durée minimale de deux ans. Mais en dépit de l'importance qu'elle revêt pour le preneur, l'indemnité d'éviction n'est pas due, dans certaines situations particulières qui lui sont, soit propres, soit étrangères.

---

[539] Cet argument est un obstacle supplémentaire à l'application de l'article 97 de l'AUPCAP lorsqu'une procédure est ouverte contre le bailleur.

[540] Le refus de renouvellement est différent de la résiliation judiciaire qui peut intervenir à n'importe quel moment, à l'initiative de chacune des parties, pour manquement par l'autre partie de ses obligations contractuelles.

[541] Le droit au renouvellement du bail est attribué au preneur sans aucune précision. Cela se comprend puisque le bénéfice du statut du bail commercial tend à être étendu aux professionnels non commerçants.

La première est liée à son comportement fautif. Le bailleur n'est pas tenu lorsqu'il dispose d'un motif grave et légitime tenant à l'inexécution par le locataire d'une de ses obligations essentielles ou encore à la cessation de l'exploitation de son activité. Le bailleur ne peut invoquer ce motif que si les faits se sont poursuivis ou renouvelés plus de deux (2) mois après une mise en demeure de sa part, par signification d'huissier de justice ou notification par tout moyen permettant d'établir la réception effective par le destinataire, d'avoir à les faire cesser.

La solution est de nature à entraîner des difficultés. En raison du nombre important de clauses pouvant figurer dans le contrat de bail professionnel, il est probable que les parties ne s'entendent pas sur les dispositions pouvant être regardées comme fondamentales. De sorte que lorsque l'employeur invoque le non respect d'une clause pour se soustraire à l'indemnité d'éviction, en ce qu'il la considère comme essentielle, seul le juge en cas de désaccord sera amené à trancher le litige.

La seconde situation tient à la décision du bailleur de procéder à la démolition de l'immeuble comprenant les lieux loués aux fins de reconstruction[542]. Il doit justifier[543] de la nature et de la description des travaux projetés, dans un souci de protection du preneur. Les conditions requises sont cumulatives et leur non respect devrait se traduire par la continuation du bail tiré de l'inopposabilité du refus.

Il ne serait nullement acceptable que le bailleur profite de la possibilité qui lui est offerte par la loi pour mettre fin, en réalité, au bail en détournant le droit qui lui est reconnu de sa raison d'être. D'ailleurs, le souci de ne pas laisser le preneur à la merci du bailleur explique qu'il puisse non seulement demeurer dans les locaux jusqu'au commencement des travaux mais aussi bénéficier d'un droit de préemption pour se voir attribuer un nouveau bail dans l'immeuble reconstruit. L'indemnité d'éviction lui est due en cas de changement de destination des locaux reconstruits ou s'il ne lui est pas offert un bail dans les nouveaux locaux[544]. Quoi qu'il en soit, il est important de déterminer précisément le moment de la naissance de l'indemnité d'éviction puisque les chances pour qu'elle soit payée en dépendent grandement.

2. La date de naissance de l'indemnité d'éviction

Selon l'article 78 de l'AUPCAP, à partir de la décision d'ouverture et jusqu'à l'expiration d'un délai de trente (30) jours suivant la deuxième insertion dans un journal d'annonces

[542] A la lumière de l'article 128 de l'AUDCG, le bailleur n'est pas non plus tenu au versement de l'indemnité d'éviction lorsqu'il refuse le renouvellement du bail portant sur les locaux d'habitation accessoires des locaux principaux, pour les habiter lui-même ou les faire habiter par son conjoint ou ses ascendants, ses descendants ou ceux de son conjoint.

[543] Etant donné que le législateur communautaire n'a pas précisé la forme que doit revêtir la justification à apporter par le bailleur projetant des travaux, celle-ci peut résulter notamment des correspondances versées au dossier ou des photographies produites renseignant sur les travaux de construction. C'est en tout cas dans ce sens que s'est prononcée la Cour d'Appel de Yaoundé en date du 23 juin 2004 : Juriscope. Org ; Ohada.com

[544] Article 127 de l'AUDCG.

légales prévu par l'article 36[545], ou suivant celle faite au Journal officiel prévue par l'article 37[546], lorsque celle-ci est obligatoire, tous les créanciers chirographaires ou munis de sûretés composant la masse doivent, sous peine de forclusion, produire leurs créances auprès du syndic. Le délai est de soixante (60) jours pour les créanciers résidant en dehors du territoire national ou la procédure collective est ouverte. Cette exigence, préalable à la vérification du passif[547], permet non seulement de procéder éventuellement à la contestation des créances produites[548], mais également au cas où la situation du débiteur permettrait qu'il soit envisagé un redressement de l'entreprise, de préparer le concordat.

L'enjeu de la détermination du moment de la naissance de l'indemnité d'éviction, dans ces conditions, est perceptible. Si la créance est antérieure à l'ouverture de la procédure, le preneur est tenu de la déclarer à peine de forclusion et il vient en concours avec tous les autres créanciers, y compris ceux dotés de sûretés. Si, par contre, la créance est considérée comme née postérieurement au jugement d'ouverture, aucune déclaration n'est nécessaire et le créancier est prioritaire. Au titre des dettes régulièrement nées, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité ou de toute activité régulière du débiteur ou du syndic, elle devient une créance contre la masse, conformément à l'article 117 de l'AUPCAP.

La créance d'indemnité d'éviction naît du congé avec refus de renouvellement délivré par le bailleur. Elle existe donc dès le jour du congé. La Cour de cassation française[549] s'est prononcée dans ce sens malgré la reconnaissance au bailleur d'un droit de repentir[550].

---

[545] Il édicte que toute décision d'ouverture de procédure collective est mentionnée, sans délai, au registre du commerce et du crédit mobilier. Si le débiteur est une personne morale de droit privé non commerçante, la mention est portée au registre chronologique. En outre, la décision est insérée, dans un journal habilité à recevoir des annonces légales au lieu du siège de la juridiction compétente. Une deuxième insertion doit intervenir dans les mêmes conditions, quinze jours plus tard.

[546] Il précise que les mentions faites au Registre du commerce et du crédit immobilier sont adressées, pour insertion, au Journal officiel, dans les quinze (15) jours du prononcé de la décision. Cette insertion doit contenir, entre autres mentions, indication du débiteur ou de la personne morale débitrice, de son domicile ou siège social, de la date de la décision qui prononce le règlement préventif, le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. Elle indique également le nom et l'adresse du syndic auprès duquel les créanciers doivent produire leurs créances.

[547] A la lumière de l'article 84 de l'AUPC, la vérification des créances et revendications est obligatoire quelle que soit l'importance du passif et de l'actif. Elle a lieu dans les trois mois suivant la décision d'ouverture. La vérification est faite par le syndic au fur et à mesure des productions, en présence du débiteur et des contrôleurs s'il en a été nommé ou, en leur absence, s'ils ont dûment été appelés par pli recommandé ou par tout moyen laissant trace écrite.

[548] Article 85 de l'AUPC.

[549] Cass com., 19 mars 1996 : Ann. loyers 1996, observations R. Martin. Dans cette affaire une société civile immobilière propriétaire d'un local à usage de restaurant avait donné congé avec offre d'indemnité d'éviction. Postérieurement à ce congé, elle a été déclarée en redressement puis en liquidation judiciaire. La société locataire a assigné le liquidateur devant le tribunal de grande instance pour faire fixer le montant de l'indemnité d'éviction. Le liquidateur lui oppose l'extinction de sa créance, faute de déclaration. La Cour d'appel de Nîmes a fait droit à l'argumentaire du liquidateur. La Cour de cassation rejette le pourvoi en retenant que : « attendu que tous les créanciers dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, à l'exception des salariés, doivent dresser la déclaration de leur créance au représentant des créanciers ; que la créance de l'indemnité d'éviction due à la société La Mamma ayant son origine dans le congé

Des auteurs se sont offusqués de la démarche. Ainsi, Martin[551] rappelle à la Cour que lors de la signification, la créance n'est ni certaine ni liquide puisque le bailleur peut renoncer à la payer en vertu de son droit de repentir[552]. Ce faisant, la créance est donc seulement conditionnelle. Un tel argument peut difficilement prospérer et dénote une confusion entre la naissance de la créance et son exigibilité. La créance existe bien au jour du congé, il reste que son exigibilité est ultérieure et peut se situer à un moment où le bailleur est déjà soumis à une procédure collective. En pareil cas, il convient de procéder à sa déclaration, aux fins d'obtenir son paiement.

B/ Le paiement du preneur

La question du paiement de l'indemnité pose bien des difficultés, dont la détermination de ses modalités, les conséquences de la vente de l'immeuble et, enfin, celle de sa défaillance.

1. Les modalités du paiement du preneur

Il est assujetti à l'intégration du créancier dans la masse de la procédure collective du bailleur qui est alors payé comme créancier de la masse de la procédure du bailleur.

a) L'intégration du créancier dans la masse de la procédure collective du bailleur

L'ouverture d'une procédure collective découle de l'impossibilité pour l'assujetti de faire face aux dettes exigibles avec le passif disponible. Elle constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager. La masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision à condition que cette créance ne soit pas inopposable en vertu des articles 68 et 69[553].

Or, selon l'article 78 de l'AUPC, tous les créanciers chirographaires ou munis de sûretés composant la masse doivent, sous peine de forclusion, produire leur créance auprès du

---

qui lui a été délivré par la SCI avant sa mise en redressement judiciaire, c'est à bon droit que la cour d'appel a dit que la créance devait être déclarée ».

[550] Selon l'article L.145-58 du code du commerce français, le propriétaire peut, jusqu'à l'expiration d'un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle la décision est passée en force de chose jugée, se soustraire au paiement de l'indemnité, à charge par lui de supporter les frais de l'instance et de consentir au renouvellement du bail dont les conditions, en cas de désaccord, sont fixées conformément aux dispositions réglementaires prises à cet effet. Ce droit ne peut être exercé qu'autant que le locataire est encore dans les lieux et n'a pas encore loué un autre immeuble destiné à sa réinstallation.

[551] R. Martin, Le bail et le redressement judiciaire des entreprises ; Ann. Loyers 1985, p.185, n°60 in fine.

[552] Il convient de ne pas perdre de vue également que les créances conditionnelles doivent déférer au rituel de la déclaration. Voir dans ce sens J. M. Verdier, Les droits éventuels, Paris, 1953, p.185.

[553] Article 72 de l'AUPC.

syndic[554]. Si l'on accepte que la créance d'indemnité d'éviction naît au jour du congé, l'obligation de la déclarer s'impose.

Le délai imparti aux créanciers pour procéder à la déclaration de leurs créances est en principe de trente (30) jours à compter de la publication de la décision d'ouverture de la procédure collective. Tous les créanciers connus, notamment ceux inscrits au bilan et ceux bénéficiant d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publicité, qui n'ont pas produit leurs créances dans les quinze(15) jours de la première insertion de la décision d'ouverture dans un journal d'annonces légales, doivent être avertis personnellement par le syndic d'avoir à le faire, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, adressé s'il ya lieu à domicile élu. Faute de production de leurs créances ou de leurs revendications dans le délai de quinze jours suivant la réception de l'avertissement, ou au plus tard dans le délai de trente jours prévu par l'article 78, les créanciers sont forclos[555]. A défaut de production dans les délais prévus, les défaillants ne peuvent être relevés de leur forclusion par décision motivée du juge-commissaire qu'à la double condition que l'état des créances n'ait pas été arrêté et déposé dans les conditions requises et de démontrer que leur défaillance n'est pas fautive.

Tout se passe comme en matière d'inopposabilité où le droit existe mais est ignoré par la masse. La créance pourra faire l'objet d'une réclamation ultérieure contre le débiteur une fois la procédure clôturée mais la réclamation ne sera utile que si le débiteur a acquis de nouveaux biens[556].

En cas de redressement judiciaire, la forclusion éteint les créances. La solution est fondée au regard du droit des procédures collectives. La justification de la sanction tient à la sauvegarde du concordat. Il s'agit d'éviter que le succès du concordat ne soit ruiné par la réclamation de créances non produites et donc inconnues lors de l'élaboration du concordat. La sanction peut être adoucie si le concordat a prévu une clause de retour à meilleure fortune par laquelle le débiteur s'oblige à régler toutes ses créances, y compris celles frappées de forclusion, dès lors que sa situation patrimoniale connait une amélioration notable[557]. Elle est tout de même particulièrement sévère pour le preneur qui perd son fonds de commerce sans recevoir la moindre contrepartie financière, ce qui est contraire aux intentions des rédacteurs du statut des baux commerciaux[558].

A l'expiration du congé, le preneur ne pourra nullement se maintenir dans les locaux étant donné que seule l'exigibilité de l'indemnité d'éviction pouvait la justifier[559]. S'il ne quitte pas les locaux, il risque l'expulsion avec les risques qui s'y attachent notamment l'obligation de payer une indemnité d'occupation sur la base des règles de la responsabilité civile.

---

[554] L'impératif de production vaut aussi pour les titulaires d'une action en revendication qui doivent également préciser s'ils entendent exercer leur droit de revendication. A défaut de cette précision ils sont considérés comme créanciers chirographaires.
[555] Article 79 de l'AUPCAP.
[556] F. M. Sawadogo, op. cit, p.212.
[557] Idem p. 212 et 213.
[558] F. Kendérian, op. cit., p. 132.
[559] Dans ce sens voir Cass. Com., 20 décembre 1962 : D. 1963, jurispr., p. 186 ; Cass. 3ème civ., 4 janvier 1977 : Bull. civ. 1977, III, n°1.

Les délais retenus peuvent être regardés comme particulièrement courts quand on sait que les procédures de fixation des indemnités peuvent tirer en longueur. C'est au preneur que revient le soin de procéder à la déclaration de la créance d'indemnité d'éviction consécutive à un congé notifié antérieurement au jugement d'ouverture du bailleur. Il doit remettre au syndic directement ou par pli recommandé une déclaration indiquant le montant de la créance due au jour de la décision d'ouverture. Or, s'il est possible que les parties s'entendent sur le montant de cette indemnité, le contraire est tout à fait envisageable. L'irruption du juge appelé, dès lors, à en fixer le montant en tenant compte notamment du chiffre d'affaires, des investissements réalisés par le preneur, de la situation géographique du local et des frais de déménagement imposés par le non renouvellement du bail, est de nature à poser problème. En effet, le juge n'est pas forcément outillé pour évaluer cette indemnité de sorte que le recours à un expert peut s'imposer[560]. Mais la situation n'est gênante qu'en apparence puisque même les créances conditionnelles doivent être produites.

L'exigence de rapidité bute également sur la tendance de la jurisprudence à demander que l'évaluation de l'indemnité d'éviction se fasse à une date aussi proche que possible de la restitution des locaux[561]. Le fait que le preneur déclare sa créance ne lui garantit pas forcément son paiement en raison des incertitudes liées aux difficultés du bailleur**.**

b) Le preneur payé comme créancier de la masse de la procédure collective du bailleur

La question est importante lorsque l'on sait que le bailleur confronté à une procédure collective se retrouve le plus souvent avec un nombre important de créanciers. Ces derniers, bien que formant une seule et même masse, ne sont pas traités de façon identique. Ainsi la distribution des deniers provenant de la réalisation des immeubles, se fait dans un ordre bien déterminé. Les créanciers de frais de justice, engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix, sont payés en premier lieu pendant que les créanciers chirographaires arrivent en 6ème et dernière position[562]. Le principe d'égalité de traitement des créanciers, caractéristique des procédures collectives, n'opère qu'en direction de ceux qui ressortissent de la même catégorie.

Le souci de protection du locataire évincé est difficilement compatible avec le fait de considérer sa créance d'indemnité d'éviction comme étant simplement chirographaire. Seulement, il reste qu'il n'y a point de privilège sans texte. C'est dire, qu'en l'état actuel des choses, le législateur OHADA n'a pas entendu, si ce n'est délibérément, faire de cette indemnité autre chose qu'une simple créance chirographaire. Dans la détermination des différents ordres de paiement n'apparaît nullement, de façon explicite, le créancier de l'indemnité d'éviction. Il convient donc, ce faisant, de le rattacher à la catégorie résiduelle des créanciers chirographaires, autrement dit celle qui a le moins de chance d'être payée en cas d'insuffisance d'actif.

[560] C. Tirvaudey-Bourdin, Le bail commercial à l'épreuve de la procédure collective du bailleur, Revue des procédures collectives, n°1, mars 2004, p. 32.
[561] Cass. 3ème Civ., 2 juin 1982 : Bull. civ. III, n°134 ; Defrénois 1983, p. 693, obs. J. Derrupé ; Cass. 3ème Civ., 19 juin 1991 : Gaz. Pal. 1992, 1, somm. p. 1.
[562] Article 166 de l'AUPCAP.

La situation fait grief d'autant que l'article 126 de l'AUPCAP, en disposant que le bailleur peut s'opposer au droit au renouvellement du bail en réglant au preneur une indemnité d'éviction dont le montant, à défaut d'accord entre les parties, est fixée par le juge en tenant compte notamment du montant du chiffre d'affaires, des investissements réalisés par le preneur, de la situation géographique du local et des frais de déménagement, montre clairement l'importance qu'elle revêt pour le locataire. Pour certains auteurs[563], d'ailleurs, la loi présume que le refus de renouvellement emporte disparition du fonds de commerce. L'indemnité d'éviction doit permettre au preneur de remplacer le fonds qu'il a perdu et qui constitue, le plus souvent, sa seule source de subsistance. Il est donc possible de considérer que la créance d'éviction est de nature alimentaire[564]. Par conséquent, à l'instar de la partie alimentaire du salaire, elle devrait pouvoir faire l'objet d'un privilège. Cette option serait tout à fait conforme à l'attitude du législateur OHADA qui fait de son paiement une disposition d'ordre public[565].

En attendant une éventuelle évolution législative, le preneur, créancier d'une indemnité d'éviction, ressortit de la catégorie des simples créanciers chirographaires. Par conséquent, il intervient au dernier rang. En cas de pluralité de locataires, surtout dans l'hypothèse d'une procédure collective concernant le bailleur et d'insuffisance des deniers pour les désintéresser tous, ils concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc.

La vente de l'immeuble, objet du bail, inévitable dans l'occurrence de la liquidation des biens, est de nature également à impacter sur le paiement de la créance d'indemnité d'éviction.

2. Le paiement du preneur en cas de vente de l'immeuble

Le bail professionnel conclu entre le bailleur et le preneur en raison de l'effet obligatoire des contrats n'engage qu'eux. De ce fait, en principe, l'acquéreur de l'immeuble dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens est étranger à ce contrat. Mais, comme en droit du travail où la modification dans la situation juridique de l'employeur ne remet nullement en cause les contrats en cours, le statut des baux commerciaux particulièrement protecteur du preneur déroge aussi au droit commun. En vertu de l'article 110 de l'AUDCG le bail ne prend pas fin par la cessation des droits du bailleur sur les locaux donnés à bail. Le nouveau bailleur est substitué de plein droit dans les obligations de l'ancien bailleur et doit poursuivre l'exécution du bail. Autrement dit, le changement de bailleur ne met pas fin au bail à usage professionnel. Le législateur communautaire vise une situation bien déterminée.

Donc la règle n'a pas vocation à s'appliquer lorsque l'ancien bailleur, conformément à la loi, avait dans le respect de la procédure requise donné congé au preneur. Le nouvel acquéreur

563 C. Tircaudey-Bourdin, article précité, p.33.
564 C. Tirvaudey-Bourdin, article précité, p. 33.
565 L'article 134 de l'AUDCG qui indique les dispositions d'ordre public en ce qui concerne le bail professionnel y intègre l'article 126 traitant de la question de l'indemnité d'éviction à condition que les conditions requises pour son existence soient réunies.

n'est tenu qu'au respect du délai du préavis du congé s'il s'avère que ce dernier court toujours au moment où le changement de bailleur intervient[566].

Le problème qui se pose est qu'en raison de ses difficultés financières, le cédant s'est retrouvé dans l'impossibilité de payer l'indemnité d'éviction. L'irruption d'un nouveau bailleur ne se traduit pas par une remise en cause du processus de rupture qui a été initié convenablement. Le preneur n'est créancier de cette indemnité que vis-à-vis du cédant[567]. La charge du paiement de cette indemnité incombe normalement au vendeur[568]. Néanmoins, le maintien dans les lieux du locataire met l'acquéreur dans une situation délicate. Soit, il règle l'indemnité pour pouvoir jouir totalement du bien. D'ailleurs, il n'est pas exclu qu'une clause du contrat de vente le spécifie clairement. Soit il se résout à revenir sur la volonté du vendeur et à continuer tout simplement le bail. Dans tous les cas, le non paiement partiel ou total de l'indemnité d'éviction ne manque pas de poser le problème de la possibilité de maintien du preneur sur les lieux loués.

3. Le défaut de paiement

La perception de l'indemnité d'éviction prive le preneur de la possibilité de se maintenir dans les lieux. Par contre, il importe de savoir si, à défaut d'avoir obtenu son indemnité, le preneur peut se maintenir dans les lieux. Le législateur OHADA n'a pas appréhendé cette question mais il reste, tout de même, qu'il convient de répondre par l'affirmative. Le locataire doit pouvoir se maintenir dans les lieux loués aux conditions du bail expiré jusqu'au paiement effectif de l'indemnité d'éviction. C'est ce qu'il est d'usage d'appeler le droit de rétention du locataire ou encore le droit de maintien dans les lieux[569]. En effet, l'indemnité d'éviction doit permettre au locataire de retrouver d'autres locaux pour abriter son fonds de commerce. Il est difficilement acceptable, dans ces conditions, qu'il parte sans obtenir les moyens qui doivent lui permettre de conclure le nouveau bail indispensable à la survie de son entreprise. En contrepartie, il devra payer une indemnité d'occupation[570]. En France, par exemple, non seulement il est admis que seule la valeur locative doit servir de base de fixation mais en plus la compensation est envisageable entre la créance d''indemnité d'éviction et la dette d'indemnité d'occupation[571].

Pour conforme qu'elle soit au statut des baux commerciaux, particulièrement protecteur du preneur, la solution n'en est pas moins susceptible de poser problème. Elle reviendrait à considérer que tant que le preneur n'a pas été complètement désintéressé, il peut rester dans

[566] Selon l'article 123 de l'AUDCG en cas de renouvellement du bail pour une durée indéterminée les parties doivent prévoir la durée du préavis de congé qui ne peut être inférieure à six (6) mois.

[567] La solution s'explique lorsque l'on sait que l'indemnité d'éviction naît au moment de la notification du congé même si son exigibilité est postérieure.

[568] Cass civ., 32, 10 décembre 1997, Revue Administrer, mai 1998, p.33 ; 27 octobre 1993, JCP 1995, II, 22300.

[569] J. P. Blatter, Droit des baux commerciaux, Le Moniteur, collection Analyse juridique, 4ème édition 2006, n°730, p. 351.

[570] Dans ce sens, voir Cass. 3ème civ., 14 novembre 1978, Bull. civ. III, n°341 ; Cass. 3ème civ. : JCP G 1989, IV, p.189.

[571] Cass., 3ème civ., 1er juillet 1998, Gaz. Pal. 28 mars 1999, I, jurisprudence, p. 173, note J. D. Barbier.

les lieux. C'est qu'en cas de liquidation des biens, le montant de l'actif, distraction faite des frais et dépens de la liquidation des biens, ainsi que des secours qui auraient été accordés au débiteur ou à sa famille, est réparti entre tous les créanciers dont la créance est vérifiée et admise[572]. Néanmoins, dans l'hypothèse d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées venant à égal rang, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc[573]. Dans ce cas, le preneur ne recevra probablement pas l'intégralité de sa créance d'indemnité d'éviction. Donc, on peut se retrouver devant une situation de blocage résultant de ce que le liquidateur ne peut faire face aux conséquences financières découlant de la fixation de l'indemnité d'éviction.

En définitive, l'étude du bail commercial dans la procédure collective du bailleur montre que la difficulté majeure réside dans l'articulation entre la propriété du bailleur et le protectionnisme contractuel caractérisé par la reconnaissance d'une propriété commerciale au preneur. Il apparaît que le sort du contrat de bail ne pose pas de difficulté particulière lorsque congé a été donné au preneur avant l'ouverture à l'encontre du bailleur d'une procédure. Il suffit seulement au preneur de procéder à la déclaration de son indemnité d'éviction, au même titre que les autres créanciers, lorsque son exigibilité intervient après.

Par ailleurs, lorsque le débiteur en difficulté est le bailleur et non le preneur, rien ne permet, a priori, d'évincer le régime général des contrats en cours et donc d'écarter le droit d'option. En effet, le bailleur est tout à fait fondé à tirer bénéfice du dispositif protecteur du droit des entreprises confrontées à certaines difficultés. Néanmoins, cette prérogative voit son champ d'application restreint par des considérations liées à la nécessaire protection du maillon faible dans la relation contractuelle qu'est le preneur. L'importance avérée de la propriété commerciale pour le preneur où son entreprise, explique largement que, sur ce plan précis, le statut du bail commercial soit privilégié.

A prime abord, le constat n'est pas choquant lorsque l'on sait que la solution va dans le sens du droit des procédures collectives qui cherche, autant que faire se peut, à sauver l'entreprise. En procédant de la sorte, on évite que la faillite de l'entreprise du bailleur n'entraîne, en même temps celle saine du preneur. Toutefois, la démarche dénote une perception biaisée des rapports locatifs qui fait fatalement du preneur le maillon faible dans la relation contractuelle. Elle pouvait prospérer tant que seule l'entreprise du preneur faisait l'objet d'une procédure collective.

L'avènement, certes récent, de sociétés civiles immobilières intervenant dans le domaine locatif et les risques attachés à cette activité expliquent, aujourd'hui, que les procédures collectives ne soient plus l'apanage des seuls preneurs et concernent également le bailleur. Nonobstant cette évolution, il est patent, qu'en l'état actuel des choses, le droit OHADA des procédures collectives continue à être centré uniquement sur les difficultés du preneur.

[572] Article 165 §1 de l'AUPCAP.
[573] Article 167 § dernier de l'AUPC.

L'interdépendance des obligations dans les contrats de transport de marchandises par route de l'Ohada: implications et conséquences pour les parties

Ludovic GUEDJE

Professeur assistant/ Université d'Abomey- Calavi

INTRODUCTION

Compte tenu du volume sans cesse croissant des marchandises à transporter ainsi que du nombre tout aussi élevé des personnes désireuses de voyager, le développement des transports constitue l'un des faits économiques et sociaux les plus importants depuis la seconde moitié du siècle dernier. D'un autre côté, il a été possible d'observer, spécialement depuis quelques années, des modifications majeures dans les techniques et l'économie des transports[574].

Le continent africain, qui, à l'exception de quelques États[575], ne s'est pas encore approprié toutes les technologies nouvelles en matière de transport aérien et maritime, demeure un espace de prédilection du transport routier[576].

Tout comme la presque totalité des États dans le monde, la quasi totalité des États africains ont opté pour une adhésion massive aux conventions internationales en ce qui concerne les règles organisant les transports maritimes[577] et aériens[578].

Le transport ferroviaire international paraissant très embryonnaire dans l'espace OHADA[579], seul, en réalité, le transport routier était traité en parent pauvre au plan de la législation régionale[580].

---

574 V. E. BOKALLI et Dorothé C. SOSSA, Droit de transport de marchandises par route, coll. DROIT UNIFORME AFRICAIN, JURISCOPE, 2006, P.2.

575 L'Afrique du Sud et les Etats de l'Afrique du Nord.

576 V. E. BOKALLI et Dorothé C. SOSSA, Op. Cit. P.2.

577 Les transports maritimes internationaux de marchandises sont régis par la Convention des Nations Unies signée à Hambourg le 31 mars 1978 plus connue, selon la volonté de ses auteurs, sous l'appellation des Règles de Hambourg et est entrée en vigueur le 1er novembre 1992 dans les pays qui l'ont ratifiée, en remplacement de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 pour l'unification de certaines règles en matière de connaissement.

578 En effet, les transports aériens internationaux sont régis par la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929, elle est aujourd'hui remplacée par la Convention de Montréal du 28 mai 1999 entrée en vigueur le 4 novembre 2003.

579 L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires a été instituée par un Traité signé à Port-Louis (Ile Maurice) le 17 octobre 1993 et entrée en vigueur le 18 septembre 1995. Voir G. DE LAFOND, Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, Gazette du Palais, 20-21 septembre 1995, doctr. P.2; P-G POUGOUE, Présentation générale et procédure OHADA, PUA (Yaoundé), 1998. Notons toutefois que ce Traité a été révisé le 17 octobre 2008 à Québec. C'est le Traité révisé qui est entré en vigueur conformément aux dispositions de l'article 52 du Traité révisé.

580 V.E. BOKALLI et Dorothé C. SOSSA, Op. Cit. P.12.

L'interdépendance qui existe entre les différents secteurs d'activités ainsi que les zones géographiques d'un pays, d'une part, et l'internationalisation ou la mondialisation de l'économie d'autre part, obligent les différents États du monde en général et ceux des États du continent africain en particulier, à entretenir entre eux d'intenses réseaux d'échanges. Aucun d'eux ne peut en effet vivre en autarcie. Les échanges entre pays ne sont possibles que du fait de l'existence, d'un côté, des exportateurs-vendeurs et importateurs-acheteurs, et, de l'autre, des transporteurs, qu'ils soient spécialisés ou non dans l'un des domaines maritime, aérien ou terrestre. Le transport constitue le complément nécessaire de la vente[581]. Les deux opérations sont économiquement liées, même si elles donnent lieu, sur le plan juridique à deux contrats différents[582].

La reconnaissance de ce lien de connexité entre les contrats de vente et les contrats de transports peut justifier l'intérêt de l'adoption par les États de l'Afrique de l'Ouest et du Centre, membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)[583] de l'Acte Uniforme relatif aux Contrats de Transport de Marchandises par Route (AUCTMR) le 22 mars 2003 à Yaoundé au Cameroun. Cet Acte uniforme est entré en vigueur depuis le 1er janvier 2004 après l'avis favorable de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 17 décembre 2003[584]. En effet, l'attente devenait très longue après que les États membres de l'OHADA se sont lancés dans la mise en œuvre effective de l'intégration, de l'uniformisation et de l'harmonisation de leur droit des affaires[585] et ce, surtout après l'adoption de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général, entré en vigueur le 1er janvier 1998[586]. Il fallait achever l'entreprise de modernisation des règles régissant aussi bien les ventes commerciales et les contrats de transport de marchandises par route, complément

581 Voir sur ce point le développement de Rita HERRO, Vente et transport : indépendance ou interdépendance, thèse sous la direction de Ph. DELEBECQUE, Université d'AIX-MARSEILLE, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 2011.

582 Voir Y. TASSEL, «Le transport dans les ventes maritimes», *Mélanges Pierre BONASSIES*, éd. Moreux, 2001, p.345 et s. Ph. DELEBECQUE, «Vente internationale de marchandises et transport maritime», *Mélanges Christian MOULY*, P.349 et s.

583 L'OHADA regroupe dix-sept pays principalement francophones depuis que l'adhésion de la République Démocratique du Congo est devenue effective le 13 juillet 2012. Il s'est ajoutée donc aux seize États membres à savoir la République du Bénin, la République du Burkina Faso, la République du Cameroun, la République de la Centrafrique, de la République Fédérale Islamique des Comores, la République du Congo, la République de la Côte d'Ivoire, la République du Gabon, la République de la Guinée-Bissau, la République de la Guinée Conakry, la République de la Guinée Équatoriale, la République du Mali, la République du Niger, la République du Sénégal, la République du Tchad, de la République Togolaise.

584 N. LACASSE et J. PUTZEYS, «L'Acte uniforme relatif au droit des contrats de transport de marchandises par route», Revue Actualité Juridique, N°46, 2005, P.685.

585 Voir G. DE LAFOND, Le Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, Gazette du Palais, 20-21 septembre 1995, doctrine. P.2; P-G POUGOUE, Présentation générale et procédure OHADA, PUA (Yaoundé), 1998.

586 L'Acte uniforme relatif au droit commercial général a été l'un des premiers actes adoptés en 1997 et qui sont entrés en vigueur le 1er janvier 1998. aujourd'hui, il est encore l'un des premiers actes à subir une cure de jouvence. Il a été modifié le 15 décembre 2010 et a donné à un nouvel acte uniforme du 15 décembre 2010 portant droit commercial général. J.O. OHADA n°23 du 15/02/2011, p.1 et s.

nécessaire à la perfection de l'œuvre de modernisation et d'unification du droit des affaires en Afrique[587].

L'utilisation du contrat de transport[588] telle que l'on la connaît aujourd'hui est issue des besoins suscités par le développement des activités industrielles et commerciales. De fait, cette convention «*s'inscrit nécessairement dans un processus commercial complexes, dont l'élément généralement dominant est la vente. Il y a un transport de la marchandise, parce qu'il y a, il y a eu ou il y aura une vente...*»[589]. Le contrat de transport apparaît en effet comme un instrument permettant de réaliser la remise des marchandises[590] promises dans le contrat de vente antérieurement conclu. Pour la définition de la marchandise, signalons que le législateur OHADA a eu le mérite d'en donner une définition précise lorsqu'il la définit comme: «*tout bien mobilier*»[591] levant dès lors tout équivoque en ce qui concerne l'interprétation et le contenu de cette définition dans les différents États parties. Ainsi, parties au contrat de base, vendeur et acheteur sont amenés à aborder durant la phase précontractuelle les conditions de déplacement de la marchandise, de préciser lequel d'entre eux contractera avec le transporteur et par conséquent déterminer les parties au contrat de transport. Il en résulte un cumul de qualités juridiques[592].

L'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route (ci-après AUCTMR) régit les transports routiers nationaux et internationaux entre les seize pays membres de l'OHADA, abrogeant ainsi les règles de droit interne jusque là applicables dans

---

587 Il existe une bibliographie abondante sur l'OHADA qu'il n'est pas possible d'énumérer de façon exhaustive ici. Toutefois, nous citerons quelques unes, notamment l'étude d'ensemble du professeur J. ISSA-SAYEGH, «L'intégration juridique des États africains de la zone franc», *in Penant* 1997, n°823, p.5 et s.; et n°824, p.125 et s.; «L'OHADA, instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc», *in Rev. Jurisp.com*. Juin 1999, p.237 et s.; «Introduction au traité et aux actes uniformes de l'OHADA» *in Communication aux journées parisiennes de l'Association Henri CAPITANT*, novembre 2002.

588 Voir en ce sens, Ph. DELEBECQUE, «pour une théorie du contrat de transport», *in Mélanges offerts à J.-L.AUBERT*, éd. Dalloz, 2005, n°10).

589 J. PUTZEYS, avec la collaboration scientifique de M.-A. ROSSELS, *Droit des transports et droit maritime, Travaux de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain*, éd. Bruylant, 1993, n°8, p.25; dans le même sens, J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE, J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise*, 3ième éd. Litec, 2003, p.332, n°622: «*La mise en place des instruments principaux du commerce international s'accompagne du recours aux différents outils complémentaires que sont le transport...et l'assurance...Ces mécanismes sont étroitement liés aux opérations précédentes et fortement attachés l'un à l'autre; la vente au loin appelle un transport dont les risques suscitent l'assurance...*».

590 *La notion de marchandise ne fait l'objet d'aucune définition, ni dans les grandes conventions internationales relatives à la vente de marchandises ni dans le Traité de Rome où, pourtant, le principe de la libre circulation des marchandises eût pu inciter les rédacteurs du traité à préciser cette notion. La Cour de justice a été amenée à le faire. Dans l'affaire Commission de Bruxelles/Italie, la Cour décide que «par marchandises, au sens de l'article 9 du Traité, il faut entendre les produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, d'être l'objet de transactions commerciales». - Par ailleurs, la notion de marchandises à laquelle la Convention de vente internationale de marchandises (CVIM) se réfère manque de précision. Il n'est pas cependant douteux qu'elle se rapporte à des objets mobiliers y compris les meubles par anticipation.*

591 Article 2-e) de l'Acte Uniforme du 22 mars 2003 relatif aux Contrats de Transport de Marchandises par Route, J.O. OHADA n°13 du 31/07/2003, p.3 et s.

592 Rita HERRO, Op. Cit., p.23.

chacun des États parties[593]. L'importance de cette avancée résulte de ce que la matière du transport routier des marchandises était jusque-là régie, dans la plupart des pays africains anciennement sous administration coloniale française, par le code civil (articles 1782 et suivants), le code de commerce (articles 103 à 108).

Dans les pays héritiers de la tradition juridique belge, le droit applicable trouvait sa source dans le décret du 30 mars 1931 portant modification du décret du 19 janvier 1920[594]. Pour sa part, le Sénégal avait réglementé le droit des transports par les articles 651 à 668 de son code des obligations civiles et commerciales; le Mali avait aussi légiféré sur la matière par l'ordonnance n°53/CMLN du 19 septembre 1973. C'est donc fort heureusement que le législateur de l'OHADA a adopté l'AUCTMR, mettant ainsi fin au paradoxe. Pour avoir pris en compte la réglementation interne des transports de marchandises par route dans son champ d'application, le législateur OHADA était tenu d'adopter des règles spécifiques et d'une originalité remarquable pour répondre aux attentes en la matière. Au lieu d'un tel exercice, les rédacteurs de l'AUCTMR vont plutôt fortement s'inspirer des dispositions de la Convention Inter-États de Transport Routier de Marchandises Diverses (CIETRMD)[595] et de celles de la Convention de Genève du 19 mai 1956 relative au contrat de transport international de marchandises par route (communément appelée CMR). Il résulte de cette option un intérêt pratique à l'analyse. En effet, les deux conventions (la CMR et la CIETRAMD) suscitées ne prennent en compte que les transports internationaux de marchandises par route c'est-à-dire entre plusieurs États tandis que l'AUCTMR prend en compte non seulement ces transports de marchandises par route entre plusieurs États mais également les transports de marchandises par route à l'intérieur de chaque État partie[596]. Une telle tentative de conciliation entre des normes adaptées exclusivement aux transports internationaux de marchandises par route et des normes devant régir les transports de marchandises à l'intérieur d'un même État, n'est pas aisée et l'aventure dans laquelle s'est lancée le législateur OHADA n'est pas sans risque. Ce faisant, on peut se demander si le législateur OHADA a tenu compte de la différence fondamentale qui existe entre les deux types de transport? A-t-il pris en compte la qualité des

593 L'article 10 du Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires dispose que «*les Actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure*».Voir J.O. OHADA, n°4 du 1er novembre 1997, p.1; J. ISSA-SAYEGH, «La portée abrogatoire des Actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des États parties» *in Revue Burkinabé de droit*, n°39-40 (numéro spécial), 2001, p.51. Voir également dans ce sens M. k. BROU, «Le nouveau droit des contrats de transport de marchandises dans l'espace OHADA», *Revue Penant*, octobre-décembre 2003, n°845, p. 394 et s. M. k. BROU, «Le nouveau droit des contrats de transport de marchandises dans l'espace OHADA», *Revue Penant*, octobre-décembre 2003, n°845, p. 395.

594 V.E. BOKALLI et Dorothé C. SOSSA, Op. Cit. P.7².

595 La Convention Inter-États de Transport Routier de Marchandises Diverses est signé à Libreville au Gabon, le 5 juillet 1996 entre les États membres de la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale et est entrée en vigueur le même jour.

596 Article 1-1. «Le présent Acte uniforme s'applique à tout contrat de transport de marchandises par route lorsque le lieu de prise en charge de la marchandise et le lieu prévu pour la livraison, tels qu'ils sont indiqués au contrat, sont situés soit sur le territoire d'un État membre de l'OHADA, soit sur le territoire de deux États différents dont l'un au moins est membre de l'OHADA. L'Acte uniforme s'applique quels que soient le domicile et la nationalité des parties au contrat de transport».

parties à ces différents contrats de transports? Ne sera-t-il pas obligé d'occulter certaines exigences présentant pourtant un intérêt pratique à la bonne exécution des contrats?

L'hypothèse qui retiendra surtout l'attention dans cette étude est celle dans laquelle l'expéditeur, le transporteur et le destinataire sont distincts. Dans la pratique, il s'agit souvent du vendeur-expéditeur, du transporteur ou des transporteurs et de l'acheteur-destinataire. De même, au-delà des cas d'exclusion du domaine d'application de l'AUCTMR visés par le législateur OHADA[597], il convient de relever que la vente avec livraison à domicile, la commission de transport et l'opération de manutention doivent être distinguées du transport et partant du domaine d'application de l'AUCTMR.

Plusieurs dispositions de l'AUCTMR retiendront l'attention dans l'étude. En effet, classiquement, le droit commun des contrats fait naître des obligations indépendantes, réciproques et opposées à la charge des parties sauf dans certains cas exceptionnels à savoir le contrat du travail où l'exécution des prestations du travailleur doit se faire sous la subordination juridique de son employeur. Il en va de même dans le cas des relations issus du mariage. C'est donc une spécificité ou une exception de voir le législateur mettre à la charge des parties des obligations interdépendantes c'est-à-dire présentant des liens de connexité très solides. Il en résulte un véritable devoir de collaboration et de solidarité entre les parties au contrat de transport de marchandises par la route dans l'espace OHADA, ce qui mérite une attention particulière. Il convient de relever que l'AUCTMR, comme les législations nationales plus récentes, contient des définitions et des règles de formation du contrat de transport de marchandises par route et il énonce expressément les obligations des parties au contrat, notamment celles de *déclarer, d'emballer, d'émettre des documents, de déplacer, d'aviser, de livrer et de payer*[598]. Autant d'obligations auxquelles le législateur OHADA attache de lourdes conséquences en cas de violation par les parties. Il est nécessaire de les analyser afin de relever leurs implications pour les parties. C'est à cet exercice que se livre la présente étude qui est orientée spécifiquement à l'examen en profondeur de toutes les obligations résultant du contrat de transport, qu'elles soient principales ou jugées accessoires. Que recherche en réalité le législateur OHADA? La sauvegarde et la survie du contrat? A-t-il voulu mettre en place un véritable mécanisme de collaboration entre les parties, ce que le professeur André AKAM AKAM a qualifié de «réseau d'information»[599] entre les parties? Pourquoi a-t-il prévu des sanctions particulières qui tantôt se démarquent du droit commun et tantôt relèvent du droit commun selon les cas ? Pourquoi a-t-il prévu des obligations de «déclarer et de vérifier», de «solliciter et de recevoir des instructions»?

Loin de s'exercer à réaliser une étude exhaustive d'appréciation de tout le contenu de l'Acte Uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par la route dans l'espace

---

597 Article 1-2: «l'Acte uniforme ne s'applique pas aux transports de marchandises dangereuses, aux transports funéraires, aux transports de déménagement ou aux transports effectués en vertu de conventions postales internationales».

598 N. LACASSE et J. PUTZEYS, Op. Cit., p.722.

599 A. AKAM AKAM, «L'information dans le contrat de transport de marchandises par route: le droit commun des contrats à l'épreuve du droit OHADA», in Revue de la Recherche Juridique, n°3, 2006, 1647-1684.

OHADA, l'objectif de cette étude consiste d'une part, à identifier et apprécier comment le législateur OHADA a intégré les nouvelles théories et règles qui se développent dans les relations contractuelles et d'autre part, de relever la difficulté d'élaboration d'un droit spécial se démarquant totalement du droit commun.

La présente étude est un exercice d'analyse approfondie de ce lien de connexité et d'interdépendance institué par le législateur OHADA. De montrer en quoi ce lien est basé sur la qualité et la fiabilité des échanges d'information, d'exécution avec bonne foi, de transparence et de collaboration devant conduire à l'exécution parfaite du contrat de transport de marchandises par route dans l'espace OHADA.

Pour tenir compte du chevauchement des obligations qui impacte positivement ou négativement le régime des responsabilités en la matière, il convient de se pencher tout d'abord sur le lien de connexité entre les obligations des parties au contrat de transport de marchandises par route dans l'Acte uniforme de l'OHADA et qui fonde l'obligation de collaboration impérative dans les relations contractuelles (première partie), avant de mettre en relief les conséquences qui découlent de cette interdépendance des obligations au regard des conditions de mise en œuvre de la responsabilité contractuelle pour les parties au contrat (deuxième partie).

I – Une interdépendance fondement du devoir de collaboration entre les parties au contrat

Le législateur OHADA donne une définition assez large du contrat de transport de marchandises par la route[600]. Il vise une personne physique ou morale, appelée le transporteur sans faire allusion à sa qualité de professionnel ou de non professionnel contrairement aux Conventions internationales et aussi au droit positif français[601] qui ont mis l'accent sur cette qualité du transporteur. En effet, en droit français, le contrat de transport s'analyse en une convention par laquelle un professionnel, désigné sous le vocable de «voiturier», s'engage à déplacer une certaine quantité de marchandises appartenant à autrui (quantité dite envoi) moyennant un prix déterminé et dans un délai fixé par la convention des parties ou par le contrat type applicable à l'opération[602].

Tout d'abord, l'AUCTMR peut s'appliquer au contrat de transport de marchandises conclu par un particulier avec un transporteur occasionnel[603], alors que dans une telle hypothèse, aucune

600-Article 2- b) «contrat de transport de marchandises: tout contrat par lequel une personne physique ou morale, le transporteur, s'engage principalement et moyennant rémunération, à déplacer par route, d'un lieu à un autre et par le moyen d'un véhicule, la marchandise qui lui est remise par une autre personne appelée l'expéditeur».

601-Ordonnance n°2010-1307 du 28 octobre 2010, J.O. Français du 3 novembre 2010.

602-Définition reprise, pour l'essentiel, par CA Aix-en-Provence, 15 janvier 1988, n°86.3415, Jet Sud c/CRCAM des Alpes Maritimes, BT 1988, p.276.

603-Cette situation est davantage renforcée par l'introduction d'un acteur nouveau «l'entreprenant» que le législateur OHADA a intégré dans l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général en son article 1er. L'entreprenant bénéficie presque des mêmes droits que le commerçant sans être tenus des obligations que ce

des deux parties n'a ni la qualité de commerçant ni de professionnel. Elles pourront cependant bénéficier des règles particulières réservées aussi bien à la corporation des commerçants que des transporteurs.

De même, un transporteur exerçant exclusivement dans les transports de personnes peut bel et bien se voir appliquer les dispositions de l'AUCTMR lorsqu'il prend en charge à la fois des marchandises et des personnes pour cette même opération alors que le législateur OHADA entendait exclure du champ d'application de l'AUCTMR, les contrats de transport des personnes pour ne viser que celui des marchandises.

Le législateur OHADA définit le contrat de transport de marchandises comme: «*tout contrat par lequel une personne physique ou morale, le transporteur, s'engage principalement et moyennant rémunération, à déplacer par route, d'un lieu à un autre et par le moyen d'un véhicule, la marchandise qui lui est remise par une autre personne appelée l'expéditeur*». Littéralement, l'AUCTMR s'applique à tout contrat conclu pour le déplacement d'un lieu quelconque vers un autre d'un objet mobilier pourvu que le déplacement se soit fait moyennant une rémunération et à l'aide d'un véhicule et que le transporteur ne soit confondu avec le propriétaire du véhicule et des marchandises[604].

Les principales obligations des parties au contrat de transport de marchandises par la route étant notamment celles de déclarer, d'emballer, d'émettre des documents, de déplacer, d'aviser, de livrer et de payer, il s'agira d'essayer de les classer dans les différentes phases de l'opération de transport des marchandises depuis la formation du contrat de transport jusqu'à la fin de son exécution. L'intérêt d'un tel exercice réside dans la détermination des corrélations qui existent entre toutes ces obligations du fait de l'influence de cette interconnexion fonctionnelle sur les conditions de mise en œuvre de la responsabilité des parties en cas de leur violation.

A - Une collaboration impérative résultant de la nature du contrat de transport

Est-ce par prudence ou par nécessité que le législateur OHADA s'est gardé de préciser la nature commerciale ou civile du contrat de transport? La difficulté pour trouver une réponse à une telle interrogation résulte de la lecture croisée de l'article 2-b) précité et des dispositions des articles 1,2 et 3 de l'Acte Uniforme portant Droit Commercial Général. Doit-on à l'instar du droit français, déduire de cette lecture croisée que le contrat de transport présente toujours un caractère commercial pour le transporteur? Par analogie, si l'expéditeur[605] est lui aussi commerçant et que le transport se rattache à son activité professionnelle, alors le contrat de transport sera commercial pour les deux parties. En revanche, si l'expéditeur n'est pas

---

dernier. Du fait que l'entreprenant peut exercer dans n'importe quel domaine d'activité tout comme le commerçant n'est pas de nature à faciliter les choses en ce qui concerne le domaine des transports.

604-Article 2-k) et l).

605-Le terme «expéditeur» est consacré par l'ensemble des textes de droit des transports routiers et aériens de marchandises (Acte uniforme de l'OHADA relatif aux contrats de transport de marchandises par route du 22 mars 2003, Conventions de Varsovie du 12 octobre 1929 et de Montréal du 28 mai 1999) alors que celui de chargeur a toujours été préféré par le droit maritime (Convention internationale de Bruxelles du 25 août 1924, Règles de Hambourg du 31 mars 1978 et Règles de Rotterdam du 11 décembre 2008).

commerçant, le contrat sera mixte, c'est-à-dire civil pour l'expéditeur et commercial pour le transporteur. L'intérêt de cette analyse résulte des conséquences attachées à la détermination de la nature commerciale ou civile et ses intérêts pour les parties.

A la formation du contrat de transport de marchandises, il y a lieu d'examiner successivement deux situations. Celle de l'expéditeur qui doit conclure le contrat de transport des marchandises au profit du destinataire et celle du transporteur. Généralement, la détermination du destinataire intervient au cours du contrat préalablement conclu[606]. Mais c'est surtout les obligations d'information, de déclaration et de demande de renseignements mises à la charge des parties qui retiendront l'attention.

1- L'interférence des effets des contrats de vente et de transport

Que les parties au contrat de vente aient ou non défini les modalités de l'exécution de l'obligation de délivrance du vendeur, lorsque la vente doit être suivie d'un transport des marchandises qui doit être assuré par un transporteur, qui n'est pas le vendeur lui-même, l'on se retrouve presque toujours dans les mêmes situations d'expéditeur, de transporteur et de destinataire[607]. L'AUCTMR parle souvent de «donneur d'ordre» et d' «ayant droit» pour désigner respectivement l'expéditeur et/ou le destinataire. Comme préciser, la qualité (qu'ils soient professionnels ou non professionnels) de l'expéditeur, du transporteur encore moins du destinataire n'ayant pas retenu l'attention du législateur communautaire, il sera question de les évoquer sous forme d'hypothèses chaque fois que de besoin pour les clarifications et précisions dans l'étude.

Les parties à un contrat de vente peuvent prévoir comme souligner, que l'obligation de délivrer les marchandises qu'il fait naître ne sera exécutée qu'au moment de la remise des marchandises au client, à destination. Dans cette hypothèse, la mise à disposition des marchandises, nécessaire à l'exécution de l'obligation de délivrer, ne sera possible qu'au terme de leur déplacement jusqu'à un lieu convenu. Par conséquent, le vendeur est tenu de conclure un contrat de transport pour assurer une livraison au domicile de son client ou à un autre lieu déterminé. Il devient ainsi expéditeur[608].

Ainsi, outre le fait que le Code civil permet aux parties au contrat de vente de prévoir que la délivrance peut se faire ailleurs qu'à l'endroit où se trouvait la chose vendue au moment de sa conclusion[609], le développement des *Incoterms*[610] a permis la mise en place de ventes dites «à

606-La nature juridique de ce contrat conclu en amont n'est pas déterminée par l'AUCTMR. Il peut s'agir donc de tout contrat entraînant un transfert de droit de propriété sur la chose objet du contrat de transport.

607-Ph. DELEBECQUE, «Vente internationale de transport maritime», *in Mélanges Ch. MOULY*, Op. Cit., p.349. La vente et le transport sont «*deux instruments juridiques utilisés pour une même opération, deux conventions pour assurer la remise d'une marchandise à un client moyennant le versement d'un prix*».

608-Rita HERRO, Op. Cit., p.48.

609-Voir article 1609 du Code civil français.

610-«Incoterms» est l'acronyme d'*International Commercials Terms;* contrairement à ce que le sens littéral peut laisser supposer, il ne s'agit pas d'une terminologie du commerce international, mais d'une liste des usages

livrer», dans lesquelles le contrat comprend l'un des termes suivants: DAF (rendu frontière)[611], DDU (rendu droits non acquittés), DDP (rendu droits acquittés)[612], DES (rendu *ex ship*)[613] et DEQ (rendu à quai)[614].

En outre, dans certaines ventes au départ et plus précisément les ventes au départ «C» (CAF, CFR, CPT, CIP), le contrat de vente met à la charge du vendeur de souscrire le contrat de transport et de s'acquitter du fret. Dans ces cas de figure, l'acheteur est étranger au contrat de transport étant donné que le contrat de vente ne met pas à sa charge le déplacement des marchandises. En revanche, c'est au vendeur qu'incombe la conclusion du contrat de transport parce qu'il s'est engagé à le faire dans le contrat de vente lui-même, par la stipulation contractuelle comprenant un des *Incoterms* susmentionnés. Il ne pourra pas, en effet, s'acquitter de son obligation de délivrance qu'à l'issue du déplacement des marchandises. Le vendeur devient ainsi expéditeur au contrat de transport.

L'AUCTMR a repris d'une manière ou d'une autre, tous ces cas de figure. En effet, loin de trancher avec la controverse doctrinale autour de la détermination des parties au contrat de transport de marchandises[615], l'AUCTMR a tout d'abord identifié deux parties à la conclusion du contrat à savoir l'expéditeur et le transporteur[616]. Si le «transporteur» a été défini dans l'Acte uniforme, il n'en est pas de même de l'expéditeur, qu'il désigne parfois comme le «donneur d'ordre». Ce dernier peut traiter avec le transporteur, soit directement, soit indirectement, notamment par l'intermédiaire d'un commissionnaire de transport[617]. Le rôle du commissionnaire de transport, consiste en effet, à passer des contrats dans l'intérêt d'un commettant qu'il ne fait pas connaître. Ainsi, dans le transport de marchandises, le commissionnaire[618] peut traiter en son nom propre pourvu que les marchandises lui soient remises; car le transporteur ne s'inquiète pas de la propriété des marchandises[619]. Le commettant, en remettant les marchandises, exige du commissionnaire qu'elles lui soient livrées dans un autre lieu, soit à lui-même, soit à un destinataire déterminé. Le commissionnaire, ainsi obligé d'assurer le transport, a le choix des moyens; il agit en son nom

---

codifiés par la Chambre de commerce internationale pour des ventes types auxquelles les paries peuvent se référer. Signalons que la dernière version des Incoterms devrait entrée en vigueur en 2010.

611-Dans cette hypothèse, le vendeur s'engage à faire acheminer la marchandise jusqu'à une ville frontière convenue avec l'acheteur.

612-Selon ces deux *Incoterms,* le vendeur sera tenu de faire transporter la marchandise jusqu'à un lieu choisi par l'acheteur, le plus souvent son établissement.

613-Dans le cadre de cet *Incoterm,* le vendeur doit livrer la marchandise à bord du navire au point de déchargement du port de destination convenu.

614-Cet *Incoterm* qui est également exclusif à la vente maritime, oblige le vendeur à livrer la marchandise à quai au port de destination prévu.

615-Voir dans ce sens le développement de Rita HERRO, Op. Cit., p.47 et s.

616-V.E. BOKALLI et Dorothé C. SOSSA, Op. Cit. P.46-47.

617-Cass. com., 16 février 1988, n°86-18-.309, *Bull. Civ*. IV, n°75, BT 1988, p.491; cass. Com., 6 février 1990, n°88-15-495, *Lamyline*; CA Versailles, 12eme Chambre, 9 déc. 1993, BTL 1994, p.102; CA Versailles, 12eme Chambre 16 mai 2002, n°00/04636, *Sté Tyl Textile c/Sté Infinitif et autres*, BTL 2002, p.440; CA Rouen, 2eme Chambre, 25 mars 2004, n°02/00726, *Sté Transports Armand c/Sté Mitsui marine and fire insurance company Ltd et a. Lamyline*.

618-Voir. E. KENGUEP, «Le commissionnaire de transport est-il le mandataire de son commettant? Une occasion manquée par le législateur OHADA», Revue de l'ERSUMA: Droit des affaires-pratiques professionnelles, n°1-juin 2012, 169 et s.

619-Ibidem.

et sous sa responsabilité «de bout en bout»[620]. Lorsque le contrat de transport aura été conclu pour le compte de l'expéditeur par un commissionnaire de transport, le donneur d'ordre sera donc cet auxiliaire de transport. Le donneur d'ordre n'est pas en effet nécessairement celui chez qui on enlève la marchandise, ni nécessairement le propriétaire de celle-ci[621].

Quant au destinataire, considéré par certains auteurs comme un acteur adhérent[622] sa qualité de partie ou non au contrat de transport n'a pas fini d'agiter la doctrine[623]. L'AUCTMR aurait pu trancher avec toutes ces controverses et clarifier la qualité de partie ou de tiers du destinataire dans le contrat de transport de marchandises par la route. En lieu et place d'une telle précision, il dispose simplement que «*sous réserve des droits et obligations de l'expéditeur, le destinataire, par son acceptation expresse ou tacite de la marchandise ou du contrat de transport, acquiert des droits résultant du contrat de transport et peut les faire valoir en son propre nom vis-à-vis du transporteur...*»[624]. Ceci a fait dire à certains auteurs que l'Acte uniforme paraît consacrer la thèse des auteurs modernes pour qui le contrat de transport est un contrat triangulaire qui unit trois personnes et ce, dès l'origine[625]. La nature d'un acte tient aux volontés qui s'y sont manifestées, et celle d'un contrat aux obligations qui en résulte. Dans le contrat de transport, trois volontés s'expriment, et chacune s'exprime pour s'engager. Ce contrat traduit, autant que la volonté de l'expéditeur et du transporteur, celle du destinataire. Comme la leur, cette volonté exprime un engagement et une vocation à faire valoir des droits; comme la leur, elle prend corps, et devient obligatoire à l'instant où les trois coexistent.

La particularité tient à ce que le destinataire est, par hypothèse, absent lors de la conclusion du contrat. Il faut donc bien que l'expéditeur le représente. Et il le fait non pas en qualité de stipulant, mais plutôt de porte-fort. Suivant la convention de porte-fort prévue à l'article 1120 du Code civil en effet, un contractant promet pour autrui, quitte si l'absent ne s'exécute pas, à tenir son engagement à sa place. Or, tel est précisément le rôle de l'expéditeur dans le contrat de transport. Celui-ci souscrit à l'égard du transporteur un double engagement: l'un à titre personnel, l'autre pour le compte du destinataire. De ce dernier, il promet qu'il prendra livraison à l'arrivée, et le cas échéant, réglera le prix du transport. Et il s'en porte fort: si le destinataire ne ratifie pas, il s'exécutera à sa place. La ratification du destinataire, tacite, résulte de ce qu'il remplit ses obligations; elle a pour effet de libérer l'expéditeur de son

620-R. RODIERE, «Le commissionnaire de transport et les autres auxiliaires de transport en droit français», D.S. 1978 Chron. 213; A. CHAOS, «Le commissionnaire de transport: variation sur une définition», BT. 1988, p.477.

621-V.E. BOKALLI et Dorothé C. SOSSA, Op. Cit. P.47.

622-Ibid.,p.48 et s. - Voir surtout dans ce sens J.-P. TOSI, «L'adhésion du destinataire au contrat de transport» *in Mélanges* Ch. MOULY, Op. Cit., p.175.

623-A preuve le récent débat de la doctrine française sur ce sujet: J. GHESTIN, «*La distinction entre les parties et les tiers au contrat*», JCP 1992.I.3628; J.-L. AUBERT, «*A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*», RTDCiv.1993, 263; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, «*De l'élargissement de la notion de partie au contrat à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*», RTDCiv. 1994, 275; J. GHESTIN, «*Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers*», RTDCiv.1994, 777. - Voir aussi P. DELEBECQUE, «*Le destinataire de la marchandise: tiers ou partie au contrat?*», D. Aff. 1995, 189.

624-Article 13-4 de l'AUCTMR.

625-Voir dans ce sens M. REMOND-GOUILLOUD, Le contrat de transport, Coll. Connaissance du droit, Dalloz, 1993, p.34.

engagement de porte-fort. Ainsi s'explique encore le fait que, la ratification étant rétroactive, le droit du destinataire remonte au jour de la conclusion du contrat[626].

Une telle approche ne permet pas de faciliter l'application des dispositions de l'article 13-4 de l'Acte uniforme dans la pratique. Nous rejoignons à cet effet la position des professeurs Dorothé Cossi SOSSA et Victor Emmanuel BOKHALLI qui retiennent plutôt la qualité d'adhérent à la suite du professeur J.-P. TOSI[627]. Cependant, il serait plus pratique d'interpréter les dispositions relatives à la qualité du destinataire en tant qu'adhérent au contrat de transport à la lumière de la théorie de F. PETIT[628] qui a le mérite de recourir aux techniques utilisées en droit commun, en particulier à la théorie de l'offre et de l'acceptation. Ainsi l'expéditeur et le transporteur offrent au tiers la possibilité de les «rejoindre» en tant que partie à leur contrat déjà formé, c'est-à-dire de se soumettre aux effets de la dite convention en devenant créancier et débiteur d'obligations. L'ultime phase dans ce processus de formation successive du contrat de transport est évidemment l'acceptation par le tiers de cette offre en manifestant sa volonté de devenir le destinataire des marchandises. Une telle orientation des dispositions de l'article 13-4 de l'AUCTMR aura le mérite de mettre fin aux nombreuses critiques dont les thèses précédentes font l'objet.

Madame REMOND-GOUILLOUD ne s'est pas écartée de cette logique lorsqu'elle affirme que: «*... le contrat de transport se superpose bien souvent à un contrat, dont il n'est sur le plan commercial, qu'une modalité d'exécution*»[629] ralliant ainsi la thèse qui sous-tend l'existence d'un lien très étroit entre les parties aux contrats opérant transfert de droit de propriété en général et au contrat de vente en particulier et les parties au contrat de transport. A cela s'ajoute l'adhésion du destinataire comme partie au contrat de transport du fait même de sa qualité de partie au contrat de vente; ce que Mademoiselle Rita HERRO analyse comme: «Le contrat de vente: cause[630] de l'adhésion du destinataire au contrat de transport»[631]. Mais c'est surtout au niveau des obligations de déclaration, d'information et de renseignement que ce lien de connexité apparaît plus intensément.

626-Le Doyen HEMARD retient également cette solution du contrat tripartite. Voir J. ESCARRA, E. ESCARRA et J. RAULT, par J. HEMARD, Traité théorique et pratique de droit commercial, tome II, Les contrats commerciaux, éd. Sirey, 1955, n°882, p.240: «*Le contrat de transport de marchandises par sa nature et sa technique, échappe nécessairement à l'effet relatif des contrats. Bien que deux personnes seulement aient participé à la conclusion du contrat de transport, dès l'instant que l'expéditeur n'est pas en même temps le destinataire, trois personnes interviendront dans son exécution*».

627-C'est F. PETIT qui précise, dans sa thèse (n°155, p.95), que l'analyse de M. TOSI lui «*livre les clefs de l'explication de l'intégration du destinataire au contrat de transport*».

628-F.PETIT, La vocation au tripartisme du contrat de transport de marchandises, thèse, Caen, 2005.

629-M. REMOND-GOUILLOUD, «Du droit de disposition», DMF, 1990, p.587.

630Voir le développement de J. DJOGBENOU, «La cause dans les contrats conclus sur le fondement des actes uniformes de l'OHADA», *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n°20-21, Année 2008-2009, p. 51 et s.

631-Rita HERRO, Op. Cit., p.82.

2- L'intérêt du lien de connexité des obligations «*d'informer et de s'informer*» à la charge des parties au contrat de transport de marchandises par route

Le contrat de transport de marchandises est consensuel, ce qui signifie qu'il est juridiquement formé dès l'échange des consentements[632]. L'AUCTMR a le mérite de consacrer un principe qui est universellement reconnu aujourd'hui en la matière[633] . Le contrat est formé et existe dès l'instant où les parties tombent d'accord sur la nature de la prestation à fournir et sur ses modalités[634] même au cours d'un simple entretien téléphonique.

Il importe cependant de bien distinguer entre la formation-conclusion et le commencement d'exécution effective du contrat de transport[635].

Ainsi, le contrat est-il formé avant le chargement de la marchandise sur le véhicule[636] ; et si le transporteur ne se présente pas chez l'expéditeur au jour et à l'heure convenus pour enlever la marchandise, il commet une faute qui se situe dans le cadre du contrat de transport.

Ce principe du consensualisme s'oppose au principe du formalisme dans lequel le respect de certaines règles de forme est exigé en vue de la validité de l'acte[637]. Si un écrit est exigé, ce n'est que pour les besoins probatoires du contrat dont la conclusion est parfaite dès l'accord des volontés des parties: l'écrit est donc exigé a*d probationem* plutôt que *ad validitatem*[638].

A ce stade, il est nécessaire de rappeler que les exigences relatives à l'information et/ou à la déclaration revêtent une importance capitale du fait que les parties ne peuvent raisonnablement s'engager que sur la base de leur connaissance des marchandises à déplacer et des conditions et modalités de ce déplacement ainsi que sur le prix à payer. L'AUCTMR institue à cet effet une sorte de «*réseau d'information*» entre les parties au contrat de transport dont la finalité est moins de rechercher une quelconque égalité d'accès à l'information que de favoriser la réalisation optimale du transport envisagé[639]. Chaque contractant est à la fois débiteur d'une obligation d'information et créancier d'un droit à l'information envers l'un ou l'autre de ses cocontractants.

L'AUCTMR a ainsi imposé une obligation générale d'informer à la charge de toutes les parties dont l'analyse se fera à travers les trois hypothèses qui découlent de la définition même du contrat de transport de marchandises par la route de l'Acte uniforme. En effet, une lecture croisée de l'article 2-b) de l'AUCTMR et des articles 1,2 et 3 de l'Acte uniforme du 15

632-Article 3 de l'AUCTMR: «Le contrat de transport de marchandise existe dès que le donneur d'ordre et le transporteur sont d'accord pour le déplacement d'une marchandise moyennant un prix convenu».

633-Voir dans ce sens, CA Paris, 25eme chambre, 3 février 1989, n°17060/86, *SCETA c/ Japan time et SNCF*; sur renvoi de cassation, CA Grenoble, 23 janvier 1990, n°87/2254, *Ricard c/ Affrètement Transport Douanes et a*., BT1990, p.607, en extrait; CA Douai, 2eme Chambre, 3 mars 2009, n°08/05001, *AP Négoce c/ Lacroix Nord, Lamyline.*

634-CA Poitiers, 2eme Chambre civ., 17 juin 2008, n°07/00035, *Albatrans c/Bio Inox*, BTL 2009, p.94.

635-Ibidem.

636-Ibidem.; CA Aix-en-Provence, 25 février 1981, BT 1981, p.421.

637-Cass. Civ. 1Ere Chambre, 22 avril 1992, Bull. civ., I, n°126.

638-V.E. BOKALLI et Dorothé C. SOSSA, Op. Cit. P.44.

639-A. AKAM AKAM, Op. Cit., p.1652

décembre 2010 portant sur le droit commercial général[640] nous met en face des trois hypothèses suivantes:

- *première hypothèse*: le contrat de transport de marchandises peut intervenir entre un expéditeur et un transporteur tous deux non professionnels; dans cette hypothèse, l'expéditeur ne peut fournir à son cocontractant que les informations dont il dispose et n'ayant aucune expérience en la matière, il n'est pas censé fournir des informations au-delà de ses capacités et connaissances. Il en sera de même pour le transporteur qui ne pourra demander un certains nombre de renseignements qui normalement devraient émaner de lui et conditionner la bonne exécution de ses prestations. Comment sera réglé les problèmes de responsabilité dans ces conditions du fait que ces deux cocontractants sont tous les deux des non professionnels ?

- *Deuxième hypothèse:* Une seule des deux parties est un professionnel; l'AUCTMR fera application dans cette hypothèse de l'adage: «*Qui peut et n'empêche, pêche*»[641]. Tout d'abord, le cocontractant professionnel sera tenu soit de fournir toutes les informations nécessaires mises à sa charge; ensuite, ce cocontractant professionnel sera également tenu de s'informer auprès de son cocontractant non professionnel de toutes les déclarations et renseignements qui conditionneraient la bonne exécution du contrat de transport de marchandises. Une telle disposition illustre bien l'exigence de bonne foi et de transparence dans les relations contractuelles qu'impose l'AUCTMR. Il en résulte un lien de connexité remarquable entre les obligations d'informer et de s'informer mises à la charge des parties au contrat de transport de marchandises par la route par l'Acte uniforme.

- *Troisième hypothèse:* les deux parties sont des professionnels; dans cette troisième et dernière hypothèse, le problème ne se pose plus avec la même acuité dans la mesure où chacune des parties à défaut de fournir toutes les informations indispensables à son cocontractant pour l'exécution de ses prestations, est sûr et certain que son cocontractant, doit nécessairement l'amener à fournir ces informations puisqu'il a l'obligation de s'informer. Ainsi, toutes les difficultés résultant d'un défaut d'information dans cette hypothèse ne peuvent s'analyser que comme une réticence fautive ou une violation des obligations «d'informer et de s'informer» et doit être sanctionnée sévèrement.

A la lumière de ces analyses, on peut déduire que les obligations d'informer et de s'informer mises à la charge de chacune des parties au contrat de transport de marchandises par la route conditionnent dans une large mesure la conclusion du contrat. C'est donc logiquement que l'AUCTMR sanctionne sévèrement le défaut ou la mauvaise exécution de ces obligations.

Il en est de même des obligations mises à la charge des parties au cours de l'exécution du contrat de transport de marchandises par la route.

640-AUDCG de l'OHADA adopté le 15/12/2010 modifiant et abrogeant l'AUDCG de l'OHADA du 17/04/1997.

641-Un adage de Loysel qui n'était plus appliqué pour réprimer les infractions de commission par omission depuis le célèbre Arrêt de principe de la Cour d'Appel de Poitiers, arrêt dit «la séquestrée de Poitiers» de puis 1930.

B- Une collaboration impérative dans l'intérêt des parties

L'Acte uniforme définit la période de transport de la marchandise comme celle qui «s'étend de la prise en charge de la marchandise par le transporteur en vue de son déplacement, jusqu'à la livraison de ladite marchandise»[642]. De cette définition, on peut dégager trois étapes pour analyser l'étendue des droits, obligations et responsabilités des parties au contrat: la prise en charge de la marchandise, son transport ou déplacement et sa livraison. Toutefois, il est indispensable de relever le caractère transversal de l'obligation «*d'informer et de s'informer*» mise à la charge des parties aussi bien au stade de la formation qu'à celui de l'exécution du contrat de transport.

Les exigences relatives à l'information sont duales. D'une part, elles imposent une obligation générale d'informations à toutes les parties au contrat de transport à la conclusion et à l'exécution du contrat de transport, d'autre part, elles font spécialement obligation au transporteur de s'informer auprès de l'un ou l'autre de ses cocontractants dans certaines circonstances.

Le contrat de transport est un contrat à trois personnes. Au départ, il est conclu entre l'expéditeur et le transporteur, mais à l'arrivée, il devient un contrat à trois parties par l'adhésion du destinataire de la marchandise[643]. Sur chacune des parties, pèse à un stade ou à un autre de l'opération de transport, une obligation de donner certaines informations à l'un ou à l'autre de ses cocontractants. Ces informations concernent soit les opérations de transport proprement dites, soit les opérations connexes[644]. Au titre des informations relatives aux opérations de transport proprement dites, il y a les informations relatives à la prise en charge des marchandises, celles relatives au déplacement des marchandises et enfin celles relatives à la livraison des marchandises.

C'est pourquoi, on peut raisonnablement en déduire que les obligations d'information sont transversales et s'imposent à toutes les étapes de l'exécution du contrat de transport de marchandises par la route, en même temps qu'elles revêtent les mêmes valeurs et importances pour le législateur OHADA. C'est ce qui justifie les sanctions sévères prévues pour réprimer toute violation de ces obligations par les parties au contrat de transport qui sont à la fois débitrices ou créancières de l'exécution de ces obligations.

Au-delà de ces obligations d'information, il y a lieu d'examiner le lien de connexité que l'Acte uniforme consacre en ce qui concerne les obligations des parties tout au long de la phase d'exécution du contrat de transport de marchandises par la route.

642 Article 9 de l'AUCTMR.
643 V.E. BOKALLI et Dorothé C. SOSSA, Op. Cit. p.48 et s.
644 A. AKAM AKAM, Op. Cit., p.1652.

1 – L'intérêt de la coopération des parties au stade du chargement et du déplacement des marchandises

Les parties au contrat de transport ne peuvent raisonnablement s'acquitter de leurs obligations respectives qu'à la condition d'une collaboration avec bonne foi et dans la transparence avec leur cocontractant.

Cas de l'expéditeur des marchandises

L'expéditeur assume diverses obligations[645], notamment le paiement du prix du transport et outres les obligations de déclaration et d'informations[646], des obligations d'emballage des marchandises, de mise à disposition des marchandises. Ainsi, l'expéditeur doit fournir au transporteur toutes les informations et instructions nécessaires au transport et se rapportant, notamment, à la quantité et à la qualité de la marchandise. Dans le cas contraire (vice de la marchandise, omission, insuffisance ou inexactitude des déclarations ou instructions), l'expéditeur sera tenu de réparer tout préjudice que subirait le transporteur[647]. Il en est de même des documents de douane et autres documents et informations nécessaires dans le cas d'un transport international en vue de l'accomplissement des formalités de douane[648].

L'article 7-1 de l'Acte uniforme pose clairement l'obligation de l'expéditeur d'emballer la marchandise d'une manière appropriée au transport, à moins qu'une stipulation contractuelle ou un usage ne prévoit une règle différente[649]. Quant aux alinéas 2 et 3 du même article 7, ils aménagent les droits et obligations du transporteur lorsque l'emballage présente un défaut apparent lors de la prise en charge ou s'il y a bris de l'emballage en cours de transport.

L'Acte uniforme détermine ainsi les obligations précises à la charge des parties en ce qui concerne l'emballage et sa vérification. Il met ainsi à la charge de l'expéditeur l'obligation d'assurer un emballage adéquat en même temps que réciproquement, il exige du transporteur qu'il vérifie l'état de l'emballage des marchandises. Le défaut ou la mauvaise exécution de ces obligations respectives par les parties les exposent à des sanctions sévères[650].

Quand bien même, l'expéditeur sera tenu non seulement d'emballer les marchandises, mais également de s'occuper de la manutention et du chargement, le transporteur n'est pas pour autant libérer de son côté de l'obligation de vérification mise à sa charge. En effet, il est tenu

---

645-Voir L. BRUNAT, «Obligations et responsabilité de l'expéditeur», BT. 1974, p.472.

646-Article 8 alinéa 1er de l'Acte uniforme: «l'expéditeur fournit au transporteur les informations et les instructions prévues à l'article 4 alinéa 1 de c) à h) ci-dessus et, le cas échéant celles prévues à l'alinéa 2 du même article».

647-Article 8-2 de l'AUCTMR.

648-Article 6-1 de l'AUCTMR.

649-N. LACASSE et J. PUTZEYS, Op. Cit.,

650-Voir dans ce sens le développement de M. Koffi NUBUKPO, «Le régime de l'emballage selon l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par route», *Revue d'assurance, de Banque et Bourse, de Transport et de Développement de l'espace CIMA-OHADA*, Vol 1, n°5, 2005.

dans ces cas, de s'assurer de l'arrimage des marchandises et vérifier l'état du chargement afin d'attirer l'attention de l'expéditeur ou de son mandataire sur l'état des emballages et/ou du chargement.

Le législateur OHADA a également consacré un droit de disposition de la marchandise au profit de l'expéditeur durant toute la période du transport[651]. Ainsi, peut-il demander au transporteur d'arrêter le transport, de modifier le lieu de livraison, ou de livrer la marchandise à un destinataire différent de celui stipulé dans la lettre de voiture. L'analyse révèle qu'un tel droit de disposition durant la période du transport consacre un véritable lien de subordination juridique entre le transporteur et l'expéditeur qui peut même déléguer ce droit de disposition au destinataire s'il le mentionne expressément dans la lettre de voiture[652]. Le transporteur serait-il considéré comme un mandataire ou un salarié de l'expéditeur? Le législateur OHADA ne s'est peut-être pas préoccupé des conséquences juridiques d'une telle orientation ou interprétation, dès lors que son seul souci est de mettre en place un mécanisme de collaboration et de communication entre les parties dans le seul intérêt de la sauvegarde du contrat et de sa bonne exécution.

Lorsque toutes ces obligations auront été exécutées et qu'il y a bris d'emballage en cours du transport, l'Acte uniforme met encore à la charge des parties des obligations réciproques. Le transporteur, outre le fait qu'il doit prendre les mesures urgentes nécessitées par les circonstances, il doit aviser l'expéditeur et solliciter auprès de celui-ci des instructions à cet effet. L'expéditeur est à son tour tenu de donner une suite à la demande du transporteur. Sous peine de subir des sanctions sévères.

Les deux parties se retrouvent également liées dans la gestion du bris d'emballage même si chacune d'elles avait bien exécuté son obligation.

C'est la preuve du solidarisme qu'impose l'AUCTMR aux parties et qui illustre une fois encore son originalité.

b- cas du transporteur des marchandises

Avant de pouvoir livrer les marchandises, le transporteur est tenu d'exécuter d'autres obligations très importantes. Il doit en effet, prendre en charge la marchandise, la déplacer afin de la livrer à destination dans l'état où il l'a reçue ou plus précisément dans l'état où elle est décrite dans la lettre de voiture et, de préférence, dans les délais.

Lors de la prise en charge de la marchandise, le transporteur est tenu de procéder à une double vérification: celle de l'exactitude des mentions portées sur la lettre de voiture quant au nombre de colis, à leurs marques et à leurs numéros, ainsi que, celle de l'état apparent des marchandises et de leur emballage. Tout comme la CMR, cette vérification ne confère pas une simple faculté au transporteur, mais une véritable obligation[653]. Si le transporteur n'a pas les

651-Article 11 de l'AUCTMR.
652-Article 11-2 de l'Acte uniforme précité.
653-B. MARTOR; N. PILKINGTON; D. SELLERS et S. THOUVENOT, «Contrats de transport de marchandises par route», *in Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, édition, LITEC, 2009, p.314.

moyens raisonnables de procéder à cette double vérification, ou s'il constate des défauts sur la marchandise, il doit l'inscrire sur la lettre de voiture par des réserves motivées, c'est-à-dire qu'elles doivent indiquer avec précision les raisons pour lesquelles il était impossible de vérifier la marchandise, ou la nature des défauts constatés (sacs déchirés, marchandise mouillée, etc.)[654].

La prise en charge de la marchandise apparaît donc, comme l'acte à la fois matériel et juridique par lequel le transporteur prend possession effective de la marchandise et l'accepte au transport. Dès ce moment, le transporteur devient garant de la marchandise et la présomption de responsabilité commence à peser sur lui[655].

L'article 10 de l'AUCTMR met à sa charge une obligation de vérification. A défaut de faire de telles vérifications en vue des réserves éventuelles, le transporteur est présumé avoir reçu la marchandise et son emballage en bon état apparent et il y a présomption que les mentions figurant sur la lettre de voiture sont exactes. Pour que les réserves du transporteur engagent l'expéditeur, elles doivent être acceptées par ce dernier. Outre, le fait que ces présomptions et la valeur légale des réserves sont classiques en droit des transports[656] . L'on peut ainsi relever de cette exigence de l'Acte uniforme, une obligation de contre-expertise à la charge de l'expéditeur pour confirmer ou infirmer les réserves éventuelles du transporteur après la vérification faite par ce dernier des déclarations, informations et mentions de la lettre de voiture qui lui ont été soumises. Il en résulte une obligation de collaboration, de transparence et d'entente obligatoire à la charge des cocontractants. Pour le transporteur cette obligation vise à le protéger en cas de dommages et pour l'expéditeur à le protéger contre les mêmes dommages.

L'AUCTMR met à la charge du transporteur, une obligation spéciale de s'informer durant la «période du transport»[657] surtout lorsqu'il y a empêchement à la livraison[658]. Cette obligation de s'informer qui pèse sur le transporteur doit être distinguée du devoir de s'informer ou de se renseigner traditionnellement étudié par la doctrine[659]. En effet, celui-ci suppose que les deux

---

654-Article 10-2 de l'ACTMR.

655-V.E. BOKALLI et Dorothé C. SOSSA, Op. Cit. p.68 et s.

656-Elles constituent un des fondements du régime de preuve dans les actions en responsabilités contre un transporteur.

657-La période de transport est fixée par l'AUCTMR en son article 9: «*le transport de marchandise couvre la période qui s'étend de la prise en charge de la marchandise par le transporteur en vue de son déplacement, jusqu'à la livraison de ladite marchandise*».

658-Voir A. AKAM AKAM, Op. Cit., p.1663: «Il y a empêchement à la livraison lorsque pour un motif quelconque et sans qu'il y ait faute de sa part, le transporteur ne peut effectuer la livraison de la marchandise (article 12 (b) AUCTMR).

659-Voir P. JOURDAIN, *Le devoir de «se renseigner»* (contribution à l'étude de l'obligation de renseignements), D. 1983, chron., p.139; Ph. LE TOURNEAU, *De l'allègement de l'obligation de renseignements ou de conseil*, D. 1987, chron., p.101; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essais d'une théorie*, LGDJ, 1992 , n°257 et s. et en droit comparé, V. KARIM, *La règle de la bonne foi prévue dans l'article 1375 du Code civil du Québec: sa portée et les sanctions qui en découlent*, les Cahiers de Droit, vol.41, n°3, septembre 2000, p.435 (notamment pp.450-452).

parties ont un égal accès à l'information, de sorte qu'aucune n'est tenue d'informer l'autre[660]. Chaque partie a le devoir de rechercher l'information qui l'intéresse et ne peut reprocher à l'autre de ne pas lui avoir transmis cette information. Comme le relève un auteur[661], «*le devoir de se renseigner est un principe dont l'obligation d'informer ne représente qu'une exception*». Dans certains cas, l'obligation de s'informer peut consister pour une partie à se renseigner pour pouvoir informer l'autre. Il s'agit alors d'une hypothèse où un contractant supporte effectivement une obligation de fournir des informations à son partenaire mais ne peut valablement l'exécuter qu'en s'informant elle-même au préalable[662].

L'obligation de s'informer du transporteur ne correspond à aucune de ces deux hypothèses. Il ne s'agit pas de rechercher des informations pour son propre compte ou pour pouvoir renseigner son cocontractant. L'AUCTMR lui fait obligation de demander des instructions auprès de l'expéditeur ou du destinataire dans l'intérêt de la marchandise[663].

L'article 12 de l'AUCTMR prévoit les droits et obligations du transporteur, de l'expéditeur et du destinataire dans différents cas où le transport ne peut être exécuté suivant les conditions prévues à la lettre de voiture. Mais l'acte uniforme met à la charge du transporteur une obligation de demander des instructions et corrélativement l'AUCTMR met à la charge de ses cocontractant suivant les cas, une obligation de lui donner les dites instructions. En effet, s'il y a un empêchement au transport avant l'arrivée à destination, le transporteur doit en principe aviser et demander des instructions à «l'ayant droit des marchandises» alors que si le problème survient à la livraison c'est-à-dire après l'arrivée à destination, c'est de l'expéditeur qu'il faut obtenir les instructions[664]. Si le transporteur doit solliciter ces instructions[665] sans délai, il est également fait obligation à ses cocontractants de donner une suite à sa demande et lui fournir les dites instructions dans un délai de quinze (15) jours suivant l'avis[666]. L'AUCTMR utilise à la fois les mots et expressions: d' «expéditeur», d' «ayant droit à la

---

660-Comme l'écrivit V. KARIM, ibid., p.452, «*Toute personne a le devoir de ne pas se fermer les yeux et de ne pas négliger de revoir les éléments qui invitent généralement à se renseigner et aussi de prendre les précautions nécessaires afin de protéger ses droits et ceux des tiers*».

661-P. JOURDAIN, Op. Cit. Dans le même sens, voir V. KARIM, ibid. qui relève que «*dans la mesure où le contractant a la possibilité de connaître l'information ou d'y avoir accès, son obligation de se renseigner peut faire échec au devoir de renseignement de l'autre partie*».

662-Voir M. FABRE-MAGNAN, Op. Cit., n°247 et s. qui considère qu'une telle obligation ne peut exister que dans deux cas: lorsque l'information porte sur une qualité substantielle de l'objet du contrat ou lorsque le débiteur est un professionnel».

663-A. AKAM AKAM, Op. Cit., p.1661.

664-Article 12 alinéa 1 de l'AUCTMR.

665-Selon le dictionnaire Littré, l'instruction est un ordre, un avis ou une explication qu'une personne donne à une autre pour la conduite de quelque affaire ou entreprise. L'instruction est donc une information beaucoup plus renforcée en ce qu'elle a un caractère directif pour celui qui la reçoit et qui doit s'y conformer. Autrement, la différence entre l'instruction et l'information au sens étroit du terme est une différence de degré et non de nature. L'instruction est avant tout une information prescrivant un comportement ou une conduite. Sur les différents degrés de l'information en général, voir M. FABRE-MAGNAN, Op. Cit., n°464 et s.

666 Article 12 alinéa 6 de l'AUCTMR: «...dans les autres cas, il peut faire procéder à la vente s'il n'a pas reçu d'instructions dans les quinze jours suivant l'avis...».

marchandise» et du «destinataire» pour désigner celui à qui le transporteur doit s'adresser. Une clarification de ce que recouvre chacun de ces mots et expression aurait facilité la compréhension et l'interprétation du droit harmonisé[667].

2 – Le devoir de collaboration imposé aux parties à la livraison des marchandises

Le contrat de transport ou plus exactement, peut-être la prestation du transporteur dans le cadre de ce contrat; prend fin avec la livraison des marchandises. Mais en quoi consiste cette opération et à quel moment précis se réalise-t-elle? Une chose est certaine, de même qu'il ne faut pas confondre conclusion du contrat de transport et prise en charge de la marchandise, il importe de distinguer entre achèvement du déplacement et terminaison du contrat. Ainsi, l'arrivée des marchandises au lieu de destination ne marque-t-elle pas à elle seule la fin du contrat de transport[668] et pas davantage l'envoi d'un avis d'arrivée[669]. Il y aura donc toujours un décalage plus ou moins grand entre le moment de l'arrivée à destination et celui de la livraison[670]. Quant à savoir à quel moment précis s'opère la livraison, deux conceptions se sont longtemps affrontées. D'un côté la thèse de la «livraison matérielle» et de l'autre la thèse de la «livraison juridique». Selon une première école, la livraison consisterait dans la prise de possession physique de la marchandise par le destinataire. Elle ne se réaliserait donc qu'au moment du retrait effectif et total de la marchandise des mains, du véhicule ou des magasins du voiturier. Au regard de cette thèse, aucun des actes juridiques (reconnaissance de l'envoi, décharge au transporteur, paiement du port, etc.) que le destinataire peut accomplir ne réalise la livraison. De l'autre côté, la thèse de la «livraison juridique», selon les partisans de cette école et pour le professeur RODIERE[671] notamment, cette conception procéderait d'une confusion entre livraison et enlèvement, la livraison s'opérant dès l'instant où le transporteur met la marchandise à la disposition du destinataire, qui l'accepte. Autrement dit, par symétrie avec la conclusion du contrat, la livraison serait elle aussi un acte purement consensuel se réalisant par le seul accord des parties, indépendamment de tout acte matériel de retrait de la marchandise.

L'intérêt de cette controverse se retrouve sur le plan de la présomption de responsabilité, sur le plan des formalités à accomplir pour marquer la livraison et partant la fin de l'exécution du contrat de transport et enfin sur le plan de la responsabilité civile à raison de la garde de la marchandise.

667-La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage se chargera d'une telle interprétation uniforme pour éviter toute confusion et divergence d'interprétation au niveau des acteurs dans les États membres.

668- Cass. Com. 23 mai 1977, n°75-15.025, BT. 1978, p.52; CA Paris, 31 janvier 1984, n°J/09644, *Transcap c/ Groupe Kleber*, BT. 1984, p.543; CA Paris, 25eme chambre, 23 octobre 1984, n°K/10208, Schmit et Elsa, rappelant fermement que le déchargement fait partie intégrante du contrat de transport; CA Lyon, 3eme chambre civile A, 15 décembre 2009, n°09/00098, *Biomérieux c/ Transports Ollier*, BTL. 2010, p.372.

669-Gerechtsbof's Gravenbage, 10 mai 1978, *Dir, eur. Transport,* 1978, p.607.

670-Situation certes atypique mais illustrant les propos dans CA Paris, 5eme chambre, 11 avril 2002, n°2000/12330, *Ess food c/TFE et Edard*, BTL. 2002, p.418.

671-R. RODIERE, Droit des transports, 2ème édition, n°438.

La Cour Suprême française après quelques hésitations a fini par adopter la thèse de la «livraison matérielle» employant notamment les expressions de «transmission de la détention» et «appréhension matérielle» pour caractériser la livraison, qui n'aurait su, précise-t-elle, résulté de la simple mise à disposition de la marchandise[672].

L'AUCTMR semble également avoir adopté cette thèse[673]. Le transporteur est tenu de livrer la marchandise au destinataire au lieu prévu pour la livraison et de lui remettre la copie de la lettre de voiture qui accompagne la marchandise, le tout contre décharge. Pour ce faire, après l'arrivée de la marchandise au lieu prévu pour la livraison, le transporteur doit aviser le destinataire de l'arrivée de la marchandise et du délai imparti pour son enlèvement, à moins que la livraison de la marchandise ne s'effectue à la résidence ou à l'établissement du destinataire[674]. Le transporteur ne peut donc raisonnablement s'acquitter de cette obligation de livraison sans opérer une «livraison matérielle» de la marchandise. Cette affirmation est davantage renforcée par le fait que le transporteur et le destinataire doivent vérifier l'état dans lequel la marchandise est livrée et ce, de manière contradictoire. Lorsque le transporteur et le destinataire s'entendent sur l'état de la marchandise à la livraison, ils peuvent faire une constatation commune écrite. Il en résulte une obligation de constatation ou de déclaration commune qui caractérise le lien direct entre la livraison et le retirement de marchandise.

La preuve donc que le transporteur et le destinataire sont d'accord sur l'état de la marchandise à la livraison est qu'il leur est imposé l'obligation de faire une constatation commune écrite. La preuve contraire au résultat de cette constatation ne peut être faite que s'il s'agit de pertes ou avaries non apparentes et si le destinataire a adressé au transporteur un avis écrit indiquant la nature des pertes ou avaries dans les sept (07) jours suivant cette constatation commune. Les dimanches et jours fériés ne sont pas compris dans le calcul de ce délai[675].

Si aucune constatation écrite concernant l'état de la marchandise à la livraison n'a été faite entre le transporteur et le destinataire, le destinataire doit adresser au transporteur un avis écrit décrivant la nature des dommages:

au plus tard le premier jour ouvrable qui suit la date de livraison, en cas de perte ou avaries apparentes;

dans les sept (7) jours suivant la date de la livraison, dimanches et jours fériés non compris, en cas de pertes ou avaries non apparentes.

672-Trois arrêts de même date, tous rendus à propos de la livraison de semi-remorques ro/ro par le transporteur maritime: cass. Com. 5 juillet 1994, n°92-17.385, BTL.1994, p.690; Cass. Com. 5 juillet 1994, n°92-17.288, *Bull. civ.*, IV, n°259, BTL. 1994, p.582 en extrait; Cass. Com., 5 juillet 1994, n°92-13.314, *Lamyline*. - voir aussi Cass. Com., 17 nov.1992, n°90-22.147, BTL. 1993, p.50, et Cass. Com. 17 janv. 1995, n°92-19.844, *Lamyline*, «la cour d'appel, qui ne s'est pas déterminée par la seule prise de possession juridique de la marchandise, a légalement justifié sa décision».

673-Article 13 de l'Acte uniforme.

674-V.E. BOKALLI et Dorothé C. SOSSA, Op. Cit., p.73et s.

675-Article 14-1 de l'AUCTMR.

Lorsque ces délais ne sont pas respectés, la marchandise est présumée reçue dans l'état décrit à la lettre de voiture. Toutefois, une mention écrite de cette perte ou avarie faite sur la lettre de voiture ou sur tout autre document de transport au moment de la livraison suffit pour satisfaire aux exigences de l'avis[676]

En cas d'empêchement à la livraison le transporteur est tenu d'aviser l'expéditeur et de demander des instructions. L'avis d'empêchement[677] et la demande d'instructions peuvent être faits par écrit ou oralement. En tout cas, l'AUCTMR ne précise pas la forme de la demande d'instructions. Mais du fait que l'AUCTMR admet entre autres l'écrit électronique[678], les parties peuvent y recourir également surtout qu'elles sont libres de choisir leur mécanisme de communication à cette fin. Le transporteur doit faire preuve de diligence[679] et agir en «bon père de famille» dans l'attente des instructions[680]. Une telle exigence légale suppose un devoir de collaboration caractérisée par la «bonne foi» et le «solidarisme» dont chacune des parties doit faire preuve dans le but de sauver le contrat ou à défaut de limiter les risques inhérents à son inexécution.

L'analyse du lien de connexité qui caractérise les obligations mises à la charges des parties au contrat de transport de marchandises depuis sa formation jusqu'à la fin de son exécution, révèle la volonté du législateur OHADA d'imposer une véritable collaboration, une solidarité exceptionnelle et un devoir d'exécution dans la transparence et de bonne foi le contrat de transport de marchandises par la route. L'originalité d'une telle option est à saluer dès lors que les États membres de l'OHADA n'ont pas encore les moyens de mettre en place de véritables mécanismes de contrôle, de régulation et de professionnalisation du secteur des transports.

Loin d'y voir de simples prescriptions légales tendant à faire la preuve de leurs prétentions respectives en cas de dommage, il convient de relever qu'à travers ces dispositions, il y a un véritable devoir de collaboration entre les parties impliquées dans l'exécution de cette dernière partie du contrat de transport.

Le législateur OHADA accorde un intérêt particulier à cette obligation de collaboration et de coopération avec bonne foi des parties au point d'aménager un régime de répression assez sévère en cas de violation de ces obligations par l'une quelconque des parties. Au-delà donc de leurs intérêts personnels, il s'agit de prévenir le défaut d'exécution ou l'exécution de mauvaise foi du contrat de transport. Pourquoi une telle précaution? Est-ce la recherche de la sécurité dans les transports des marchandises du fait que c'est véritablement le seul mode de transport qui soit développé dans les États concernés ou une exagération dans l'innovation?

676-Article 14-3 de l'AUCTMR.

677-L'avis doit normalement indiquer la cause ou le motif de l'empêchement.

678-A. OUATTARA, «Une innovation technologique dans l'espace OHADA: Lettre de voiture électronique en matière de contrat de transport de marchandises par route», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1-2008, p.61 et s.

679-Il n'y a pas de délai fixé par l'AUCTMR pour la demande d'instructions. On considère qu'en raison de l'urgence, le transporteur doit demander des instructions dès la constatation de l'empêchement.

680Voir M. K. BROU, Op. Cit., p.423.

Seul l'avenir nous permettra de porter un jugement adéquat sur le choix du législateur OHADA.

II - Une interdépendance lourde de conséquences pour les parties au contrat de transport de marchandises par route

Le législateur OHADA a opté pour une sévérité excessive dans la répression de la mauvaise foi, de l'utilisation de manœuvres frauduleuses (dol) et de mauvaise intention par les parties aussi bien dès la formation du contrat de transport de marchandises qu'au cours de son exécution. Les parties sont tenues d'éviter de fournir à leur cocontractant des informations erronées, de faux documents, de données non fiables, d'user de mauvaise foi. Même leur abstention ou omission est sanctionnée dès lors qu'il est établi que l'auteur ne pouvait raisonnablement ne pas s'attendre aux résultats dommageables découlant de son abstention ou omission. C'est en quelque sorte l'application de l'adage «*Qui peut et n'empêche, pêche*» de Loysel qui trouve application dans leur relation contractuelle donc en droit des contrats.

L'originalité des sanctions prévues pour réprimer les défaillances ou la réticence, la mauvaise foi, les manœuvres frauduleuses des parties au contrat de transport de marchandises par l'Acte uniforme se caractérise d'une part, par l'instauration d'un régime spécifique de maintien du contrat avec l'anéantissement de ses effets en lieu et place de celui de la nullité du contrat et d'autre part, par les limitations de responsabilité imposées aux parties en cas de dommage résultant d'un défaut de collaboration, d'information et de synergie entre leurs actes dans le cadre de l'exécution du contrat de transport.

A- Les sanctions sévères réprimant la violation intentionnelle de l'obligation de collaboration et de coopération par les parties

En droit positif français, dans l'hypothèse où l'expéditeur se trouve dans l'impossibilité de remettre les marchandises annoncées lorsque le transporteur se présente chez lui pour les enlever, ou, encore, refuse de charger pour une raison indépendante du transporteur[681]; le contrat de transport étant consensuel, l'expéditeur rompt ainsi unilatéralement un contrat déjà formé et, sauf cas de force majeure, il doit indemniser le transporteur du préjudice résultant pour lui de cette rupture[682]. Bien entendu, cette réparation d'une part, doit se faire à hauteur maximale du prix du transport[683] et d'autre part, elle ne peut intervenir qu'en l'absence de toute

681-Cas du CA Montpellier, 2eme chambre, 3 novembre 1983, *Fraisse matérieux c/ Corbières*, fournisseur italien s'opposant à l'enlèvement de la marchandise au motif que l'acheteur français, donneur d'ordre du transporteur, ne l'a pas payé; autres hypothèses possibles: CA Paris, 21 février 1984, BT. 1984, p.518, machine endommagée par l'expéditeur pendant les manutentions préalables au chargement et ne pouvant plus être remise dans cet état; CA Versailles, 12eme chambre, 13 juin 1984, *Unipex c/ SET*, chauffeur refusant d'enlever une marchandise, vu son état, mais, dans ce dernier cas, le client a évité la condamnation, l'attitude du chauffeur ayant été jugée injustifiée.

682-CA Paris, 21 février 1984, et CA Montpellier, 3 novembre 1983, précités; CA Rouen 2eme chambre, 17 septembre 1992, n°1630/91, *Agence maritime havraise c/ Carribean lines*, en maritime mais tout aussi valable pour le terrestre: le fait que la marchandise ait ultérieurement été chargée sur un autre navire du même armement ne supprime pas le préjudice subi par celui-ci du fait de l'annulation du premier embarquement prévu.
683T. com. Rouen, 17 novembre 2008, n°2008003082, *Metot c/Motoculture de Haute Normandie*, application ici justifiée dans le cadre d'un transport international, les frais de péage réclamés en outre étant écartés.

faute du voiturier ou de force majeure et à condition que le voiturier justifie de son préjudice[684].

L'AUCTMR tout en consacrant le principe du consensualisme pour la formation du contrat de transport, a gardé un silence dans l'hypothèse où, soit le transporteur ne s'est jamais présenté à la date et au lieu déterminés pour la prise en charge de la marchandise, soit que le transporteur se présente au lieu prévu et à la date prévue mais ne trouve sur place aucune marchandise à prendre en charge. Quelles solutions appliquées?

En dehors de cette hypothèse, l'AUCTMR a consacré des sanctions particulières pour réprimer l'inexécution ou le défaut d'exécution, la mauvaise exécution ou l'exécution avec retard des obligations d'information mises à la charge des parties au contrat de transport de marchandises par la route.

1- A l' encontre de l'expéditeur de mauvaise foi

L'AUCTMR prévoit diverses sanctions pour réprimer la violation par les parties au contrat de transport, des obligations d'information mises à leur charge. Si les sanctions frappant le transporteur ou le destinataire n'empiètent pas véritablement sur les règles de droit commun, il en est autrement des sanctions des manquements de l'expéditeur à son obligation d'information[685].

En effet, l'AUCTMR décide que l'absence, l'inexactitude ou l'irrégularité des déclarations de l'expéditeur «n'affecte ni l'existence, ni la validité du contrat de transport»[686]. Il apparaît ainsi qu'en excluant la nullité du contrat de transport même lorsque l'expéditeur a fait sciemment une fausse déclaration, l'Acte uniforme considère que la violation de l'obligation d'information n'est pas un vice de consentement[687]. En confrontant le manquement à l'obligation d'information avec les vices de consentement pouvant justifier le fondement juridique du choix du législateur OHADA, le professeur André AKAM AKAM en est arrivé à la conclusion selon laquelle: «l*'exclusion de la nullité en cas d'absence de déclarations ou de fausses déclarations de l'expéditeur, peut s'expliquer par le caractère consensuel du contrat de transport d'une part, et d'autre part, par la possibilité qui est donnée au transporteur de vérifier l'exactitude des déclarations de l'expéditeur*». Loin de paraître surprenante, une telle analyse ne fait que restituer les conséquences de l'interdépendance des obligations que l'Acte uniforme met à la charge des parties au contrat. L'article 4 alinéa 4 de l'AUCTMR dont il est fait application ici, confirme le caractère consensuel du contrat de transport et énonce surtout le principe de la survie du contrat nonobstant l'absence ou l'irrégularité des déclarations de l'expéditeur. Les parties n'étant pas obligées de rédiger une lettre de voiture pour que le contrat existe ou pour que ce contrat soit valable, il eût été inopportun de vouloir fonder la nullité du contrat de transport sur l'absence ou l'inexactitude de certaines mentions de la lettre

684-Par exemple frais de déplacement inutiles, impossibilité de réaliser un autre transport, etc.
685-Voir A. AKAM AKAM, Op. Cit., p. 1667 et s.
686-Article 4 alinéa 4. En l'absence de lettre de voiture ou de mentions sur la lettre de voiture, l'existence du contrat ou de certaines de ses stipulations peut être rapportée par tous moyens. Voir Cass. Civ. 18 juillet 1966, BT. 1966, p.286.
687-Voir dans ce sens, le développement de A. AKAM AKAM, ibid.

de voiture[688]. Mais à notre avis, c'est surtout la preuve de l'exigence de la bonne foi et de la transparence que le législateur OHADA impose et requiert de la part des parties au contrat de transport de marchandises par la route. Cette position se justifie dans la mesure où tout en optant pour le maintien et la survie du contrat de transport en évitant sa nullité, le législateur OHADA va opter pour des sanctions qui affectent l'existence ou l'exécution du contrat de transport. C'est l'anéantissement des effets du contrat de transport.

L'AUCTMR prévoit plusieurs catégories de sanctions dans ce sens.

Tout d'abord, le refus du transport de la marchandise. Cette sanction est prévue par l'article 8 alinéa 4 de l'AUCTMR[689]. Il résulte de ce texte que si l'expéditeur remet au transporteur des documents, des espèces ou des marchandises de grandes valeurs sans en avoir fait connaître au préalable la nature ou la valeur, le transporteur n'est pas tenu de les transporter. C'est une des innovations de l'AUCTMR en la matière. C'est la reconnaissance et l'application du principe de l'unilatéralisme en matière contractuelle par le législateur OHADA. La décision du refus est laissée à la discrétion du transporteur qui n'a pas besoin de recourir à un avis ou une procédure avant de la prendre.

Il en est de même de la possibilité du déchargement, de la destruction ou de la neutralisation de la marchandise offerte au transporteur. Il s'agit de mesures que le transporteur est habilité à prendre sans aucune autre formalité lorsque l'expéditeur lui a remis des marchandises dangereuses sans lui en avoir fait connaître la nature exacte. L'article 8 alinéa 3 *in fine* de l'AUCTMR dispose en effet que: « le transporteur peut, de manière adéquate, décharger, détruire ou rendre inoffensives les marchandises dangereuses qu'il n'aurait consenti à prendre en charge s'il avait connu leur nature ou leur caractère, et ce sans aucune indemnité ». Il y à là, une double sanction pour l'expéditeur, ce dernier perd le droit à indemnisation en même que ses marchandises auront été détruites sans l'intervention d'un juge ou d'un arbitre.

Contrairement à la CMR qui n'aborde nulle part le problème de la responsabilité de l'expéditeur en cas d'omission ou de fausse déclaration concernant la marchandise[690], l'AUCTMR lui consacre une place importante. Des dispositions des paragraphes 2,3 et 4 de l'article 8 dudit acte, il résulte que l'expéditeur est responsable de tout préjudice subi par le transporteur lorsque ce préjudice a pour origine « soit l'omission, soit l'insuffisance ou l'inexactitude de ses déclarations ou instructions relatives à la marchandise transportée», lorsqu'il remet au transporteur une marchandise dangereuse ou des documents, des espèces ou

688-En effet, si la lettre de voiture était exigée *ad validitatem*, le caractère solennel du contrat aurait alors justifié que la violation de l'obligation d'information soit sanctionnée par la nullité.

689-L'article 7 alinéas 2 de l'AUCTMR prévoit un cas particulier de refus du transport de la marchandise. Il reconnaît ce droit au transporteur lorsque celui-ci ayant avisé l'expéditeur de l'existence d'un défaut d'emballage apparent, il n'est pas remédié à ce défaut dans un délai raisonnable.

690-Sur cette lacune de la CMR, voir N. LACASSE et J. PUTZEYS, Op. Cit., p. 698; J. PUTZEYS, Le contrat de transport routier de marchandises, n°349 et s., et n°1004 et s. précisons cependant que la CMR envisage la responsabilité de l'expéditeur envers le transporteur des dommages aux personnes, au matériel ou à d'autres marchandises ainsi que des frais ayant pour origine le vice d'emballage. Voir article 10.

des marchandises de grande valeur sans en avoir fait connaître au préalable la nature exacte ou la valeur.

Quelle que soit l'hypothèse envisagée, la situation de l'expéditeur est identique: il est responsable envers le transporteur de tous dommages résultant de son omission ou de l'inexactitude de ses déclarations. Tout d'abord, il s'agit d'une responsabilité contractuelle[691], dès lors, le transporteur doit rapporter la preuve du dommage subi par lui-même ou par toute personne aux services de laquelle il a recours pour l'exécution du contrat de transport[692]. La notion du dommage englobe donc tous les frais et les dommages auxquels est confronté le transporteur et qui ont pour origine une omission ou une fausse déclaration de l'expéditeur[693]. Ensuite, il doit établir l'omission ou l'insuffisance des informations fournies par l'expéditeur et montrer qu'elle est constitutive d'un manquement à l'obligation mise à sa charge[694]. Enfin, il doit établir le lien de causalité entre le dommage subi et l'inexécution de l'obligation d'information par l'expéditeur.

L'expéditeur doit normalement réparer l'intégralité du préjudice subi (matériel et/ou moral) par le transporteur dès lors que les conditions de sa responsabilité sont réunies[695].

Il résulte de l'analyse que non seulement le transport des marchandises dangereuses ne relève pas du champ d'application de l'AUCTMR mais c'est surtout la mauvaise foi de l'expéditeur caractérisée par la violation d'une interdiction de l'Acte uniforme et la violation de son obligation de fournir des informations fiables, qui est doublement sanctionnée.

Il en est de même pour le transporteur en cas de violation de ses obligations.

2 – A l' encontre du transporteur fautif et de mauvaise foi

La faute délibérée du transporteur impliquant la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable[696], toute réticence, toute mauvaise foi et toute

691-Pour une vue complète des conditions de responsabilité en cas de violation de l'obligation d'information en général, voir FABRE-MAGNAN, Op. Cit., n°596 et s.

692-Même si au départ, l'expéditeur ignorait tout de l'existence de cette tierce personne dans la mesure l'AUCTMR a opté en principe pour la liberté laissée au transporteur de recourir avec ou sans le consentement de l'expéditeur. A moins que ce dernier n'ait exigé que le transport soit assuré par le transporteur avec qui il a signé le contrat.

693-L'article 8 alinéa 3 précise que l'expéditeur qui a remis une marchandise dangereuse sans en avoir fait connaître au préalable la nature exacte, doit notamment acquitter les frais d'entreposage et les dépenses occasionnées par cette marchandises.

694-Autrement dit, le transporteur doit faire la preuve de la faute de l'expéditeur. Voir en matière maritime où le problème se pose de la même manière: Colmar, 18 janvier 1984, BT.1984, p.251; Trib. Com. Le Havre, 17 juin 1969, D.M.F 1970, p.561.

695-Quant à la responsabilité éventuelle de l'expéditeur à l'égard des tiers qui auraient subi des dommages, elle est de nature délictuelle, aucune relation contractuelle n'existant entre eux. Par tiers, on entend les ayants droit des autres marchandises transportées en même temps que celles de l'expéditeur fautif, ou encore toute personne étrangère au contrat de transport.

omission de la part du transporteur sans conduire à la nullité du contrat ni a l'anéantissement de ses effets, entraîneront pour ce dernier une déchéance de son droit d'invoquer une des causes d'exonération prévues[697]. En effet, l'article 21 alinéa 1er de l'AUCTMR prévoit que «le transporteur n'est pas admis au régime de l'exonération (…) de responsabilité prévue au présent acte uniforme (…) s'il est prouvé que la perte, l'avarie ou le retard à la livraison résulte d'un acte ou d'une omission qu'il a commis, soit avec l'intention de provoquer cette perte, cette avarie ou ce retard, soit témérairement et en sachant que cette perte, cette avarie ou ce retard en résulterait probablement»[698]. En d'autres termes, la faute dolosive ou inexcusable du transporteur entraîne la déchéance du droit à l'exonération. Tel serait le cas lorsqu'ayant connaissance de la valeur exacte de la marchandise, il s'est rendu complice de la fraude commise par son cocontractant.

De la même manière, lorsqu'il est prouvé qu'il a commis une omission fautive ou un acte frauduleux faisant apparaître sa mauvaise intention, le transporteur perd non seulement le bénéfice du privilège de plafonnement de l'indemnité pour la réparation des préjudices mais également le bénéfice de la prescription annale et toute action dirigée contre lui dan le cadre de ce contrat ne sera prescrite qu'au bout de trois ans.

Ensuite, en cas de pluralité de transporteurs pour une même prestation, les transporteurs successifs sont solidairement responsables[699], même si l'Acte uniforme prévoit un mécanisme de recours entre transporteurs[700]. Ce qui implique dès lors pour tous ces acteurs, un devoir de collaboration et une certaine solidarité de fait et de droit leur permettant d'éviter ou de limiter tout risque résultant de la violation de leurs obligations.

Enfin, comme en droit positif français[701]où la responsabilité du transporteur est une responsabilité de plein droit, l'AUCTMR a prévu une responsabilité de plein droit, fondée sur une obligation de résultat mise à la charge du transporteur. Ainsi, pèse sur lui une présomption de responsabilité à laquelle il ne peut échapper que dans des cas d'exonération précis[702]. Vis-à-vis de la marchandise, le transporteur s'oblige à trois résultats: amener la marchandise au lieu prévu pour la livraison; dans l'état où il l'a prise en charge; dans un délai

---

696-Cass. com. 21 mars 2006, RTD com. 2006 p. 519; JCP G 2006, II, 10 10 090 n. M. Mekki, JCP E 2006, 2280 n° 18, obs. F. LETACQ.

697-Article 21 de l'AUCTMR.

698-Ce texte est différent de celui de l'article 29 de la CMR qui vise le dol ou une faute qui, d'après la loi de la juridiction saisie, est considérée comme équipollente au dol. Voir R. LOEWE, *Note explicative sur la CMR du 19 mai 1956*, Dr. eur. Transports, 1976, n°218.

699-Article 23 de l'AUCTMR.

700-Article 24 de l'AUCTMR.

701-CA Paris, 25 mai 1978, BT. 1978, p.370; CA Paris 22 janvier 1993, n°92-22764, *SNCF c/Novatrans et a.*, BTL. 1993, p.402; CA Paris, 5eme chambre, 14 septembre 1987, *assureurs c/ Alpha transports et a.*: «le transporteur a manqué à son obligation de livrer la marchandise dans l'état où il l'a reçue»; CA Aix-en-Provence, 15 décembre 1980, BT. 1981, p.551.

702-Article 16 de l'AUCTMR.

éventuellement convenu. Dès lors, il suffit de constater que l'objectif garanti n'a pas été atteint pour que la défaillance du transporteur soit *ipso facto* établie[703]. Plus précisément, on va imputer presque automatiquement au transporteur la responsabilité de tous les dommages constatés à l'arrivée et non signalés au départ, ces dommages constituant autant de manquements au résultat promis[704]. Cette présomption de responsabilité qui pèse sur le transporteur est très lourde et très sévère surtout qu'elle s'étend aux faits d'autrui. En effet, l'AUCTMR prévoit que: «le transporteur est responsable, comme de ses propres actes ou omissions, des actes ou omissions de ses préposés ou mandataires agissant dans l'exercice de leurs fonctions et de ceux de toute autre personne aux services desquels il recourt pour l'exécution du contrat de transport, lorsque cette personne agit aux fins de l'exécution du contrat»[705].

Le transporteur peut s'exonérer en invoquant une des causes d'exonération qui sont des événements ou des circonstances dont peut se prévaloir le transporteur pour se libérer de sa responsabilité. Il s'agit du vice propre à la marchandise, la force majeure ou la faute du cocontractant[706]. Il en résulte que le transport qui a effectué la double vérification prévue et a émis des réserves lors de la prise en charge des marchandises, est admis à s'en prévaloir pour bénéficier de cette cause d'exonération. Il en est de même, lorsque le transporteur apporte la preuve qu'il a fait de bonne foi, toutes les diligences chaque fois que de besoin aussi bien lors de la formation du contrat qu'au cours de son exécution et que le dommage ne résulte que de la mauvaise foi, de la violation de leurs obligations par ses cocontractants ou de leur omission. Il n'est donc pas superflu de conclure que l'AUCTMR a consacré une véritable «*porte de sortie*» de la présomption de responsabilité qui pèse sur lui, en lui permettant de la contourner sur la base de sa bonne foi, de sa transparence et de ses diligences. Il lui suffit donc d'apporter la preuve formelle de ce qu'il a exécuté son obligation d'information, qu'il a demandé en temps utile toutes les informations, qu'il a en temps utile sollicité les instructions et qu'il a fait toutes les diligences nécessaires, bref, qu'il a coopéré et collaboré avec bonne foi avec ses cocontractants, pour s'exonérer.

L'on peut se demander si le destinataire encourt également des sanctions en cas de violation des obligations mises à sa charge dans le contrat de transport dans il n'est qu'un adhérant par son acceptation.

3 – A l' encontre du destinataire de mauvaise foi

Lorsque le destinataire refuse de prendre livraison alors qu'il est avisé par le transporteur du lieu et de la date où cette livraison devrait avoir lieu, le transporteur doit aviser l'expéditeur et solliciter des instructions à toutes les fins utiles[707].

703-V.E. BOKALLI et Dorothé C. SOSSA, Op. Cit., p. 86 et s.
704-Ibidem.
705-Article 16 alinéa 4 de l'AUCTMR.
706-Article 17 de l'AUCTMR. Voir en ce sens, Lamy Transport, Tome 1, «*Route, transport intérieur et international*», 2011, n°470 et s.
707-Article 12 alinéa 3 de l'AUCTMR.

En dehors de ce cas, le destinataire doit coopérer avec le transporteur pour établir la preuve du constat de l'état de la marchandise à la livraison. A défaut, le destinataire doit adresser au transporteur un avis écrit indiquant la nature des pertes et avaries dans des délais très courts[708]. A contrario, si le destinataire viole d'une manière ou d'une autre cette obligation, les marchandises sont réputées avoir été livrées conformes à leur état au moment de la prise en charge de ces marchandises par le transporteur. C'est une présomption de fin de bonne exécution du contrat de la part du transporteur.

Classiquement, après avoir conclu le contrat de transport, le vendeur informe généralement l'acheteur que sa commande a été remise à un transporteur pour lui être livrée, et qu'il est désigné sur les documents de transport comme le destinataire des marchandises. Celui-ci peut ne prendre connaissance de la livraison qui lui ai adressée qu'au moment où le transporteur lui propose de recevoir les marchandises qui lui sont destinées. Dans les deux cas, l'acheteur est invité à adhérer au contrat de transport pour permettre l'exécution de l'obligation de délivrance incombant au vendeur. Si en principe, et dans le cadre des transports non précédés d'une vente, le destinataire est libre de refuser d'adhérer au contrat de transport[709], il faut noter que l'acheteur (destinataire) ne peut refuser de devenir le destinataire[710]. En effet, conformément à l'hypothèse retenue par l'étude, le vendeur-expéditeur subit un préjudice du fait de l'inexécution de l'obligation de délivrance telle que prévue dans le contrat de vente. L'acheteur en refusant la livraison dans le cadre du contrat de transport refuse par là même la livraison dans le cadre du contrat de vente et contrevient à l'une de ses obligations principales qui est le retirement de la marchandise achetée. La loi prévoit une sanction rigoureuse pour l'inexécution de l'obligation de retirement.

Selon le droit commun, tout contractant victime d'une inexécution contractuelle a le choix entre l'exécution forcée et la résolution judiciaire. Or, la résolution sanctionnant l'inexécution du retirement présente un caractère particulier. Contrairement à l'article 1184 alinéa 2 du Code civil, elle n'est pas judiciaire et elle peut s'opérer sans qu'elle soit précédée d'une mise en demeure de l'acheteur: elle a donc lieu de plein droit et sans sommation, à partir de l'expiration du terme convenu[711]. Le vendeur-expéditeur pourra aussi demander des dommages et intérêts contractuels réparant le préjudice subi[712]. Par ailleurs, une autre sanction est envisageable sur le terrain délictuel de la théorie de l'abus de droit. En effet, le vendeur et l'acheteur ont convenu de confier la marchandise à un transporteur. Ils ont alors débattu les conditions du déplacement des marchandises et ont prévu que chacun d'eux deviendra partie au contrat de transport. En acceptant que le vendeur lui livre la marchandise en sollicitant les

708-Article 14 alinéa 1 de l'AUCTMR.

709-Hypothèse que nous avons déjà écarté dans le cadre de cette étude.

710-Il faut distinguer entre l'acceptation du contrat et l'acceptation de la livraison. Dans ce dernier cas, l'acheteur peut adhérer au contrat tout en refusant les marchandises pour avaries ou manquants.

711-Article 1657 du Code civil. Voir sur ce point, F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 8eme édition, 2007, n°342.

712-CA Paris 5eme chambre section A, 16 février 2005, *Lamylinereflex*; CA Paris 5eme chambre section B, 22 mai 2003, *Lamylinereflex*; CA Paris 5eme chambre section A, 8 novembre 2000, *Lamylinereflex*.

services d'un transporteur, l'acheteur promet de manière indirecte d'adhérer au contrat de transport. Lorsque le vendeur contracte avec le transporteur, il met en œuvre les conditions de livraison telles que prévues dans le contrat de vente. Si le futur destinataire a, en principe, la liberté d'adhérer, celle-ci se trouve *limitée* lorsqu'il s'agit de l'acheteur des marchandises dans la mesure où le contrat de transport a été conclu en exécution du contrat de vente auquel il a consenti[713]. Ainsi, si le refus d'adhérer est injustifié, l'acheteur commet un abus de liberté contractuelle[714]. Si la jurisprudence refuse traditionnellement de déclarer abusif un refus de contracter, elle l'admet dans certains cas[715] en l'occurrence en cas de refus de l'acheteur de devenir le destinataire de la marchandise. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Lyon considère comme abusif le refus d'un destinataire de recevoir les marchandises qu'il avait commandées[716]. Cette approche semble à notre avis, celle adaptée au contexte africain dans le cadre de la mise en œuvre des obligations du destinataire. Cependant, il convient d'attendre la confirmation de cette position par les juridictions africaines.

Une telle analyse met clairement en lumière l'intérêt pour toutes les parties impliquées dans un contrat du transport à coopérer et à collaborer dans l'intérêt du contrat et dans leur intérêt propre dès lors qu'un défaut d'inexécution ou une violation de l'obligation de collaboration et de coopération mise à leur charge est lourde de conséquences aussi bien sur le plan contractuel que sur le plan délictuel.

Le refus de paiement du prix du transport par le destinataire n'a aucun effet sur l'existence ou la validité du contrat de transport même si le destinataire est admis comme adhérent au contrat de transport par son acceptation. L'AUCTMR a consacré des privilèges et des droits au profit du transporteur impayé et a prévu le mécanisme par lequel ce dernier pourra recouvrer sa créance[717].

B - Les sanctions en cas d'absence de faute intentionnelle à la base de l'inexécution

Le législateur OHADA a enfin prévu des tempéraments ou des limitations de la responsabilité des parties au contrat de transport lorsque le transporteur n'a pas commis de faute intentionnelle et que le dommage est survenu malgré sa bonne foi.

Les professeurs E. V. BOKALLI et D. C. SOSSA estiment que ces limitations sont surtout prévues pour atténuer la présomption de responsabilité qui pèse sur le transporteur dans le but de lui éviter le fardeau d'une indemnisation trop élevée qui risquerait de grever

713-Rita HERRO, Op. Cit., p.88.

714-Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, édition LGDJ, Bibliothèque de droit privé, tome 337, 2000, n°115 et s.; L. MION, «L'abus dans le droit des contrats», *in L'abus dans le droit des affaires*, Dossier présenté par J. MESTRE, *Droit et patrimoine*, juin 2000, n°83, p.42.

715-A. BERNABENT, *Droit civil, Les obligations*, 11eme édition, Montchrestien, Domat-Droit privé, 2007, n°56.

716-CA Lyon, 25 septembre 2003, BTL. 2003, p.223, observations M. TILCHE; «Refus de prendre livraison», BTL. 2004, p.360. Voir en général sur la question du refus abusif du destinataire d'adhérer au contrat de transport, M. TILCHE, «Barrages et blocages, quelles conséquences?», BTL, 2002, p.192 et du même auteur, «Livraison des marchandises, Les pièges à éviter», BTL, 1997, p.530.

717-Article 15 de l'AUCTMR.

considérablement son budget[718]. Ainsi, l'Acte uniforme n'accorde principalement la réparation qu'en cas de perte ou de dépréciation de la marchandise, du préjudice matériel. Sont en revanche exclus de la réparation tous les autres préjudices, notamment pour bénéfice manqué[719], préjudice industriel ou commercial, frais financiers[720], versement des pénalités de retard prévues par le contrat de vente[721]. Il est vrai que l'expéditeur peut «racheter l'exclusion en formulant une déclaration d'intérêt à la livraison» dans le but de contourner ces limitations[722].

Dans le même sens, nous estimons que c'est dans le but d'encourager et d'inciter les parties à une franche collaboration, à une solidarité, à la transparence et à la bonne foi que le législateur OHADA a prévu des conditions restreintes pour la mise en œuvre de la responsabilité du transporteur. En effet, lorsqu'il y a pertes, avaries ou retard dans la livraison des marchandises, le destinataire est tenu de respecter un certain nombre de conditions avant que son recours ne soit recevable. De même, lorsque ce recours aura prospéré, il devra faire face à un plafonnement de l'assiette de l'indemnisation en ce qui concerne la réparation du préjudice qu'il a subi[723].

Autant de restrictions qui témoignent de l'intérêt que le législateur OHADA accorde à la bonne exécution du contrat de transport de marchandises par la route et l'incitation des parties à un respect scrupuleux de leurs obligations respectives.

a- Les conditions préalables à la recevabilité de l'action en responsabilité

L'acte uniforme soumet la recevabilité de l'action en responsabilité contre le transporteur à une réclamation écrite préalable adressée au transporteur et ce, dans le respect d'un délai bien encadré sous peine de prescription, sans toutefois perdre de vue que le réclamant doit établir la preuve du dommage. C'est du moins, ce qui ressort des dispositions de l'article 25 alinéa 2 de l'AUCTMR: «l'action n'est recevable que si une réclamation écrite a été préalablement faite au premier transporteur ou au dernier transporteur au plus tard soixante (60) jours après la date de la livraison de la marchandise ou, à défaut de livraison, au plus tard six (6) mois après la prise en charge de la marchandise».

L'institution de la réclamation gracieuse est une récupération et une introduction par l'Acte uniforme des solutions établies par le droit administratif et, de manière indirecte, dans certaines matières relevant du droit privé[724].

Relativement à la forme, la réclamation doit se faire par écrit. Sachant que l'Acte uniforme a une conception assez large de l'écrit[725], on peut en déduire qu'aucune forme particulière d'écrit

718-V.E. BOKALLI et Dorothé C. SOSSA, Op. Cit., p. 100 et s.
719-CA Toulouse, 5 décembre 1979, BT. 1980, p.13.
720-Cass. Com., 14 mars 1995, BTL. 1995, p.248.
721-Voir L. BRUNAT, «Préjudice indemnisable», BT. 1982, p.438.
722 -Article 18 alinéa 2 de l'AUCTMR.
723- Ibid. alinéa 1.
724-V.E. BOKALLI et Dorothé C. SOSSA, Op. Cit., p. 121.
725-Voir dans ce sens K. OUATTARA, Op. Cit.

n'est exigée. Mais la preuve de la réception par le transporteur de l'écrit doit être mise à la charge de celui qui s'en prévaut, en l'occurrence l'ayant droit à la marchandise[726].

Bien que l'Acte uniforme n'ait pas précisé le contenu de la réclamation écrite, l'on pense qu'il doit s'agir d'une véritable réclamation renfermant par conséquent une demande d'indemnisation suite aux dommages survenus aux marchandises.

La réclamation écrite préalable constitue à l'analyse, une cause d'extinction de l'action en responsabilité contre le transport qui intervient lorsque l'ayant droit à la marchandise n'a pas réclamé par écrit l'indemnisation dans un certain délai. Il s'agit d'une véritable forclusion qui s'analyse sur le plan procédural comme une fin de non-recevoir, c'est-à-dire un moyen de défense qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande sans examen du fond[727].

L'explication la plus plausible de cette forclusion pourrait être recherchée dans la volonté du législateur OHADA de limiter le contentieux judiciaire en privilégiant la voie de la transaction amiable[728]. Nous souscrivons entièrement à cette thèse, car cela prouve que la volonté du législateur OHADA est d'encourager les parties à une franche collaboration et entente et que le recours aux juridictions de l'ordre judiciaire ne soit que la dernière alternative[729].

En ce qui concerne la preuve du dommage, il faut noter que l'inexécution ou l'exécution défectueuse du contrat de transport entraîne la responsabilité du transporteur. Cette responsabilité sera engagée, comme en droit commun, à partir du moment où il y aura un dommage, une faute, une présomption de faute et un lien de causalité entre eux. En effet, le transporteur étant de plein droit responsable, l'ayant droit à la marchandise n'a pas à prouver la faute du transporteur, ni à établir le lien de causalité. La présomption de responsabilité se double d'une présomption de causalité: dès qu'un dommage est observé à l'arrivée, il est réputé être survenu en cours de transport, à moins que le transporteur en cours de transport n'ait fait des réserves lors de la prise en charge. Mais l'action ne pourra prospérer que lorsque d'une part, le destinataire a pris livraison et à respecter ses obligations liées à cette phase du contrat. D'où le lien très étroit entre ses droits et obligations avec ceux du transporteur.

b – Le plafonnement de l'assiette de l'indemnité

La base de calcul de l'indemnité pour une perte ou une avarie est la valeur de la marchandise, mais, l'article 18 impose un plafond à l'indemnité qui peut être réclamée au transport. Une telle limitation est usuelle dans les conventions relatives au transport: les conventions sur les transports aérien, maritime et ferroviaire en prévoient, comme l'a fait la CMR (article 23)[730].

726-V.E. BOKALLI et Dorothé C. SOSSA, Op. Cit., p. 122.
727-Ibid. p. 124.
728-Ibidem.
729-Une telle solution est admise dans le domaine de l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation: article 230 et s. du Code CIMA; voir d'une manière générale: A.-M.-H. ASSI-ESSO, J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, CIMA: *Droit des assurances*, coll. Droit Universitaire Africain, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.425 et s.
730- N. LACASSAE et J. PUTZEYS, Op. Cit., p. 711.

l'article 18.1 de l'AUCTMR fixe l'indemnité maximale à 5000 francs CFA[731] par kilogramme de poids brut de la marchandise, sauf s'il y a eu déclaration de valeur ou d'intérêt spécial à la livraison sur la lettre de voiture. Lorsque de telles déclarations existent, le montant déclaré constitue le plafond d'indemnisation[732].

Si un retard cause des dommages autres que l'avarie ou la perte de marchandise, l'indemnisation de ces autres dommages ne peut excéder le prix du transport[733].

CONCLUSION

A la question de savoir si le contrat de transport de marchandises par la route est un contrat type ou laissé à la liberté des parties, la réponse n'est pas facile à donner. Une convention classique consacre l'expression de la volonté des parties: c'est le principe de l'autonomie de la volonté. Mais à l'analyse, le législateur OHADA n'a laissé que très peu de marge de manœuvre pour l'expression de cette autonomie de la volonté des parties.

A l'instar de l'article 41 de la CMR, l'article 28[734] de l'Acte Uniforme relatif aux Contrats de Transport de Marchandises par Route une législation de droit impératif[735]. Il est donc absolument interdit aux parties au contrat de déroger aux dispositions de l'AUCTMR, auf dans les quatre cas identifiés à l'article 28 alinéa 1: forme des écrits (article 2-c), paiement des créances résultant de la lettre de voiture avant livraison (article 15.1), recours entre transporteurs (article 24.3) et juridiction compétente (article 27). Le législateur a non seulement étendu le domaine d'application de l'AUCTMR mais également a rendu impératives ses dispositions dans l'espace OHADA. Une telle initiative répond aux objectifs du Traité OHADA d'élaborer des règles harmonisées, uniformisée, modernes et précises et claires pour garantir la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA. Le législateur OHADA a le mérite d'avoir surmonté les difficultés ne lui imposait la prise en compte simultanément de règles adaptées aux transports internationaux et nationaux de marchandises par la route dans tous ses États membres.

Mais s'il convient de louer les efforts fournis à la concision et la précision des dispositions impératives de l'AUCTMR, il reste cependant que l'on relève quelques insuffisances notées et qui méritent un réexamen de l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par la route. En effet, la définition du contrat de transport de marchandises par la route est trop large et très vague dans sa formulation. Le législateur doit essayer de trouver une synergie entre les dispositions des articles 1, 2 et 3 de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant sur le Droit Commercial Général et celles de l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par la route. L'objectif serait de tracer de façon claire et précise la frontière entre les contrats de transports de marchandises qui relèveront du droit commun des contrats

731-L'équivalent de 6,28 DTS environs.
732-Article 18 alinéa 2 de l'AUCTMR.
733-Article 18 alinéa 3 de l'AUCTMR.
734-Article 28 alinéa 1 de l'AUCTMR: «Sous réserve des dispositions des articles 2c), 15 alinéa 1, 24 alinéa 3 et 27 ci-dessus, est nulle et de nul effet toute stipulation qui, directement ou indirectement, dérogerait aux dispositions du présent Acte uniforme. La nullité de telles stipulations n'entraîne pas la nullité des autres dispositions du contrat».
735-Voir N. LACASSAE et J. PUTZEYS, Op. Cit., p. 720; - Voir également M. K. BROU, Op. Cit., p.395.

purement et simplement, et ceux qui relèveront spécifiquement de l'Acte uniforme relatif aux contrats de transport de marchandises par la route qui est dérogatoire au droit commun. C'est le cas lorsque toutes les parties au contrat de transport sont des occasionnels c'est-à-dire se sont livrées à une telle opération mais de façon isolée. Une telle clarification et précision permettrait également d'encadrer la situation de l'entreprenant qui est un nouvel acteur du monde des affaires qui doit sa création au législateur OHADA lors de la révision de l'Acte uniforme portant sur le Droit commercial général en décembre 2010. Si ce dernier entre autres activités se lance dans le transport des marchandises par la route, il convient d'encadrer son intrusion dans ce domaine surtout pour lui assurer une protection nécessité par son inexpérience et son manque de professionnalisme dans un domaine aussi sensible et lourd de conséquence en terme de responsabilité.

Mais, en consacrant une véritable collaboration et une solidarité avec bonne foi doublé d'une exigence d'exécution dans la transparence des obligations à la charge des parties au contrat de transport de marchandises par la route, le législateur OHADA a fait preuve d'une innovation qu'il convient de saluer à sa juste valeur. En effet, liées par des obligations interdépendantes et ayant des liens de connexité évidents, les parties ne peuvent qu'exécuter correctement le contrat de transport et d'éviter ou de limiter tout risque de dommage. Dans le cas contraire, sauf dans les cas exceptionnels où toutes les parties n'ont pas les moyens de faire autrement du fait qu'aucune d'elles n'a de l'expérience et de connaissances particulières dans le domaine, il est évident que l'établissement de la preuve de la violation de leurs obligations ne posera aucune difficulté et leur responsabilité mise en œuvre.

De là, il est évident de reconnaître la valeur de l'œuvre à partir de la qualité des règles adoptées. En effet, le législateur OHADA a opéré une démarcation et un retour au droit commun des contrats[736]. La démarcation est évidente lorsque, d'une part, rejetant la théorie des vices du consentement, il récuse l'annulation du contrat comme sanction de la réticence, des fausses déclarations ou dol de l'expéditeur que du transporteur; d'autre part, lorsqu'il édicte des sanctions spécifiques (d'une côté, refus de transport, déchargement, destruction ou neutralisation des marchandises; de l'autre, perte de tout droit d'invoquer une cause d'exonération et perte du bénéfice de la prescription annale et de celui du plafonnement de l'indemnité). Ce faisant, le législateur OHADA confère au transporteur un pouvoir unilatéral pour mettre un terme au contrat de transport avec l'anéantissement de ses effets. Une telle option permet de conclure que le droit OHADA s'inscrit dans la nouvelle tendance qui se renforce dans le droit contemporain des obligations de favoriser des solutions qui tendent à la survie du contrat et non à inciter ou conduire à sa disparition (confirmation ou régularisation, réfaction du contrat). De même, le droit OHADA apporte en quelque sorte «sa pierre» à l'*unilatéralisme* qui se développe en matière contractuelle, faisant ainsi écho à la jurisprudence de la Cour de cassation française qui reconnaît désormais à un créancier de mettre fin de façon unilatérale au contrat, à ses risques et périls, en raison de la gravité du comportement de son cocontractant.

736-Voir A. AKAM AKAM, Op. Cit., p. 1684.

Par contre, il y a recours au droit commun quand l'AUCTMR fait application des règles de la responsabilité civile contractuelle avec cependant quelques nuances, notamment à propos de la sanction de la déclaration mensongère, de documents, espèces ou marchandises de grande valeur.

Selon le professeur André AKAM AKAM, ce choix «dialectique» du droit OHADA procède d'un véritable pragmatisme juridique qui, au gré des impératifs économiques ou moraux, l'amène soit à adopter des règles originales qui interfèrent sur la théorie générale du contrat, soit à reconduire des solutions qui sont simplement une application du droit commun, ce qui témoigne de ce qu'un droit spécial ne saurait avoir la prétention de régir de manière exclusive une matière, si particulière soit-elle[737]. Au final, l'AUCTMR est la preuve que la juxtaposition des règles générales et des règles spéciales n'est pas forcément conflictuelle et peut conduire au renouveau de la pensée juridique[738].

Enfin, cette étude aura permis de se rendre compte de l'effort d'adaptation et d'internalisation des nouvelles orientations des relations contractuelles et qui visent notamment à mettre à la charge des parties outres les obligations classiques, des obligations nouvelles de bonne foi, de solidarité, de collaboration et de transparence dont le but est essentiellement de favoriser la survie et l'exécution du contrat. Seule la pratique permettra d'apprécier à sa juste valeur l'impact réel d'une telle avancée du droit des transports terrestres dans les États membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

737-Ibidem.

738-Sur l'opposition entre droit commun et droit spécial, voir R. GASSIN, *Lois et droit commun*, Dalloz 1961, chron., p.91; F. GRUA, *Les divisions du droit*, RTD civ. 1993, p.59; F. POLLAUD-DULIAN, *De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires*, RTD com. 1997, p.349; *Du droit commun au droit spécial – et retour, in Mélanges* Y. GUYON (Aspects actuels du droit des affaires), Dalloz, 2003, p.925.

Les enjeux de la société coopérative : évolution et perspectives

Véronique SARR

Enseignant-chercheur/Université de Ziguinchor

La crise financière de 2008 dite des « subprimes » marquée par la chute de la banque Lehman and Brothers qui se poursuit aujourd'hui par la crise des banques européennes nous interpelle sur la pérennité du système « tout capitaliste ». Les difficultés actuelles rencontrées par le système économique obéissant aux lois du marché, et à une course au profit, n'est pas la fin du système mais le signe d'une mutation profonde du capitalisme et le révélateur d'un processus démocratique qui se cherche un nouveau souffle[739].

En effet les termes d'économie plurielle, d'économie alternative sont de plus en plus avancés pour caractériser les changements actuels de l'économie. A la course effrénée aux profits et aux dividendes de nouvelles valeurs, de nouveaux projets de société apparaissent. Dans cette pluralité économique[740] le modèle coopératif ressurgit.

Après avoir été décriées, notamment dans les années 1970, les sociétés coopératives sont aujourd'hui vues avec faveur par les pouvoirs publics, notamment dans le cadre européen[741]. Ainsi, la Commission a publié le 23 février 2004 une communication sur la promotion des sociétés coopératives en Europe[742], mettant en exergue leur dynamisme et leur capacité à faire face à la morosité ambiante grâce à leur capacité d'adaptation et d'innovation.

Dans le cadre de ce mouvement de faveur le Conseil des ministres de l'OHADA a adopté le 15 décembre 2010 à Lomé (Togo), l'Acte uniforme portant droit des sociétés coopératives.

Le mouvement coopératif et mutualiste est un acteur économique tant au plan local, régional qu'international qui compte plus de 800 millions de membres répartis dans plus de cent pays. Les trois cents plus grandes coopératives et mutuelles mondiales constituent, à elles seules, une puissance économique équivalant à la 10ème économie mondiale. On estime à trois milliards le nombre de personnes concernées directement par les entreprises coopératives. Les Nations Unies estiment que la vie de la moitié de la population de la planète dépend significativement des entreprises coopératives.

Dans le secteur bancaire, les banques coopératives et mutualistes jouent un rôle majeur dans les économies de l'Union Européenne. Elles interviennent dans la vie quotidienne de presque 160 millions de citoyens. Elles comptent quatre mille organisations locales et banques

[739] Principes d'économie solidaire, E. Dacheux, D. Goujon, ellipses, 2011, p.7

[740] La contribution des coopératives à une économie plurielle, J. Blanc et D. Colongo, in Les cahiers de l'Economie sociale, Les contributions des coopératives à une économie plurielle, Recma éd. L'Harmattan 2011, p.9

[741] Bull. Joly Sociétés Avril 2005, Rép. Min. PME n°44679, JOAN Q n°11, 15 mars 2005, p.2801

[742] cf. aussi, pour l'intérêt de l'Etat français, Rép. min. à QE n° 44679, JOAN Q. 15 mars 2005, p. 2801, Bull. Joly Sociétés 2005, p. 536

régionales, approximativement soixante mille agences, quarante-neuf millions d'associés ou sociétaires. Elles emploient sept cent cinquante mille personnes, créent douze mille emplois chaque année et consacrent en moyenne 4% des charges de personnel à la formation.

En Afrique, ce n'est pas en termes de chiffres d'affaires, ou de part dans le PIB que nous devons établir la place de la coopérative. En effet ces chiffres ne sont pas significatifs de la réalité. Il faut tout d'abord relever que le mode de la coopération est un mode traditionnel de gestion de la terre. Elle n'appartient pas à une personne, mais à une famille. Ce principe de coopération se trouve encore dans la législation foncière issue de la loi du 17 juin 1964 plaçant 95% des terres sous le régime du domaine national. Le système communautarise est un mode de pensée traditionnel des groupements familiaux, professionnels, artisanaux dont la réussite passe avant tout par l'émergence du groupe avant la réussite individuelle.

A la différence de l'entreprise classique de capital fondée sur la répartition des bénéfices, la coopérative et le mutualisme ont pour soubassement l'entraide, la coopération et la démocratie. Contrairement à la société de capital qui est enfermée dans le dilemme développement social/profit, la coopérative, met en œuvre une logique économique orientée sur la dimension collective de l'entreprenariat. La coopérative répond à la pluralité économique de plusieurs façons.

Sa dimension plurielle se manifeste dans la grande variété de ses formes qui viennent renforcer une dynamique continue d'innovations organisationnelles. Son engagement local en fait une partie prenante de la dynamique du développement local dans lequel interviennent une pluralité d'acteurs dans des objectifs eux-mêmes pluriels et irréductibles au seul motif de profit.

Enfin, la coopération n'est pas seulement une conception de l'entreprise. Elle porte aussi une conception de l'économie fondée sur le respect de l'être humain et sur la volonté de vivre et d'agir ensemble. Par l'ensemble de ces dimensions, la coopération met ainsi en œuvre l'idée de l'économie plurielle.

Les premières civilisations étaient à caractère collectif. Certaines le restent encore de nos jours. Dans ces sociétés, l'individu trouvait dans le groupe protection et moyens matériels de vivre. Mais peu à peu la rigueur de ces structures collectives va s'atténuer laissant place à l'individualisme qui devient la pensée dominante au XIX^{ème} siècle.

C'est à cette période qu'apparaît la révolution industrielle entraînant un départ massif des paysans vers les villes. Leurs conditions de vie très difficiles développent en eux un besoin de rapprochement et d'entraide. Vont ainsi apparaître les coopératives ouvrières et les coopératives agricoles. La spécificité de la coopérative et de la mutuelle c'est sa diversité. En effet les attentes des regroupements du monde paysan sont à l'opposé de celles du monde ouvrier. La coopérative agricole regroupe des producteurs agricoles qui vont se mettre ensemble afin d'optimiser la vente de leur production.

Le regroupement des ouvriers va aller dans le sens de l'entraide et du soutien mutuel dans un esprit de fraternité. Mais au-delà de cette diversité, les coopératives développent des valeurs communes basées sur l'entraide et la solidarité.

L'idéologie coopérative classique apparaît en Europe au début des années 1800 sous l'influence de deux facteurs. D'une part, la classe ouvrière qui vit dans des conditions d'extrême pauvreté va rechercher dans la solidarité du groupe une amélioration de ses conditions d'existence. D'autre part la population ouvrière influencée par la pensée du socialisme utopiste prône l'épanouissement économique et social de l'individu par l'organisation collective et égalitaire de la société.

Fortement marquée par la pensée socialiste, les sociétés coopératives ou mutuelles ont continué à se développer et à prospérer dans les économies libérales. Les coopératives sont nées dans tous les domaines de l'activité économique du secteur primaire au secteur tertiaire des services.

Il faut s'interroger sur les succès de cette forme spécifique de l'entreprise qui prône l'intérêt du groupe tout en conciliant les libertés de la personne, conquête de l'individualisme, avec le retour au collectif héritage de la pensée socialiste[743].

Le droit nous apporte un début de réponse. Par une analyse comparative entre la société de capitaux et la société coopérative on sait que la société de capitaux vise la recherche des bénéfices en vue de les partager entre les propriétaires de parts ou actions sociales alors que la coopérative place l'homme au cœur de son développement, elle ne fait pas le partage des bénéfices sa finalité.

Le modèle coopératif est un modèle qui recentre l'économie sur les besoins sociaux. Il ne répond pas à la logique du tout profit mais à une logique de satisfaction des besoins du groupe, pour son mieux être.

Dans un contexte marqué par la recherche d'un nouvel équilibre, prenant mieux en compte les exigences de développement durable, de préservation de l'environnement mais aussi du développement social, la coopérative peut être une réponse pour le développement d'une économie alternative[744].

Face à cette évolution des économies de l'Ouest en quête d'un nouvel équilibre, il faut s'interroger sur la place que l'Afrique va donner à ce changement. Quelle va être sa réceptivité face à ce mouvement démocratique et solidaire.

La zone OHADA a depuis le milieu des années 1990 outillé les acteurs économiques d'instruments juridiques visant à relancer et à renforcer les investissements des entrepreneurs. L'ensemble du dispositif juridique répond à la logique économique du capital et du retour sur investissement. Il est bien loin le socialisme africain du Président L.S.Senghor qui se voulait

[743] G. Lasserre, La Coopération, P.U.F., 1959, p. 122

[744] L'autre économie, une économie alternative B. Levesque, A. JOYAL, et O. Chouinard, Etudes d'économie politique, Presses de l'Université du Québec, 1989

être une voie moyenne entre le libéralisme et le communisme[745]. Mais face à ces entreprises de capital, le tissu économique africain fait apparaître l'existence de structures regroupant des hommes et des femmes en quête d'un mieux être social. Ainsi, à côté des entreprises de capitaux gérées par l'Acte uniforme sur le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE), il existe un tissu économique pluriel. Parmi ces acteurs, nous devons relever la présence des coopératives et mutuelles. Ces coopératives sont répandues dans l'ensemble du tissu économique. Elles se sont déployées dans un premier temps dans le monde rural par la mise en place de coopératives agricoles et d'élevage mais la coopérative est peu à peu devenue un outil de développement et de promotion sociale. On a assisté à la création de coopératives d'habitats, d'établissements de micro-finance, ou de coopératives d'encadrement et de promotion de l'activité artisanale.

En termes de chiffres la Confédération Sénégalaise des Sociétés Coopératives et Mutualistes (CSCM) regrouperait 923 597 membres[746], mais toutes les coopératives ne sont pas membre de cette Confédération.

En dehors des organisations membres de la CSCM, il existe également d'autres structures coopératives, dont notamment l'Union nationale des coopératives d'exploitants forestiers (UNCEFS), l'Union Nationale des coopératives de consommation, l'Alliance de Crédit et d'Épargne pour la Production (ACEP), la coopérative laitière CIPPAM …

La coopérative au Sénégal est une réalité économique, financière et humaine. Dans la même logique que les premiers Actes uniformes, l'OHADA a senti la nécessité d'élaborer un Acte uniforme sur les sociétés coopératives. Cet Acte répond avant tout à un souci d'harmonisation des législations dans les dix-sept Etats membres.

Mais au-delà de cet aspect purement technique, l'avènement de l'AUSCOOP est aussi un changement dans la pensée économique. La coopérative s'inspire de la pensée socialiste pour créer un outil économique solidaire et démocratique. C'est à partir de ces valeurs que nous analyserons les orientations prises par le législateur communautaire ainsi que les outils pour promouvoir ces valeurs.

I. La coopérative une conception différente de l'entreprise

Le système coopératif est généralement considéré comme la voie médiane entre le socialisme et le capitalisme. En effet, la coopérative cherche à « concilier les libertés de la personne, conquêtes de l'individualisme, avec le retour au collectif »[747] qui caractérise notre époque. C'est à travers l'évolution du mouvement coopératif que nous pourrons relever les valeurs qui ont fait de la coopérative une organisation collective au profit du développement de

[745] L'organisation coopérative au Sénégal, M. Camboulives, Ed. Pedone, 1967, p. 5

[746] Le mouvement coopératif au Sénégal, Comprendre les enjeux de son développement, juin 2008, M. Gagné, G. Carré, M. Fall, SOCODEVI, p.20

[747] G. Lasserre, La coopération, PUF, 1959, p.22

l'individu. Cette quête de valeurs démocratiques est le résultat d'un mouvement endogène[748] des travailleurs pour un mieux être économique et social. La coopérative opère une césure avec l'approche de l'entreprise capitaliste.

Mais en Afrique et notamment au Sénégal, pays qui servira de base à notre réflexion, la coopérative a d'abord été un instrument économique au service du politique.

A. Une approche alternative de l'entreprise

La coopérative trouve ses origines dans le socialisme utopique, mais doit son développement à la consécration de ses valeurs.

a. Le socle de la coopérative : Le socialisme utopique

C'est en Angleterre et en France, au cours des années 1830-1840, là où l'extension de l'industrie produit déjà ses premiers effets sociaux (concentration des ouvriers dans les grandes villes, précarité économique, isolement social, multiplication des accidents du travail et des maladies), que de nouveaux modèles d'organisation vont se développer à l'initiative de la classe ouvrière et paysanne, de la bourgeoisie et de l'Etat. Ces projets sont d'une grande diversité, mais ils convergent vers un objectif commun : améliorer les conditions de la population ouvrière et des paysans.

Ces projets sont développés sous l'influence des socialistes utopistes tels que Owen, Fourier ou Cabet. La doctrine développée par ces auteurs souhaite faire de l'égalité et de la solidarité des valeurs essentielles de la vie sociale, contrairement au libéralisme bourgeois qui défend avant tout la liberté individuelle. Ensuite les utopies sociales convergent dans les solutions avancées pour mettre fin aux injustices de la société industrielle.

Sur un plan général, elles voient la solution aux problèmes d'inégalité dans des réponses proprement économiques et non dans une éventuelle réforme des institutions politiques. C'est en effet la réorganisation plus humaine du système de production et la répartition plus équitable des fruits du travail qui peuvent permettre aux travailleurs de sortir de la précarité sociale. La restructuration de l'économie est donc une question de justice. Il s'agit de permettre à la masse des travailleurs de profiter équitablement des richesses qu'ils contribuent à produire.

Cette pensée, est mise en œuvre par des projets lancés dans les années 1830-1840 qui ont pour objectif de remplacer le libéralisme économique par des solutions communautaires reposant sur l'association volontaire de tous les travailleurs et la mise en place d'une organisation de la production plus collective et coopérative. C'est en effet dans l'association des volontés et la mise en commun de ressources que les auteurs voient la possibilité d'une société industrielle heureuse.

[748] Revue de l'ERSUMA Droit des affaires-Pratique professionnelle n°1 Juin 2012, Aspects Conceptuels et Evaluation de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif aux Sociétés Coopératives, A.B. THIAM

Dès les années 1830, Robert Owen brillant industriel du comté de New Lanark (Ecosse) souhaite améliorer les conditions de ses travailleurs pour leur assurer des conditions de vie décentes et de meilleures conditions de travail. C'est ainsi qu'il améliore les logements de ses ouvriers, permet l'accès aux soins, ou encore diminue le temps de travail et augmente les salaires.

La philanthropie patronale d'Owen est peu suivie par le patronat anglais. Mais sa pensée va inciter les travailleurs à s'organiser afin de défendre leurs droits et d'améliorer leurs conditions de vie.

Dés 1825 les unions de métiers (*trade unions*) sont légalisées. Le gouvernement consent ensuite le regroupement de tous les ouvriers dans une grande union nationale du travail. Par ailleurs apparaissent les premières coopératives ouvrières de production.

En France, le mouvement coopératif connaît un développement plus limité. Pour la bourgeoisie libérale, la liberté syndicale comporte le risque de voir se former des « coalitions professionnelles ». Dans ce contexte prohibitif, les premiers projets prônant l'organisation de communautés de travail sont le fait d'intellectuels dont le « Phalanstère » de Fourier.

Proudhon va vanter les mérites des « associations ouvrières ». Ces sociétés s'appuient sur un principe d'organisation qui repose sur un échange égalitaire et librement consenti : le mutuellisme.

Le mutuellisme permet aux individus ou aux groupes économiques de développer des actions fondées sur le soutien mutuel entre tous les membres associés. Loin des formules « autoritaire » du capitalisme ou du communisme, l'échange y est garanti par la réciprocité des engagements. Dans un tel système, la responsabilité individuelle n'est pas mise en cause puisque chaque associé reste libre de ses actes et réalise les choix qui lui semblent les plus opportuns. Le mutuellisme de Proudhon est basé sur la recherche de l'utilité commune (contrairement à la pensée libérale fondée sur la quête effrénée du profit individuel). Mais le système n'est possible qu'en préservant l'autonomie et la liberté individuelle[749].

Les principes de libre adhésion et de solidarité, c'est-à-dire d'action par le groupe pour le groupe vont être les fondements de la coopérative. Ces principes deviennent les valeurs de la coopérative et du mutuellisme.

b. Les valeurs prônées par le mutuellisme

Les coopératives correspondent à un type spécifique d'organisation économique répandu dans le monde entier selon des principes identiques.

Les coopératives présentent des caractéristiques propres. Elles disposent d'un mécanisme de décision – le principe « un homme, une voix »,- qui associe l'ensemble des adhérents à la gestion de l'entreprise. Les coopératives permettent aux PME d'acquérir certains avantages. En particulier, elles assurent des économies d'échelle, facilitent l'accès aux marchés et développent une gestion et une formation de meilleure qualité.

[749] Histoire des idées politiques, O. NAY, ed. Armand Colin, 2007

Par référence aux travaux de Charles Gide notamment dans son ouvrage sur les associations coopératives agricoles[750], la coopérative a des caractères qui lui sont propres. Parmi ces caractères certains retiendront notre attention du fait de leur pérennité dans le temps et leur consécration dans les principes fondateurs de la coopérative.

Le premier caractère et certainement le plus important c'est la solidarité entre les membres. Charles Gide l'a qualifiée « d'épine dorsale ». Que signifie ce principe de solidarité. Par ce principe chaque associé est responsable pour tous de toutes les dettes de l'association. A la constitution des premières coopératives qui sont apparues au milieu du XVIII^{ème} siècle dans la Prusse Rhénane sous l'appellation de caisse rurale Raiffeisen, du nom du donateur des premiers fonds, les prêts des coopératives étaient accordés en faveur des paysans. Or, à l'époque comme de nos jours, on ne prête pas à des pauvres. « Pourtant si chacun de ces pauvres répond pour tous, alors cette chétive solvabilité, multipliée par 50 ou par 100, devient aussi solide et même plus que la responsabilité d'un seul riche[751] ». En plus de cette solidarité générale, il est de règle que l'emprunteur fournisse en outre deux cautions parmi les membres. Ce principe de la caution entre les membres se retrouve dans le système du micro-crédit. Ce principe de la solidarité ouvre un droit naturel de surveillance des uns à l'égard des autres et vice et versa mais aussi un contrôle des membres à l'entrée.

Un autre caractère est le champ d'intervention. Celui-ci est limité dans l'espace. Ce principe se retrouve dans les valeurs de la coopérative d'aujourd'hui qui a un champ d'intervention limité dans l'espace. Ceci explique le maillage sur l'ensemble du territoire national des grandes mutuelles d'épargne et de crédit comme le Crédit Agricole en France ou le Crédit Mutuel au Sénégal.

L'entrée dans la coopérative se fait par l'adhésion contrairement à la société de capitaux qui imposent un apport initial. Ce sont les adhésions qui vont constituer le capital. Dés lors qu'il n'y a pas de capital, il n'y a pas d'action et donc pas de dividendes. De ce fait la non distribution des bénéfices va permettre l'augmentation du capital. Raiffeisen comptait que, si petit que fût ce capital initial, s'accumulant de génération en génération, il ferait la boule de neige pour constituer un gros capital collectif mis au service des membres. Ce principe trouve son illustration dans les mutuelles de santé qui accordent des bonus aux adhérents justifiant d'une certaine ancienneté notamment sous la forme d'une augmentation des forfaits de remboursement des dépenses de santé.

Le dernier caractère de ces coopératives que nous devons relever est son fondement démocratique matérialisé par le principe d'un homme une voix. De ce fait les décisions sont prises par les sociétaires dans l'intérêt des sociétaires et non d'un groupe en particulier.

Ces principes fondateurs des caisses rurales de type Raiffeisen, se retrouvent dans les caractères fondamentaux de la coopérative notamment dans la définition de la coopérative retenue par le Bureau international du travail qui la définit comme « une association de

[750] Les associations coopératives agricoles, Ch. Gide, Cours sur la Coopération au Collège de France Déc. 1924, p.54
[751] Les associations coopératives agricoles, Ch. Gide, Cours sur la Coopération au Collège de France Déc. 1924, p.55

personnes qui se sont volontairement groupées pour atteindre un but commun par la constitution d'une entreprise dirigée démocratiquement, en fournissant une quote-part du capital nécessaire et en acceptant une juste participation aux risques et aux fruits de cette entreprise au fonctionnement de laquelle les membres participent activement »[752].

Dans son article 1er de la loi du 10 septembre 1947 la société coopérative est définie comme suit : « les coopératives sont des sociétés dont les objets essentiels sont :

1° de réduire, au bénéfice de leurs membres et par l'effort commun de ceux-ci, le prix de revient et, le cas échéant, le prix de vente de certains produits ou de certains services, en assumant les fonctions des entrepreneurs ou intermédiaires dont la rémunération grèverait ce prix de revient ;

2° d'améliorer la qualité marchande des produits fournis à leurs membres ou de ceux produits par ces derniers et livrés aux consommateurs ;

3° et plus généralement de contribuer à la satisfaction des besoins et à la promotion des activités économiques et sociales de leurs membres ainsi qu'à leur formation[753]. »

Au-delà de ces principes de fonctionnement, est venu s'ajouter la formation des adhérents. Le bon fonctionnement de la coopérative exige que son dirigeant soit élu par les membres c'est le principe même de la démocratie. Partant de ce principe, tout membre est un potentiel dirigeant. De ce fait il apparait nécessaire de mettre en place un processus de formation des membres afin de les initier non seulement aux valeurs de la coopérative mais aussi au fondamentaux de la gestion. La formation apparaît donc être un des piliers porteur de la coopérative sans laquelle celle-ci est vouée à la sclérose et à l'obsolescence.

A l'opposé du mouvement coopératif en Europe, le développement de la coopérative en Afrique s'est fait sous l'impulsion de l'Etat. En France la coopérative, notamment la coopérative agricole est venue répondre à un besoin de financement des paysans, mais aussi d'une structuration du circuit de vente. Au Sénégal, la coopérative est d'abord un héritage. Son objectif était non seulement la structuration du circuit de distribution mais on a voulu faire de cet instrument un outil au profit du développement. La coopérative au Sénégal ne répondait pas aux valeurs de base de l'institution mais à un objectif politique.

B. La coopérative au Sénégal

Afin de contrer le circuit de l'arachide des commerçants « *blancs* », le Sénégal devenu indépendant, a favorisé le développement des coopératives agricoles déjà existantes en les soutenant tant sur le plan financier que sur le plan organisationnel.

[752] Lamy sociétés commerciales 5201 éd. 2011- Lamyline .fr

[753]Cass. Com., 23 mai 2006, n°04-20,198, D, 2006, p. 1894, RJDA 2006, n°922, JCP G 2006, IV, n°2341, JCP E 2006, 2123

a. La genèse de la coopérative

Au Sénégal, c'est dans le monde rural que va apparaître la coopérative. Il faut cependant relever que son développement est largement lié à l'intervention de l'Etat. Dans la vision européenne et Nord américaine notamment québécoise, les sociétés coopératives émanent de l'initiative privée, alors qu'au Sénégal elles sont apparues et se sont développées sous l'impulsion de l'Etat.

Il ressort de l'étude du mouvement coopératif sénégalais trois périodes. Une première période marquée par un encadrement étatique fort, une deuxième de déclin et enfin une période de redynamisation de la coopérative sous l'impulsion de l'initiative privée.

Dans sa première phase, le mouvement coopératif est lié à la construction de l'Etat et à la mise en place d'un circuit de production et d'écoulement de la production agricole essentiellement arachidière. Il résulte des textes fondateurs de la coopérative, que celle-ci dépend d'un système global qui l'encadre et conditionne aussi bien sa vie juridique que son activité économique. Le développement de la coopérative est largement lié d'une part à son héritage colonial et d'autre part à la pensée du socialisme africain. Concernant l'héritage colonial, les expériences menées depuis 1910 ont été nombreuses pour implanter la coopération en Afrique.

Dés l'accès à la souveraineté, l'Etat a pérennisé l'organisation coopérative afin qu'elle se substitue au commerce privé issu de la période coloniale. La coopérative va être un moyen pour l'Etat de maîtriser la filière arachidière, principale ressource économique et financière du pays. Cette orientation au-delà de son aspect économique avait pour objectif politique de promouvoir le développement.

Dès lors, à côté de ces préoccupations économiques, le facteur politique joue un rôle déterminant. Cette orientation a une profonde incidence sur l'organisation coopérative. En effet, le système coopératif sénégalais repose sur l'existence de deux secteurs : le secteur étatique et administratif, appareil planificateur et le secteur coopératif regroupant la population rurale participant au développement.

Ce montage, réunit en un système unique, les coopératives, théoriquement régies par des principes démocratiques et égalitaires, reflets du libéralisme, et l'appareil planificateur représentant l'Etat autoritaire.

Ce compromis, entre promotion de l'individu et recherche de développement, semble avoir omis des paramètres sociaux[754] et notamment la structuration de la société rurale sénégalaise, très hiérarchisée à l'image des monarchies européennes. Ainsi vont s'opposer, les valeurs de la coopérative prônant des règles démocratiques et d'égalité entre les membres, et la société rurale organisée suivant les normes traditionnelles mettant en avant le respect de la parole de « *l'Ancien* ».

[754] L'organisation coopérative au Sénégal, M. Camboulives, éd. Pedone, 1967, p.4

C'est ainsi que va être institué un « *système fantôme* » obéissant à une logique politique mais sans une réalité sociale. Le système juridique de la coopérative est largement inspiré du droit de la coopération rurale française. Or, celui-ci a été modelé sur l'expérience répondant à des besoins des coopérants.

Tel n'est pas le cas au Sénégal. L'implantation coopérative résulte d'une action persuasive de l'Etat à l'égard des paysans composée à l'époque d'une population en majorité analphabète. L'adhésion à la coopérative s'accompagne non seulement par un appui financier mais aussi d'obligations juridiques qui ne sont ni expliquées ni comprises par les sociétaires. Ainsi, il leur est demandé d'approuver un bilan pour lequel ils vont endosser une responsabilité de gestion alors qu'ils ne sont pas en mesure de participer activement à l'expression démocratique faute de pouvoir comprendre non seulement les documents mais aussi les conséquences de la manifestation de leur expression. Nous devons ainsi relever que le principe du vote égalitaire consacré au sein des assemblées générales entre en opposition avec le droit coutumier qui donne une voix prépondérante aux anciens.

Cette inadaptation au contexte local du statut juridique de la coopérative rurale aux sujets de droit se double d'une inadaptation du rôle économique attendu de celle-ci. Dans la conception classique de la coopérative, elle est un instrument mis au service des coopérants en vue de leur permettre de développer leur activité. La coopérative aide au développement de l'activité du coopérant, mais ce soutien financier ou matériel exige le remboursement du coopérant. La coopérative s'inscrit dans la conception du développement économique, exigeant une production suivie d'une épargne en vue d'un réinvestissement. Or l'économie sénégalaise, et notamment l'économie rurale des années 1960 est une économie essentiellement de subsistance dont l'objectif est la production destinée à la consommation de la « concession ».

Lorsque la coopérative distribue à crédit, des engrais, des machines ou des attelages, les adhérents ne cherchent pas à optimiser leur production avec les moyens qui sont mis à leur disposition. Malgré l'augmentation des outils de production, la conception de la production reste basée sur une production vivrière d'autosuffisance alimentaire. La part destinée à la coopérative pour le remboursement des prêts et les cotisations ne sont pas intégrés dans la production à venir. Ainsi, lorsque la coopérative demande le remboursement des prêts, les paysans ne peuvent y satisfaire faute d'avoir produit plus.

Les moyens consentis par la coopérative sont juridiquement des prêts exigeant le remboursement à terme. Mais les coopérants ont une perception différente de cette aide considérée comme un don. Cette perception différente du soutien de la coopérative s'explique en partie du fait du manque d'information sur la nature juridique des biens mis à la disposition des coopérants mais aussi sur l'absence d'information sur le rôle de la coopérative qui n'est pas considérée comme une entreprise collective mais plus comme un outil de promotion politique et social.

Les fondements de la coopérative telle qu'elle s'est développée en Europe ou au Québec notamment le principe d'égalité représenté par « un homme une voix » ne correspondent pas à l'organisation sociale rurale sénégalaise.

La coopérative en Europe est née d'un besoin de la population ouvrière alors qu'au Sénégal, elle a été prise comme un modèle de développement. Ainsi le principe « d'un homme une voix », va à l'encontre de l'ordre social. Un coopérateur n'a de voix que celle que veut bien lui donner son aîné, père ou frère aîné, mais il ne peut l'utiliser contre celui qui l'a invité à exprimer son avis. Cette même difficulté se retrouve lorsque la coopérative est présidée par un chef religieux.

Au-delà de l'aspect sociologique, la coopérative est un outil économique. Comme toute entreprise d'une économie libérale, la coopérative doit répondre à une logique de rentabilité et de productivité dans l'intérêt des coopérateurs. C'est ici où réside la différence entre la société de capitaux et la coopérative. Dans la société de capitaux, les bénéfices sont distribués alors que dans la coopérative, ils sont redistribués aux coopérants sous diverses formes telles que la diminution des primes, ou une meilleure prise en charge des besoins des coopérants. Mais ce fonctionnement ne peut être pérennisé que dès lors que les coopérants remboursent leurs emprunts et paient les cotisations. Tel n'est pas le cas des coopératives sénégalaises qui sont considérées comme des donateurs et non comme des acteurs économiques. Cette perception s'explique en partie du fait de la générosité de l'Etat qui par l'intermédiaire de partenaire financier essentiellement la Banque Sénégalaise d'Investissement va favoriser le développement des prêts aux coopératives. Mais cet investissement de l'Etat dans la coopérative galvanisme son fonctionnement jusqu'à faire de la coopérative un outil de promotion social pour ses dirigeants au détriment du groupe. Phase à la récession mondiale du début des années 1990, on assiste peu à peu à un désengagement de l'Etat, les coopératives déclinent peu à peu pour retrouver un nouveau souffle émanant insufflé par entrepreneurs sociétaires eux-mêmes.

b. Vers un désengagement de l'Etat

Après les indépendances les gouvernements accordèrent un rôle essentiel aux coopératives, qui devaient jouer un rôle essentiel dans le développement des zones rurales. C'est une époque dirigiste, fortement marquée par la présence de l'Etat dans les coopératives et notamment dans le système d'achat et de commercialisation. Les coopératives sont devenues des outils du gouvernement et des organisations collectives soumises au parti du pouvoir avec ses avantages mais aussi ses inconvénients.

Au Sénégal, on assiste à la création des coopératives par l'État dont l'organisation et le fonctionnement sont fixés par l'Etat. Ce mode de gestion a détourné l'objectif final de la coopérative qui est en principe instituée au service de ses adhérents dans laquelle les coopérateurs justifient en principe d'une double qualité « d'adhérent et de bénéficiaire » qui les conduit à financer et à gérer l'entreprise coopérative dont ils sont en même temps les clients.

Cependant cette double qualité n'est pas respectée dans les coopératives constituées à l'époque. En effet une partie des capitaux ne sont pas apportés par les coopérateurs. Les coopératives jouissent d'une bonne notoriété et ont la faveur de la Banque sénégalaise de développement qui fournit la quasi-totalité des financements de la coopérative sous forme de prêts.

Par ailleurs, le principe de la ristourne, qui consiste à distribuer les excédents en fonction de l'importance des prestations effectuées par les adhérents avec la société, n'est pas appliqué suivant cette règle. En effet, la ristourne est forfaitairement fixée à l'échelon national et ne constitue donc pas une répartition des excédents ni une contrepartie au prorata de la participation du coopérateur.

Pour les paysans, les parts constituent leur droit de bénéficier des avantages de la coopérative et non comme dans les coopératives européennes, où les parts justifient le droit de participer à la vie de l'organisation. La gestion de la coopérative n'est pas faîte dans l'intérêt de ses membres mais dans l'intérêt des représentants de l'Etat et d'un groupe d'initiés. La gestion fondée en principe sur le modèle de la démocratie participative devient une gestion basée sur le clientélisme.

Mais l'introduction des programmes d'ajustement structurel à la fin des années 1980 marqués par un fort désengagement de l'Etat vont permettre de donner un nouveau souffle aux coopératives. Ce désengagement de l'Etat va donner un nouvel visage à la coopérative en lui permettant de remettre les valeurs de la coopérative notamment le principe de la gestion démocratique au cœur du système.

Cependant ces changements restent limités. En effet, l'expression démocratique requiert une compréhension du concept. Or, les coopératives se sont essentiellement développées dans le monde rural marqué à l'époque par un taux d'alphabétisme quasi nul. Cette expression démocratique est ainsi biaisée du fait qu'il n'est pas donné à la population concernée les moyens de son choix. Au delà de l'analphabétisme, les adhérents doivent être informés et formés sur l'exercice de leurs droits.

Ces années marquées par un détournement du pouvoir ont développé des réflexes individualistes qui vont à l'encontre même du système social coopératif. En effet ils ne se comptent plus ces présidents de Conseil d'administration des coopératives qui ont détourné des fonds…

C'est pour promouvoir les valeurs de la coopérative, que le législateur communautaire a offert un cadre juridique à ces groupements qui recherchent l'intérêt et l'épanouissement du groupe. La coopérative, est avant tout une initiative privée pour l'intérêt d'un groupe bien identifié. L'AUSCOOP est la consécration du désengagement de l'Etat dans l'activité économique et essentiellement dans le monde rural. Or, la coopérative s'inscrit dans la continuité et dans son histoire[755] et qui exige donc la mise en place d'un processus de promotion et de valorisation des valeurs coopératives.

La coopérative c'est avant tout une gestion différente de l'entreprise qui exige une grande capacité d'innovation pour faire face aux défis qui lui sont propres. Ce désengagement de l'Etat va nécessiter l'impulsion d'un nouveau mode de management ainsi que la promotion des valeurs propres à la coopérative pour donner à ces groupements leur légitimité sociale.

[755] Intervention de M. Ghislain Paradis, Professeur à l'université de Sherbrooke et ancien cadre dirigeant de la banque Desjardins au Québec, L'Entreprise coopérative, une alternative moderne, ed. L'Harmattan 2008, p.22

II. L'avènement de la société coopérative dans l'OHADA

A l'instar des autres Actes uniformes, l'Acte uniforme sur la société coopérative a été élaboré en vue de permettre au monde coopératif d'être soumis à une législation communautaire. Cette exigence d'unification de la législation est venue des acteurs du secteur coopératif eux-mêmes[756], contrairement aux premiers actes uniformes nés de la volonté des Etats membres. L'AUSCOOP opère une rupture avec la pratique antérieure des coopératives en mettant l'accent sur l'intérêt des coopérants et la pérennisation de la coopérative.

A. Les contours de la coopérative dans l'OHADA

Comme nous l'avons vu précédemment, la coopérative n'est pas une innovation de l'OHADA. Cependant, l'AUSCOOP se démarque des législations précédentes du fait de la rupture qu'elle opère dans l'organisation de son fonctionnement. L'AUSCOOP redonne un sens au principe de solidarité qui gouverne la coopérative, en mettant fin à la tutelle de l'Etat.

Le régime juridique prévu par l'AUSCOOP ne s'applique pas à l'ensemble des sociétés coopératives. En effet, dans le but de favoriser, entre autres, la protection des déposants et la sécurité des opérations, les sociétés coopératives qui ont pour objet l'exercice d'activités bancaires et financières restent soumises à la loi cadre relative aux systèmes financiers décentralisés (SFD). Cette loi adoptée par le conseil des ministres de l'Union Monétaire Ouest Africaine (UMOA) en 1993 a fait l'objet d'une inscription dans les ordres juridiques nationaux sous des appellations différentes même si elle est commune aux huit pays de l'union. Cependant, les dispositions de l'AUSCOOP s'appliquent dès lors qu'elles ne sont pas contraires aux dispositions spécifiques de la loi 95-03 du 05 janvier 1995 dite loi PARMEC.

Aux termes de l'article 20 de l'Acte uniforme sur la société coopérative « toute société coopérative a un objet qui est constitué par l'activité qu'elle entreprend et qui doit être déterminée et décrite dans ses statuts ».

La coopérative est définie comme « la société civile ou commerciale qui vise à l'élimination du profit capitaliste par la prise en charge au bénéfice de ses membres des fonctions de production ou d'intermédiaire »[757].

a. La consécration des principes coopératifs

Cette tutelle directe ou indirecte de l'Etat dans la gestion de la coopérative a paralysé l'épanouissement de la coopérative qui est restée dans certains pays africains, sous la structure d'une autorité rattachée à l'Etat traduisant ainsi une interférence du politique dans la gestion des coopératives. Dans certains cas, les textes de loi conféraient des prérogatives si importantes à l`Etat qu'aucune assemblée générale constitutive ou ordinaire ne pouvait se tenir sans la présence d'un représentant de l'administration. Cette interférence de l'Etat

[756] Précision faite par le Dr. Kenfack Douajni Gaston, Magistrat, Professeur HDR, au cours de la formation des formateurs de l'ERSUMA qui s'est déroulée du 3 au 7 septembre 2012 à l'ERSUMA à Porto Novo.

[757] Dictionnaire vocabulaire juridique Gérard Cornu, Association Capitant

hypothéquait dangereusement l'autonomie du mouvement coopératif au mépris des principes universels de la coopération.

Le nouvel Acte Uniforme rompt avec la tutelle et ne fait aucunement référence à une gestion des coopératives sous le contrôle de l'Etat ni à la représentation de l'autorité étatique aux assemblées. L'AUSCOOP consacre en son article 6 l'organisation et le fonctionnement de la société coopérative communautaire selon les principes universels de la coopérative.

Ainsi l'abandon de la tutelle et la libéralisation de la coopérative entraîne non seulement un changement dans la gestion et le management de la coopérative mais c'est avant tout une prise en main de leur destin déjà préconisée par le Président L. S Senghor dans son rapport de politique générale présenté au congrès extraordinaire du l'UPS à Dakar en décembre 1976[758]. En effet la coopérative est avant tout un engagement personnel et individuel des coopérants. Aussi l'entrée dans la coopérative est soumise à l'approbation de ses membres. Cet intuitu personae se retrouve dans les conditions d'adhésion à la coopérative précisées à l'article 10 de l'AUSCOOP. Le tiers postulant adresse sa demande d'adhésion à l'organe d'administration de la coopérative. La décision d'adhésion du conseil de gestion ou du conseil d'administration fait l'objet d'un entérinement par l'assemblée générale.

Cette procédure démontre de l'importance attachée à la qualité de l'adhérant et de sa loyauté à l'égard de la coopérative. C'est ainsi qu'il devra préférer vendre à la coopérative au lieu de vendre par un autre circuit. En effet la bonne santé de la coopérative dépend de l'engagement et de la participation effective des adhérents dans le fonctionnement et la gestion de leur entreprise.

La mise en exergue du principe démocratique va à l'encontre de la pratique du système clientéliste développé en marge de la coopérative. Les dirigeants de la société coopérative étant responsables devant l'assemblée générale[759], ils sont tenus de gérer suivant les principes de transparence. En effet, les coopératives constituent un modèle d'entreprise démocratique fondé sur des valeurs de responsabilité, de solidarité et de transparence. Ce sont des sociétés de personnes ayant pour finalité première de rendre des services individuels et collectifs à leurs membres. Des engagements réciproques et durables se nouent entre la coopérative et ses membres qui sont à la fois associés et clients ou producteurs ou salariés. Du fait de l'exercice de la démocratie, les comportements déviants sont sanctionnés par le vote des adhérents. Mais l'exercice démocratique c'est sortir de la fonction d'assister pour atteindre la qualité de coopérateur[760]. Ce passage exige non seulement des qualités de gestionnaire mais aussi et

[758] Dans son rapport de politique générale le Président Senghor au congrès extraordinaire du l'UPS à Dakar de décembre 1976, le chef de l'Etat fait l'observation suivante : « Certes, on a formé des hommes techniquement plus productifs, voire plus conscients de leurs besoins mais pas des hommes cultivés par ce conscients de leurs possibilités dans tous les domaines du développement.

On leur a appris à travailler mais point à se passer d'un encadrement. Bref, on ne leur a pas appris à sortir de leur fonction d'assistés pour jouer vraiment leur rôle de coopérateurs prenant en mains leur propre destin».

[759] Article 223 de l'AUSCOOP : « … L'assemblée générale élit les membres du comité de gestion parmi ses membres personnes physiques… »

[760] Cf. note N° 20 discours du Président L.S.Senghor

avant tout la maîtrise des règles démocratiques. C'est pourquoi dans ses principes, la coopérative donne une large place à l'éducation, la formation et l'information.

La coopérative en Afrique n'a pas dans le passé fonctionné suivant les principes organisationnel de la coopérative. Or ce changement dans l'organisation du pouvoir ne peut se faire sans la mise en place d'un processus de formation venant impulser le changement des comportements pour ensuite les consolider.

b. Une gestion placée sous la responsabilité de ses membres

De façon spécifique, on remarque par exemple que dans la société avec conseil d'administration, l'Acte Uniforme donne de manière générale les pouvoirs les plus étendus au conseil d'administration tel que visé aux articles 308 à 314 de l'AUSCOOP. Ce recadrage institutionnel libère les sociétés coopératives de toutes mainmise de l'Etat et leurs donnent en pratique plus de rationalité. Cependant, l'Acte Uniforme n'exclut pas l'idée d'un partenariat basé sur le respect des prérogatives entre l'Etat et les sociétés coopératives.

En constituant une coopérative les coopérants veulent diminuer les coûts des coopérants en diminuant voir supprimant les frais des intermédiaires au bénéfice de ses membres. La coopérative doit permettre de réduire, au bénéfice de ses membres et par l'effort commun de ceux-ci, le prix de revient et, le cas échéant, le prix de vente de certains produits ou de certains services en assumant les fonctions des entrepreneurs ou intermédiaires dont la rémunération grèverait ce prix de revient mais aussi d'améliorer la qualité marchande des produits finis destinés à leurs membres ou de ceux produits par ces derniers et livrés aux consommateurs.

Ainsi quel que soit la finalité de la production, la coopérative a un objectif de rentabilité. Or comme nous l'avons précisé, l'économie rurale reste encore essentiellement une économie vivrière visant une consommation familiale. La logique d'une production intensive exige une augmentation des objectifs de production. Au-delà des moyens matériels apportés par la coopérative, les coopérants notamment les paysans doivent être initiés à une vision économique nouvelle de productivité et de rentabilité.

En effet, nous devons constater que la mise à disposition de moyens est un facteur indispensable à l'augmentation de la production agricole mais à ce facteur il faut y ajouter l'apprentissage à des techniques de gestion en vue d'apporter un changement dans l'approche de la production et productivité agricole.

A cet aspect économique vient s'ajouter l'aspect technique et juridique. C'est par cette dernière approche, l'approche juridique, que la coopérative peut être non seulement un facteur de promotion individuel mais aussi un moteur du développement économique.

B. La coopérative un instrument de promotion individuelle et de développement économique

La promotion de la coopérative s'entend au sens large. En effet dans l'action de promotion s'inscrit d'une part la promotion individuelle des coopérants et d'autre part la promotion de la forme coopérative, comme instrument économique.

a. La coopérative un instrument de promotion individuelle

La spécificité de la coopérative repose sur la démocratie économique. Son développement implique l'organisation d'une démocratie interne pour permettre à la fois la plus large participation des membres à l'activité sociale et assurer par ailleurs une efficacité maximale à leur entreprise. Mais cette démocratie interne ne saurait être effective sans une formation des coopérateurs en vue de leur donner les moyens de créer une vie démocratique réelle et profonde dans l'institution[761]. Cette formation des coopérateurs s'inscrit plus largement dans la promotion collective qui va permettre à l'ensemble des travailleurs d'acquérir la formation économique et sociale nécessaire à l'exercice de responsabilités dans l'entreprise[762].

Le Sénégal justifie d'une longue tradition démocratique en démontre les dernières élections présidentielles de mars 2012[763], qui se sont déroulées dans le calme et dans le respect des résultats des urnes, malgré les tensions qui ont précédées le scrutin. Malgré cet encrage démocratique, nous devons cependant soulever le poids des traditions et la persistance des réflexes culturels parfois contraires à la démocratie. Par ailleurs, l'expression démocratique ne vaut qu'en présence d'une population éduquée et formée en mesure de comprendre les enjeux de société. A défaut l'expression démocratique ne sera que le résultat de la corruption.

L'Acte uniforme sur les sociétés coopératives impose la formation des membres. Cette formation est expressément prévue à l'article 6 de l'Acte Uniforme sur les sociétés coopératives qui précise que la société coopérative est constituée et gérée selon les principes coopératifs parmi lesquels il y à « l'éducation, la formation et l'information ». Mais ce principe de formation doit faire l'objet d'un suivi du Comité de gestion ou du Conseil d'administration[764]. Dans la répartition des résultats, les organes de gestion[765] sont tenus d'affecter une partie du résultat disponible à la formation des associés coopérateurs[766].

[761] La démocratie coopérative, Rapport présenté au Congrès National (Luchon- Juin 1963), M. Brot

[762] Vocabulaire juridique, Gérard Cornu, Association Capitant, puf, éd. 2011

[763] L'élection du Président Macky Sall le 25 mars 2012met fin à la présidence de Maître Abdoulaye Wade après 12 années passées à la tête de l'Etat

[764] Art. 108 « le comité de gestion ou le conseil d'administration expose dans son rapport de gestion l'état de promotion des coopérateurs ».

[765] Comité de gestion dans la société coopérative simplifiée « SCOOP » ou Conseil d'administration dans la Société coopérative avec Conseil d'administration « COOP-CA ».

[766] Articles 239 et 308 de l'AUSCoop

La formation fait parti des obligations de la coopérative. Cette exigence de formation résulte avant tout du principe démocratique qui gouverne la coopérative. En effet les coopérateurs disposent d'un pouvoir de décision par leur participation aux assemblées générales. Cette participation ne peut être qu'effective et réelle que si les coopérateurs sont mis dans la possibilité de juger les résultats. Ce n'est que par la formation que les coopérateurs pourront pratiquer la démocratie de contrôle[767].

Cette formation doit faire l'objet d'un plan de formation des coopérants. En effet, il ne suffit pas de prévoir la formation et d'en dégager le budget. La formation prévue est non seulement une formation technique mais aussi une formation idéologique sur les valeurs et les enjeux de la coopérative.

Concernant la formation technique, le fondement de la coopérative, comme nous l'avons précisé c'est la démocratie. Tout coopérant peut donc devenir gestionnaire ou contrôleur de la coopérative par son élection soit au comité de gestion ou au conseil d'administration ou à la commission ou encore au conseil de surveillance. Mais l'occupation d'un de ces postes ne vaut que si le coopérateur maîtrise les rouages de la gestion. En effet ces postes exigent la maîtrise d'une certaine technicité notamment en matière de gestion ou de planification stratégique. A défaut, les organes de gestion ou de contrôle risquent de devenir des organes fantômes, laissant la préparation des délibérations à des techniciens de la gestion c'est-à-dire aux « managers ». Le risque qui menace la coopérative c'est que le principe démocratique cède sa place à une gestion suivant les rouages traditionnels de l'entreprise de capital plus préoccupée de technique et de résultats commerciaux. Cette menace est d'autant plus importante que la coopérative se développe et s'informatise[768].

Cette déviation du principe démocratique peut être évitée ou du moins maîtrisée par la mise en place d'un plan de formation intégrant les techniques du management afin que les documents présentés par les fonctions supports de la coopérative (directeurs financier, directeurs techniques…) puissent être compris par les décideurs. Il est recommandé que la coopérative consacre une partie de son bénéfice à la formation des coopérants tout en élaborant un programme de formation dans la continuité.

Cette méconnaissance des rouages de la gestion et notamment de la gestion d'une coopérative est une réalité. Pour exemple nous devons citer l'affaire du Crédit Mutuel du Sénégal.

Le Crédit Mutuel du Sénégal fait l'objet d'une mission conjointe d'inspection Bceao/Ministère de l'Economie et des Finances en 2008 à la suite de laquelle trente recommandations sont émises. Une deuxième mission de vérification de la mise en œuvre de ces recommandations et sur l'examen de la situation actuelle de l'institution est effectuée du 19 septembre au 20 octobre 2011.

Le rapport de la mission conjointe de la Direction de la réglementation et de la supervision des systèmes financiers décentralisés (Drs/Sfd) et de la Bceao est accablant et dénonce le non

[767] La démocratie coopérative, Rapport présenté au Congrès National (Luchon- Juin 1963), M. Brot, p.6

[768] La démocratie coopérative, Rapport présenté au Congrès National (Luchon- Juin 1963), M. Brot, p.7

suivi des recommandations. Le Ministre des Finances de l'époque[769] dénonce dans une correspondance adressée à l'institution le 1er mars 2012, le manquement des dirigeants à leurs obligations de contrôle au détriment de l'institution et de ses membres[770].

Suite à ces manquements, le Président du conseil d'administration a estimé avoir manqué de rigueur et sans doute « trop courbé l'échine » devant le directeur du Groupe CMS[771]. Il précise par ailleurs qu'il n'a pas pu voir les éléments qui lui auraient permis de faire correctement son travail. L'affaire du CMS et notamment les propos tenus par son Président mettent en avant la nécessité de formation des coopérateurs qui loin d'être symbolique est une nécessité afin que les responsables puissent faire face aux propositions des « managers » et les acceptées ou non en toute connaissance de cause.

Au-delà de l'aspect strictement technique, la mise en place du principe démocratique exige que soit dépassées des règles issues de la coutume notamment la règle du respect des aînés ou du Chef. Cette résistance de la coutume déjà dénoncée par Marguerite Camboulives dans sa thèse sur l'Organisation coopérative au Sénégal[772] demeure une réalité. Cette difficulté est minime dans les sociétés de capitaux dans lesquelles seule la recherche du retour sur investissement prime. Mais dés lors que c'est le principe démocratique qui est le moteur de l'organisation, les règles coutumières ressurgissent.

Afin d'éviter le détournement de ces règles au profit d'un groupe, les statuts et règlements intérieurs de la coopérative doivent prévoir des mécanismes de fonctionnement interne propres à promouvoir l'expression démocratique. Ainsi sera préféré le vote secret au vote à main levée.

La démocratie exige la rationalité et notamment la gestion du temps. Les organes de gestion doivent faire un travail préparatoire aux assemblées pour que celles-ci se tiennent dans un délai de temps raisonnable. L'assemblée des associés coopérateurs est le lieu d'expression de ces derniers. Mais il ne doit pas devenir un lieu de rencontre où tout sera débattu. Au-delà de la formation technique à la compréhension des documents et du fonctionnement de l'organisation, telle qu'elle a été précédemment précisée, la coopérative doit prévoir des séances d'information sur l'expression démocratique.

Si on se réfère aux chiffres communiqués par les institutions bancaires instituées sous la forme de coopérative en France, 4% du résultat est affecté à la formation. Aussi, le processus de formation des coopérateurs doit faire l'objet d'un programme de formation, avec un suivi individualisé des bénéficiaires afin de la rationaliser.

[769] Abdoulaye Diop Ministre de l'Economie et des Finances mars 2012

[770] La Gazette du pays et du monde « Comment le crédit mutuel du Sénégal a été siphonné par ses dirigeants », jeudi 5 avril 2012

[771] PiccMI. Com, Jeudi 12 Juillet 2012

[772] L'organisation coopérative ai Sénégal, M. Camboulives, éd. Pedone, 1967

Au-delà de la formation technique, la coopérative n'est pas la société de capital. Elle a ses spécificités qui doivent non seulement être connues, comprises et renforcées. La coopérative est avant tout un instrument mis à la disposition de ses membres pour ses membres autrement dit c'est le partage équitable de la valeur entre sociétaires, dirigeants, salariés et clients.

La coopérative c'est avant tout le respect des valeurs qui lui sont propres. Ces valeurs énumérées à l'article 6 de l'AUSCOOP défendent le principe d'une gestion transparente, équitable et de proximité dans l'intérêt de ses membres.

L'affaire du CMS met en évidence le manque d'éthique des dirigeants. La bonne santé de la coopérative doit bénéficier aux membres. L'objectif de la coopérative n'est pas de distribuer des profits mais de développer la solidarité entre les membres. Ce principe de solidarité va se faire sentir par la baisse des primes demandées aux membres, ou l'augmentation des avantages qui leurs sont réservés… Cependant si ces valeurs ne sont pas connues ou mal comprises, le pouvoir va revenir aux managers.

Mais si les coopérants sont initiés aux valeurs de la coopérative notamment au principe de la solidarité, ils ne vont pas accepter que les primes soient augmentées alors que les bénéfices après affectation des réserves et du budget formation, restent très élevés. Dans cette hypothèse ils seront en mesure de justifier et solliciter le maintien du niveau des primes en l'état.

L'AUSCOOP prévoit le remboursement des frais avancés par les membres des organes de gestion et de surveillance. Mais ce remboursement ne doit pas être une façon de dissimuler des avantages accordés aux membres dirigeants. Là aussi, la maîtrise des valeurs de la coopérative va justifier le contrôle des remboursements des sommes avancées par les dirigeants.

Ce principe démocratique repose sur l'exigence de formation des sociétaires qui doivent rechercher un équilibre entre adaptation aux exigences d'une économie concurrentielle et aux valeurs de la coopérative.

Le droit coopératif est avant tout pragmatique. Au-delà des principes qui fondent la coopération, la loi intervient tantôt pour protéger les coopérateurs, tantôt pour protéger la coopérative tout en laissant aux coopérateurs le soin de préciser dans leurs statuts et, le cas échéant, leur règlement intérieur, les règles de fonctionnement qui leur apparaissent les plus appropriées pour réussir leur action commune.

Mais au-delà de la promotion individuelle et plus largement de développement de la coopérative, celle-ci peut être devenir un modèle économique alternatif au tout libéralisme. Nous pouvons ainsi relever le soutien récent de certains gouvernements en faveur du développement du mouvement coopératif. Ce soutien passe non seulement par des programmes d'information mais aussi par une évolution de la législation favorisant l'accès à la coopérative.

b. La promotion de la coopérative comme instrument de développement économique

L'année 2012 a été proclamée par les Nations Unies « année internationale des coopératives ». **Les 1,4 million de coopératives déclarées à travers le monde prendront part à cette célébration pour montrer comment elles contribuent à construire un monde meilleur.**

La résolution des Nations Unies, adoptée le 18 décembre 2009 au nom de la contribution des coopératives au développement socio-économique, est un véritable plaidoyer pour les coopératives. Elle reconnait que *« le modèle entrepreneurial coopératif est un facteur de développement économique et social majeur qui soutient la participation la plus complète possible des personnes dans le développement économique et social autant dans les pays développés qu'en développement et qu'en particulier, les coopératives contribuent à l'éradication de la pauvreté ».* L'Année internationale de la coopérative a pour objectif principal de mieux faire connaître les spécificités coopératives et plus précisément de montrer comment les entreprises coopératives bénéficient à des millions de personnes à travers le monde, en promouvant une économie au service de l'homme.

Pour reprendre les termes du Secrétaire général de l'ONU *« Les coopératives rappellent à la communauté internationale qu'il est possible d'atteindre à la fois la viabilité économique et la responsabilité sociale »*[773]*. En effet la coopérative développe les valeurs de réciprocité, de responsabilité et d'humanisme. Cette dernière valeur se retrouver dans les priorités de la coopérative qui s'implante, se développe dans un espace géographique donné. La gestion de proximité est un principe que l'on retrouve dans le fonctionnement du Crédit agricole en France. Cet établissement bancaire coopératif s'implante sur un territoire qu'il va faire vivre. Le Crédit Agricole est géré selon le principe de proximité et de développement local. Cette proximité se manifeste entre autre dans la qualité de clientèle qui est une clientèle locale. Le développement local se retrouve notamment au niveau de l'emploi, puisque le Crédit Agricole recrute son personnel dans son environnement proche. Ainsi les centres d'appels sont implantés dans les localités de déploiement des agences et recrutent un personnel local.*

Le Crédit Mutuel du Sénégal est à l'origine un établissement de micro-finance de proximité destiné à venir en aide aux populations exclues du système bancaire traditionnel. Il apparaît en 1988 dans la Région de Kaolack et s'appelle Caisses Populaires d'Epargne et de Crédit (CPEC). Le lieu d'implantation n'est pas fortuit puisque la Région de Kaolack est le bassin traditionnel arachidier.

La ville de Kaolack est une création coloniale qui a trouvé sur place le village de Ndagane aujourd'hui vieux quartier de la ville. Kaolack a été et est encore dans une grande mesure un centre important du transit de l'arachide, culture de rente du Sénégal. Autant dire que la ville a été durant longtemps l'une des plus importantes du Sénégal. Du fait de sa situation géographique à 189 kilomètres de Dakar, ce chef-lieu de région est en outre le nœud routier le plus important du Sénégal qui permet de se rendre dans les quatre coins du Sénégal. En

[773] Adresse du Secrétaire Général de l'ONU Ban-Ki Moon à l'Assemblée générale de l'Alliance coopérative internationale (ACI), Cancun (Mexique), Novembre 2011

effet Kaolack est traversée par les routes de Gambie, de Casamance, de Tambacounda, et de Thiès. Bien que sa clientèle se soit largement développée l'appui aux entrepreneurs du secteur informel demeure une cible privilégiée du CMS.

Cette sensibilisation à la coopérative et à ses valeurs doit se faire au profit de tous et notamment de la jeunesse. Ainsi nous pouvons relever le soutien du Gouvernement français dans les actions menées par l'office central de coopération à l'école et le groupement national de coopération qui œuvrent à la mise en place de la 3ème édition de la semaine de la coopération à l'école. Cette opération vise à mieux faire connaître la coopération aux enseignants ainsi qu'à leurs élèves afin de leur faire prendre conscience du champ de l'économie sociale. Cette action s'inscrit dans la durée. Elle nous rappelle la logique de développement durable à laquelle doivent être initiés les enfants en vue de construire une économie alternative[774].

La coopérative est d'abord une société de personnes en opposition à la société de capitaux qui place les valeurs démocratiques, de gestion de proximité et de développement humain au cœur de son système. Les principaux enjeux de la coopérative et notamment de la coopérative en Afrique et dans la zone OHADA sont d'arriver à concilier la croissance et la productivité avec la gestion du patrimoine et le développement durable. En effet c'est en partant de son lieu d'implantation que la coopérative va devoir élaborer les axes de son développement afin d'établir un équilibre entre la gestion de proximité et le pilotage centralisé de fonctions de plus en plus nombreuses telles que la stratégie, la gestion des risques et le marketing.

Le mutualisme ne s'inscrit pas dans un mouvement de la pensée politique venant en complément du socialisme ou du capitalisme mais il doit être plus considéré comme une manière différentes de réguler le marché, en établissant les règles de la redistribution plus en amont.

[774] Coopératives, Rép. Min. PME n° 44679, à M. B. Bourg-Broc, JOAN Q n°11, 15 mars 2005, p. 2801, Bull. Joly Sociétés avril 2005, n°4, p. 537.

OHADA et bonne gouvernance d'entreprise

Patrice S. A. BADJI

Assistant à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Avant l'avènement de l'OHADA, le droit des Etats Partie à cette institution était balkanisé. Cette situation était préjudiciable aux investisseurs étrangers. Ayant conscience que le droit est un moyen de développement[775], les Etats africains ont institué le traité OHADA en 1993[776]. Plus qu'une harmonisation, l'OHADA est une uniformisation[777]. Cette œuvre législative a pour objectif d'éliminer les divergences législatives entre les Etats membres qu'avait accentuées depuis leurs indépendances la balkanisation de leurs droits issue de la colonisation, et de faciliter ainsi les échanges économiques[778]. Son domaine d'application est prévu à l'article 2 dudit Traité.

Dans le sujet soumis à notre réflexion, deux notions retiennent le plus l'attention : entreprise et bonne gouvernance.

---

[775] Dans les premières années qui ont suivi l'accession ou le retour à l'indépendance, tous les pays du tiers Monde ont eu à se préoccuper essentiellement de leur croissance et de leur plein développement. Dans cette perspective, un grand nombre de pays africains ont entrepris de moderniser leur système juridique, de codifier leurs coutumes en les débarrassant de toute pesanteur ancestrale et de doter le nouvel appareil d'un corps de lois rénovées, rajeunies, parfois entièrement nouvelles. Cette volonté de faire du neuf avait été renforcée par l'attrait exercé sur le législateur africain par la naissance et les progrès rapide de la notion de « droit du développement » : le droit peut-il contribuer à la promotion économique d'un pays en voie de développement ? Peut-il être le moyen d'incitation, sinon le support d'une politique globale de développement ? Peut-il aider à définir les objectifs d'une action pour le développement, à modeler les schémas, à constituer un cadre commode, efficace pour l'essor économique ? (H. Raharijaona, *Les problèmes posés par la création d'un droit du développement : de l'indépendance à la révolution*, in dynamiques et finalités des Droits africains, sous la direction de Gérard Conac, Actes du Colloque de la Sorbonne « La vie du Droit en Afrique », p.63). Le juge Kéba Mbaye a été l'un des théoriciens du droit au développement (V. RSD, 1977, n°22, 11e année, numéro spécial relatif au Colloque de Dakar sur le développement et les droits de l'homme, organisé par l'ASERJ et la Commission international de juristes, septembre 1978). Lors du Congrès de la Commission internationale des juristes de New Delhi on a estimé que : « la primauté du droit est un principe dynamique et il appartient avant tout aux juristes d'en assurer la mise œuvre et le plein épanouissement, non seulement pour sauvegarder et promouvoir les droits civils et politiques de l'individu dans une société libre, mais aussi pour établir les conditions économiques, sociales et culturelles lui permettant de réaliser ses aspirations légitimes et de préserver sa dignité ». N'en déplaise donc à Edouard Lambert qui pensait que « l'enseignement universitaire a de tout temps été organisé en vue de faire des juristes les défenseurs spontanés de toutes les situations acquises et de développer en eux un esprit ultra-conservateur » (cité par Henri, p.63). En tout état de cause, le droit au développement est un droit de l'homme aujourd'hui (C.M.Eya Nchama, *Développement et droits de l'homme en Afrique*, Editions Publisud, Paris, 1991, p.117).

[776] Ce traité a été révisé en 2008 au Québec entré en vigueur en 2010.

[777] Sur ces questions V. P.G.Pougoué, *Présentation générale et procédures en OHADA*, PUA, collection Droit uniforme, p.11. Selon cet auteur, « Dans l'harmonisation, on cherche à cordonner des systèmes juridiques différents ou à respecter la sensibilité essentielle d'une législation donnée. Il s'agit de réduire les différences pour atteindre des objectifs communautaires… L'unification ou l'uniformisation est plus radicale. Elle aboutit, dans une matière juridique donnée, à une réglementation unique, identique en tout point de vue pour les Etats concernés. Il n'y a pas de place, en principe, pour les différences ».

[778] P. Bourel, *A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, Recueil Dalloz-2007- n°14, p.969.

A l'interrogation : qu'est-ce que l'entreprise ? Le juriste répond, avec raison, qu'elle n'est pas une notion juridique[779]. Seulement, l'entreprise, cette notion depuis longtemps familière aux économistes est passée dans le langage juridique[780]. Pour J. Paillusseau, l'entreprise est une organisation économique et humaine, alors que la société n'est qu'un cadre juridique[781]. Seulement dans le cadre de cette étude, entreprise et société seront considérées comme des synonymes.

Dans le dictionnaire le nouveau Petit Robert[782], l'expression gouvernance signifie manière de gouverner, méthode de gestion. La Banque mondiale est le principal diffuseur de la bonne gouvernance. La définition donnée est vague : « manière dont le pouvoir est exercé dans la gestion des ressources économiques et sociales d'un pays[783] ». Le contexte est celui de l'échec des plans d'ajustements structurels dans les pays en voie de développement face à une pauvreté croissante, à une stagnation de la croissance et à une succession de crises, en particuliers en Asie et en Russie[784].Pour J. Chevalier[785], la gouvernance est devenue depuis les années 1990, le mot-clé, le mot fétiche. L'auteur admet que c'est une notion polysémique[786]. Le concept de bonne gouvernance a étendu ses tentacules jusqu'à l'entreprise.

C'est à partir des années 1990 que s'est propagée, d'abord en Europe, puis dans tous les pays industrialisés, l'illustre notion de *corporate governance*[787]. Celle-ci peut-être définie comme une doctrine tendant à « s'assurer que les sociétés sont gérées dans l'intérêt commun de tous

---

[779] J. Paillusseau, *Le big bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle (ou les nouveaux fondements et note du droit des affaires*), JCP, 1988, I, 3330, n°30. Selon l'auteur, si l'entreprise devait être une notion juridique, où faudrait-il la classer ? Dans le droit des biens, comme le fonds de commerce ?ou dans le droit des personnes, à côté des sociétés ? Que pourrait-elle être : un objet ou un sujet de droit ? M. Paillusseau répond à ces différentes questions qu'il s'est posées en estimant que l'entreprise transcende le droit et les classifications juridiques et qu'elle est d'essence économique et sociale.

[780] Cl. Champaud, *Cours de droit commercial et de droit des affaires*, Polycopié, Rennes, 1967, M. Despax, *L'entreprise et le droit*, thèse Toulouse, 1956, LGDJ.1957.

[781] J. Paillusseau, *Les fondements du droit moderne*, JCP, I, 1984, p.3148. Selon l'auteur, entreprise et société sont deux choses fondamentalement distinctes. Seulement, sans un minimum d'organisation juridique l'entreprise ne peut exister et se développer, aussi, la société est-elle, pour elle, la structure d'accueil qui lui permet d'accéder à la vie juridique. Dans cette perspective, la société est une organisation juridique de l'entreprise.

[782] Nouvelle édition millésime, 2007, p.1171.

[783] Banque mondiale, *Governance and development*, Washington DC., The World Bank, 1992.

[784] Catherine Baron, *La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique*, Droit et société, 54/2003, p.339.

[785] J. Chevalier, *La gouvernance, un nouveau paradigme étatique* ?, revue française d'administration publique, 2003/1-2, n°105-106, p.203-217.

[786] M. Chevalier cite la *corporate governance* qui vise à construire un nouveau management, reposant sur l'interaction entre les différents pouvoirs existant au sein de l'entreprise, et en tout premier lieu celui détenu par les actionnaires et les dirigeants, *la Good governance* prônée par les organisations financières internationales comme moyen de réforme des institutions des pays en développement et enfin la *Global governance* visant à établir de nouveaux modes de régulation et d'intégration de la société internationale.

[787] Y.M. Laithier, *Droit comparé*, Cours Dalloz, 2009, p.231. Pour Sir Adrian Cadbury, la *Corporate governance* est un système par lequel les sociétés sont dirigées et contrôlées.

les actionnaires et non dans celui particuliers des majoritaires ou des dirigeants »[788]. Comme le rappellent plusieurs auteurs[789], la promotion de nouvelles méthodes de gouvernement d'entreprise a été d'abord une réponse à de multiples abus relevés aux USA dans les années 80 : la faible information donnée par les dirigeants aux actionnaires, la multiplication des défenses anti-OPA, les stratégies d'enracinement, etc.[790]. Il s'agit donc moins au départ d'une idéologie que de solutions recherchées pour contrer des abus flagrants et pour répondre à des exigences de compétitivité[791].

La *corporate governance* est une réponse aux scandales financiers qui ont fait les manchettes des journaux américains. On peut citer l'affaire *Enron*[792]. Il fallait donc redonner confiance aux actionnaires, créanciers et employés lésés par lesdits scandales.

Pour pertinente qu'elle soit, la définition de la *corporate governance* proposée par M. Y. Guyon n'occulte pas le fait que les définitions soient nombreuses et variées et qu'il soit impossible de les recenser dans la présente étude. On se contentera de citer la définition large du gouvernement d'entreprise donnée par Gérard Charreaux. Selon cet auteur, au sens large, le champ du gouvernement de l'entreprise dépasse l'étude des seules relations entre les actionnaires et les dirigeants et recouvre les questions liées à la répartition des pouvoirs dans l'entreprise. Il a pour objet l'étude des systèmes qui délimitent les pouvoirs décisionnels des dirigeants. Cette définition conduit à étudier l'ensemble des relations qu'entretient une entreprise avec ses différents *stakeholders*, c'est-à-dire l'ensemble des agents détenant une créance "légitime", sur l'entreprise, liée à l'existence d'un échange. Les *stakeholders* incluent ainsi les salariés, les clients, les fournisseurs, les créanciers financiers[793]. Nous retiendrons ici la définition de M. Yves Guyon ; et partant, une définition restrictive de la *corporate*

---

[788] Y. Guyon, V° *Corporate governance*, Rep. soc., n°1.

[789] Ph. Bissarra, « *Les véritables enjeux du débat sur le gouvernement de l'entreprise* », Revue des sociétés, 1998, pp. 6 et s.

[790] A. Couret, *La structure juridique des entreprises* (*corporate governance*), in Mondialisation et droit des sociétés, n° spécial, Mondialisation et droit, RIDE, 2002/2-3, p.343.

[791] M. Bergerac et A. Bernard, *« Fantaisie à deux voix. A propos de Dominique Schmidt, les conflits d'intérêt dans la société anonyme* », Le Dalloz, 2000, pp. 315 et s.

[792] Le Gouvernement américain a réagi à ces scandales en mettant en place le Règlement Sarbanes-Oley Act. En France, il s'agit de la loi sur la sécurité financière (LSF) (F.-X. Lucas, « *Loi de sécurité financière, corporate governance ou poudre aux yeux* », Droit et Patrimoine, janvier. 2004, p. 54). Pour M.EMMERICH, (Les marchés sans mythes, éd. Notes de la fondation Saint-Simon, Paris 1996, p.12) : « La *corporate governance* est un outil qui permet de produire un consensus et de la loyauté pour tenter de fidéliser les investisseurs… En France, le retard en ce domaine est immense, car il n'existe pas de tradition véritable de respect de l'actionnaire. Le droit des sociétés en France ne repose pas sur la responsabilité des administrateurs vis-à-vis des investisseurs, mais vis-à-vis de l'intérêt social qui est plus large que le simple profit actionnarial puisqu'il englobe l'intérêt des salariés et celui de la personne morale en son ensemble ». Il semble que cet auteur ait oublié l'arrêt *Fruehauf* (D.1968, 17, note Contin). Dans cet arrêt, le juge soutient qu'il y avait abus de contrôle patrimonial en l'espèce parce que la décision des administrateurs américains de ne pas exécuter le contrat Berliet avait été prise pour des raisons auxquels l'intérêt social restait totalement étranger. Par la loi NRE, le législateur tient compte du gouvernement d'entreprise.

[793]Gérard Charreaux, *Le gouvernement d'entreprise*, gerardcharreaux.pageperso-orange.fr/perso/article/ENCYCGE.pdf ou « *Le gouvernement des entreprises, corporate governance, théorie et faits* », Economica, 1997. La théorie des *stakeholders* s'est développée à partir de l'ouvrage de Freeman (1984), *Strategic Management* : a s*takeholder Approach*. Il s'agit du principe de qui ou quoi compte réellement

governance. De même, l'accent sera mis sur la société anonyme parce que selon certains, elle est la traduction de la démocratie[794] ; notamment celle avec conseil d'administration, organe ayant fait l'objet de critiques et dont la réforme est souhaitée[795].

Plus qu'un simple domaine d'études, dédié aux interactions entre dirigeants et actionnaires pour la direction et le contrôle d'une société, (*la corporate governance*) est une doctrine d'origine anglo-américaine, prônant un système de solutions et de procédures vouées à la création actionnariale et donc conçues pour garantir au mieux la responsabilité des organes de gestion vis-à-vis de la collectivité des actionnaires[796].

Le sujet qui est soumis à notre analyse présente un intérêt d'autant qu'il met en évidence la question de pouvoir en droit privé[797] ; lequel bien sûr n'est pas un bien que l'on s'approprie[798], celle de la protection des intérêts catégoriels, de l'opposition entre capital et travail, de la finalité de la société et des types de direction de celle-ci.

La *corporate governance* permet de se poser les questions suivantes : à qui appartient l'entreprise ? Qui a le pouvoir de décision ? Comment s'exerce le pouvoir ? Comment les décisions sont-elles prises ? Comment les pouvoirs et les responsabilités sont-ils répartis[799] ? Pour cet auteur, le gouvernement d'entreprise rencontre des difficultés à cause entre autres, des pesanteurs culturelles, des détournements de fonds et de la patrimonialisation de l'entreprise.

Au-delà de l'examen de l'intérêt du sujet, la question qui mérite d'être posée est celle de savoir quel est l'impact du concept de bonne gouvernance d'entreprise en droit OHADA ?

Pour répondre à la question qu'on s'est posée, il convient de préciser que le système OHADA prend en compte le principe de bonne gouvernance d'entreprise certes (I), mais de façon insuffisante (II).

---

[794] Y. Guyon, *La société anonyme, une démocratie imparfaite* ! Mélanges Gavalda, Dalloz, 2001, p.141.

[795] La délimitation du sujet ne signifie pas que les autres sociétés ne soient pas concernées par le phénomène de gouvernement d'entreprise. Même dans les sociétés coopératives, la *corporate governance* n'est pas exclue, bien au contraire. V.Willy Tadjudje, *Analyse critique de la notion de démocratie dans les entreprises coopératives en OHADA*, 2e université d'été organisée par le Club Horizon, le Club OHADA d'Orléans en 2009, p.52.

[796] A. Pietrancosta, « *Le droit des sociétés sous l'effet des impératifs financiers et boursiers* », Paris, I, 1999, n°158.

[797] E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

[798] B. Field, « La *governance* vient rappeler que le pouvoir n'est pas un bien que l'on s'approprie », Banque stratégie, n°171, mai 2000, p.13.

[799]Daniel Ozoukou, Analyste politique, Consultant international, www.continentalnews.fr/actualite/politique15/gouvernance-d-entreprsie-en-afrique.4592.html.

I/ UNE PRISE EN COMPTE CERTAINE DE LA BONNE GOUVERNANCE D'ENTREPRISE PAR L'OHADA : L'instauration de règles permettant un meilleur fonctionnement des sociétés.

La bonne gouvernance s'apprécie par la gestion transparente de l'entreprise (A) et l'équilibre des pouvoirs et des responsabilités au sein de l'entreprise (B).

A/Les règles garantissant une gestion transparente de l'entreprise

La transparence est d'une importance capitale en droit des affaires même si en la matière il y a la prévalence du secret[800]. Ainsi, la gestion du dirigeant doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle[801]. C'est dire que ce dernier doit rendre des comptes[802]. Ce contrôle est le fait d'actionnaires qui ont un droit de communication des documents[803], un droit de poser des questions écrites au dirigeant[804]. Il y a également le droit d'alerte qui vise à provoquer une discussion interne à l'entreprise, dont l'objet est à la fois de prendre la mesure la plus exacte des difficultés rencontrées ou sur le point de survenir et de proposer, à la suite de cette discussion, les solutions les plus appropriées à résoudre les difficultés[805]. Comme le dit R. Granger, La nature même du contrat de société implique que l'on reconnaisse un droit de contrôle étendu à tout associé qui ne participe pas directement à la gestion sociale[806].

Mais en droit des sociétés, l'obligation d'information est plus présente dans les sociétés cotées en bourse[807]. Cette obligation d'information est assez spéciale comme le soutiennent MM. H. De Vaulplane et J.J. Daigre : « le droit boursier ne peut devenir l'égal du droit de la

---

[800] Y. Paclot, *Les diverses facettes du secret des affaires*, Actes du colloque organisé par la Faculté de droit d'Angers le 20 décembre 2000, pp.70 et s.

[801] Selon E. Gaillard (*Le pouvoir en droit privé*, *op.cit.*, p.96), le contrôle est l'essence du pouvoir. En outre, en l'absence même de tout texte les y invitant expressément, les tribunaux ont toujours su sanctionner efficacement les agissements de l'individu utilisant les pouvoirs qui lui étaient confiés en méconnaissance de leur finalité.

[802] Il faut dire que la reddition des comptes ne date pas d'aujourd'hui. ARISTOTE observait que : « dix *logistae* et dix *euthuni* étaient choisi au sort. Chaque responsable public devait leur rendre des comptes. Ils présentaient leurs résultats à la cour. Quiconque détournait des fonds devait rendre dix fois la somme dérobée. Dans le cas d'erreurs administratives, la cour l'évaluait et le responsable devait la rendre sur un délai de 9 mois, à défaut, le remboursement doublait » (ARISTOTE, « *La constitution d'Athènes* », in NORMANTON, 1966).

[803] Ce droit est prévu aux articles 525 et 526 AUSCGIE. Pour le rendre effectif, le législateur OHADA, permet à l'actionnaire confronté à un refus de saisir le juge compétent statuant à bref délai. Ce dernier peut même ordonner sous astreinte à la société de communiquer les documents à l'actionnaire dans les conditions prévues par l'AUSCGIE.

[804] Article 158 AUSCGIE. Cette possibilité est envisageable lorsqu'il y a un fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation.

[805] M. de Juglart et B.Ippolito, *Traité de droit commercial, Tome 6, Procédures collectives de paiement*, 3e édition Montchrestien, Paris, 1998, p.77.

[806] R. Granger, *La nature juridique des rapports entre actionnaires et commissaires chargés du contrôle dans les sociétés par actions*, Thèse Paris, 1950, n°132, p.169.

[807] Nous tenons à préciser que d'une manière générale, les Anglo-saxons considèrent que le pouvoir dans les sociétés n'est pas suffisamment partagé et que le contrôle des dirigeants est ineffectif. Ces situations ont conduit à l'élaboration du Rapport Cadbury et son *Code of best Practice*. Ces recommandations sont destinées prioritairement aux sociétés cotées mais toutes les autres sont invitées à le suivre. V. *L'éthique du dirigeant de société*, Par J.MESTRE et Isabelle Grossi, in Ethique en entreprise, colloque, Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, 2001, p.241 et s.

consommation car nul ne peut ignorer qu'une négociation en bourse est moins anodine qu'un achat dans un supermarché et nul n'est tenu de spéculer, si chacun est obligé de se nourrir et doit pouvoir le faire en toute sécurité ». Leur régime juridique, au-delà bien sûr du règlement général de l'épargne publique et des marchés financiers, est prévu les articles 81 et suivants complété par les articles 847 à 852 AUSCGIE.

Aux termes de l'article 86 AUSCGIE, toute société qui fait publiquement appel à l'épargne pour offrir des titres doit, au préalable, publier dans l'Etat partie du siège social de l'émetteur et, le cas échéant, dans les autres Etats parties dont le public est sollicité, un document destiné à l'information du public et portant sur l'organisation, la situation financière, l'activité et les perspectives de l'émetteur ainsi que les droits attachés aux titres offerts au public[808]. L'information exigée des émetteurs concerne aussi bien leur propre situation financière et managériale que l'objet de l'opération projetée et les caractéristiques des titres qu'ils proposent[809]. Le document d'information est soumis au visa de l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs de l'Etat partie du siège social de l'émetteur sauf si l'émission se fait dans un Etat partie autre que celui du siège social de la société qui fait appel public à l'épargne. Si l'organisme de contrôle de la bourse des valeurs n'existe pas dans le siège social de l'Etat partie, le document d'information est soumis au visa du ministre chargé des finances. Faisons observer que le document d'informations doit être publié dans des journaux habilités à recevoir les annonces légales.

Les articles 847 et 849 mettent l'action sur l'information périodique c'est-à-dire des informations que les acteurs du marché financier sont tenus de fournir selon des échéances précises. Ces échéances peuvent être semestrielles ou annuelles[810].

Il ne faudrait pas non plus ignorer l'expertise de gestion prévue à l'article 159 AUSGIE. En effet, l'expertise de gestion répond à une préoccupation classique explicitement formulé dans l'AUSCGIE, à savoir informer les associés au sujet de la gestion de l'entreprise à un moment déterminé, le but à atteindre étant de renforcer leur droit de regard sur la gestion pendant chaque exercice comptable et ainsi, de rendre concrète leur intervention dans la vie sociale[811].

---

[808] Dans l'avant projet d'acte uniforme portant sociétés commerciales et GIE, le contenu du document d'information a fait l'objet d'une précision.

[809]D. Keuffi, *La régulation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, L'harmattan, 2010, collection « Etudes africaines », p.71, n°68.

[810] D. Keuffi, *op.cit*., p.81. Les documents à publier annuellement sont les états financiers de synthèse, le projet d'affectation du résultat, pour les sociétés ayant des filiales ou des participations, les états financiers de synthèse consolidés, s'ils sont disponibles. Quant aux documents à publier semestriellement, ils portent sur 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.

[811] S.S.Kuaté Taméghe, *Quelques ambigüités de l'expertise de gestion dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE*, in Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA, Vol I, Collection Horizons juridiques africains, PUAM, p.151. Selon cet auteur, en France, il y a une généralisation de l'expertise de gestion par l'élargissement de l'assiette des bénéficiaires d'une part par l'abaissement à 5% de la fraction du capital, ouvrant droit à l'action, d'autre part par l'extension de la qualité pour agir au comité d'entreprise, au Ministère public, à l'Autorité des marchés financiers, aux associations de défense des intérêts des associés dans les sociétés côtées.

C'est le cas par exemple si les associés soupçonnent le dirigeant d'avoir subrepticement poursuivi un intérêt personnel. L'enjeu sera d'en avoir le cœur net[812].

Le contrôle peut également provenir du Conseil d'administration[813] qui est le point de jonction entre actionnaires et gestionnaires[814]. Ce qu'on peut dire, c'est que la composition du Conseil a été démocratisée par la suppression des dispositions subordonnant la qualité d'administrateur à celle d'actionnaire[815] et la représentation de catégories spécifiques d'actionnaires au sein du Conseil d'administration[816]. Le législateur OHADA a entendu limiter le nombre de mandat. Cette question du nombre maximum de mandats que peut détenir un administrateur est évidemment importante puisqu'elle conditionne le temps disponible que chaque administrateur est en mesure de consacrer aux sociétés dont il est administrateur[817].

Enfin, le contrôle de la gestion du dirigeant peut se faire par le Commissaire aux comptes[818]. Celui doit être indépendant [819] des dirigeants de la société et des associés, n'avoir aucun lien de subordination, de parenté ou de proximité avec ces derniers qui pourrait faire douter de son impartialité. C'est ainsi que l'article 697 AUSCGIE précise par exemple que les fonctions de commissaire aux comptes sont incompatibles avec toute activité ou tout acte de nature à porter atteinte à son indépendance, avec tout emploi salarié. En outre, à l'article 698 dudit Acte, certaines personnes ne peuvent exercer la fonction de commissaires aux comptes. L'importance de cette fonction ne se discutant plus, le législateur OHADA a non seulement étendu la portée de leurs droits, mais également de leur responsabilité. De même l'article 900 AUSCGIE sanctionne pénalement les dirigeants sociaux ou toute personne au service de la société qui auront sciemment mis obstacle aux vérifications ou au contrôle des commissaires aux comptes.

Pour éviter le conflit d'intérêt, le législateur OHADA a pris le soin d'organiser les conventions réglementées[820] et les prises de participation croisées, forme d'endogamie entrepreneuriale[821].

---

[812] Th. Lefebvre, *L'expertise face à la production d'informations financières des sociétés*, PUAM, Aix-en-Provence, 2004, p.396, n°1417.

[813] Les sociétés cotées en bourse, en plus d'être contrôlées par un Conseil d'administration, le sont par le Conseil Régional de l'épargne publique et des marchés financiers (article 1er de la Convention du 03 juillet 1996 portant création du Conseil Régional de l'épargne publique et des marchés financiers). A rappeler que les règles des sociétés faisant appel public à l'épargne sont éclatées entre le droit communautaire OHADA et UEMOA.

[814] Articles 435 AUSCGIE.

[815] Article 417 AUSCGIE.

[816] Article 424 AUSCGIE.

[817] Philippe Marini, *La modernisation du droit des sociétés*, Rapport au Premier ministre, La Documentation française, Collection des rapports officiels, p.40.

[818] En France, le mot commissaire apparaît pour la première fois avec la loi du 23 mai 1863 qui crée les sociétés à responsabilité limitée (V.D. Carasuss et G. Gregorio, *Gouvernance et audit externe légal : une approche historique comparée à travers l'obligation de reddition des comptes*, Communication aux 9e journées d'histoire de la comptabilité et du management, mars 2003).

[819] Y. Guyon, « *L'indépendance du Commissaire aux comptes* », JCP, 1977, I, 2831.

[820] Article 438 et 502 AUSCGIE. Ces dispositions font allusion aux conventions réglementées.

[821] Expression utilisée dans le Rapport de Philippe Marini, p.46.

La transparence n'est pas le seul élément constitutif de la bonne gouvernance d'entreprise. Au-delà, il y a la recherche d'équilibre entre détenteurs de capital, et entre eux et ceux qui s'en occupent.

B/ **Les règles promouvant un équilibre des pouvoirs et des responsabilités au sein de l'entreprise**

Le législateur OHADA a non seulement amélioré les droits des actionnaires, mais opération une séparation des fonctions d'administration et de directeur général. De même, il a accru la responsabilité des dirigeants sociaux

L'amélioration des droits des actionnaires et la dissociation de la présidence du conseil d'administration et de la direction générale de la société.

La réflexion sur le rôle des actionnaires est ancienne. Comme le rappelle Sophie L'Hélias[822] , le premier actionnaire individuel « activiste » fut l'avocat américain Lewis Gilbert qui commença à intervenir dans les assemblées générales en 1932. L'article 125 AUSCGIE prévoit le droit pour tout associé de participer aux assemblées générales. Ce droit est tellement important au point où aucune clause statutaire ne peut l'éluder. De même, toute personne qui empêche un associé d'exercer son droit peut être sanctionné pénalement[823]**.** Les actionnaires représentant au moins le dixième du capital social s'il s'agit d'une assemblée générale ou le dixième des actions de la catégorie intéressée s'il s'agit d'une assemblée spéciale peuvent demander la désignation d'un mandataire si le Conseil d'administration ou l'administrateur général ne le fait pas[824]. Le contexte de la désignation de l'administration provisoire est celui de conflits entre associés, dissension, bloquant la gestion normale de la société, entrainant couramment sa paralysie et, finalement, mettant en péril son existence[825]. C'est dire donc que l'actionnaire laisse son costume de spectateur pour endosser celui d'acteur[826]

Le droit OHADA a instauré une égalité entre actionnaires[827] et le commissaire aux comptes doit s'assurer que l'égalité entre les associés est respectée, notamment que toutes les actions d'une même catégorie bénéficient des mêmes droits[828] . Le législateur OHADA engage

[822] Sophie L'Hélias, in : « *le corporate governance aux Etats Unis* », Revue Banque et stratégie, n°120, octobre 1995, pp.20 et s.
[823] Aux termes de l'article 892 AUSGIE : « Encourent une sanction pénale, ceux qui, sciemment, auront empêché un actionnaire ou un associé de participer à une assemblée générale ».
[824] Il s'agit de l'article 516 AUSCGIE, alinéa 2-2°. La Cour suprême du Niger (n° 01-158/C du 16/8/01, SNAR LEYMA c/Groupe HIMA SOULEY) précise que le juge de référé est compétent pour désigner le mandataire de l'article 516, alinéa 2-2°.
[825] CCJA, n°034/2007, 22 novembre 2007, Mireille Parlalidis c/ Fouquier Françoise et autres, Rec. CCJA n°10, juillet-Décembre 2007, pp.27 et s.
[826] V. A ce propos J. Mestre et I. Grossi, *L'éthique du dirigeant de société*, in Ethique en entreprise, colloque franco-québécois tenu les 6 et 7 juillet 2000, Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, 2001, p.265.
[827] Article 744 AUSCGIE.
[828] Article 714 AUSGIE.

également la responsabilité civile de ceux qui sont coupables d'abus de majorité et de minorité, sur laquelle un auteur s'est interrogé[829].

La dissociation de fonctions de président du Conseil d'administration et de directeur général est l'une des composantes de la bonne gouvernance d'entreprise. Le législateur OHADA n'a pas dérogé à cette règle comme en témoigne l'article 477 AUSGIE.

La responsabilité des dirigeants sociaux

Une fois constituée, la société doit entretenir une activité pour réaliser son objet social. Il est alors « essentiel d'assurer son fonctionnement normal ; et les règles pénales vont avoir pour objet de protéger tous ceux qu'une gestion frauduleuse, voire simplement trop imprudente, mettrait en péril[830] ». Ces sanctions pénales sont prévues aussi bien par l'AUSCGIE que par l'AUPCAP.

Les infractions relatives à la gérance, à l'administration et à la direction des sociétés prévues par l'AUSCGIE, au-delà de la répartition de dividendes fictifs, sont la publication ou présentation par le dirigeant aux actionnaires des états financiers de synthèse ne donnant pas une image fidèle des opérations de l'exercice, de la situation financière et de celle du patrimoine de la société. Si le dirigeant se comporte ainsi, c'est dans le but de dissimiler la véritable situation de la société. On peut également citer l'abus de biens sociaux, lorsqu'un dirigeant fait des biens ou du crédit de la société, un usage contraire à l'intérêt de celle-ci à des fins personnelles. Ce dirigeant doit être de mauvaise foi. Au-delà de la responsabilité pénale, il y a la responsabilité civile. En la matière, les associés peuvent saisir le juge pour réparer un préjudice personnel ou social[831]

Quant à l'Acte uniforme portant procédures collectives et apurement du passif, il sanctionne le dirigeant d'une société commerciale qui par sa faute de gestion a contribué à rendre insuffisant l'actif de la celle-ci par l'action en comblement de passif. Le législateur OHADA sanctionne par la faillite personnelle, une personne physique dirigeante de personnes morales assujetties aux procédures collectives qui ont usé du crédit ou des biens d'une personne morales comme des leurs propres. La sanction des dirigeants dans le cadre des procédures collectives a pu être possible par la séparation de l'homme de l'entreprise. Ce faisant, le droit OHADA s'inspire du droit français[832]. La responsabilité des dirigeants n'est pas la seule

[829] S.S. Kuaté Taméghe, *Interrogations sur l'abus de minorité dans l'Acte uniforme portant sociétés commerciales et GIE*, Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA, Vol I, Collection Horizons juridiques africains, PUAM, p.210.

[830] J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, 9e éd., Paris, Armand Colin, 1998, p.329.

[831] V. articles 740 et 741 AUSCGIE. Les titres I et II du Livre III intitulé « Action en responsabilité civile contre les dirigeants sociaux » traitent respectivement de l'action individuelle et sociale. En vue de donner plein effet à l'action en responsabilité civile, l'article 169 dispose qu'aucune décision de l'assemblée des associés, d'un organe de gestion, de direction ou d'administration ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les dirigeants sociaux pour la faute commise dans l'accomplissement de leurs fonctions. Cette action en responsabilité est la preuve de l'absence d'omnipotence des pouvoirs des dirigeants qui sont non seulement limités par la loi, mais également par les clauses statutaires.

[832] E. du Pontavice, *La réforme de la faillite (Loi du 13 juillet 1967)*, JCP, 1968, I, 2138.

marque de la bonne gouvernance d'entreprise ; il y a également la révocation de ceux-ci *ad nutum*, traduction de l'instabilité de leur statut.

Les développements qui précèdent sont la parfaite illustration de la prise en compte par l'OHADA de la bonne gouvernance d'entreprise. Toutefois, il n'y a pas de quoi pavoiser du fait de l'existence de nombreuses imperfections.

II/ UNE PRISE EN COMPTE LIMITEE DE LA BONNE GOUVERNANCE D'ENTREPRISE PAR L'OHADA.

L'insuffisance se manifeste par la faible implication des parties prenantes dans le gouvernement de l'entreprise (A) et le faible niveau d'application des textes existants (B).

A/ La faible implication des parties prenantes dans le gouvernement de l'entreprise

Elle s'apprécie par le fait qu'une pièce du *puzzle* de la bonne gouvernance d'entreprise manque (1) ou ne fonctionne pas bien[833] (2 et 3).

L'absence d'exigence de la création de comités spéciaux et d'administrateurs indépendants

Les comités spécialisés issus du conseil d'administration des sociétés cotées sont une composition essentielle du gouvernement d'entreprise dans les « pays à bourse », selon l'expression de Michel Albert[834]. En France, le développement des comités spécialisés s'est fait de façon empirique, sans se fonder sur une définition légale. Ceci témoigne des progrès du gouvernement d'entreprise au sein des sociétés françaises réalisés sans recours au formalisme de la loi[835]. Le législateur OHADA n'a pas été en reste au travers des dispositions de l'article 437 AUSCGIE qui prévoient la création de comités chargés d'étudier des questions déterminées. Mais il faut préciser qu'il ne s'agit que d'une possibilité et non une obligation. Or, les partisans de la *corporate governance* font remarquer que les conseils d'administration seraient plus efficaces si leurs délibérations en séance plénière étaient préparées par des comités spécialisés. L'institution de comités n'étant pas une obligation pour le Conseil peut rendre inefficace son rôle dans les sociétés de l'espace OHADA.

---

[833] Au-delà de la rupture d'égalité dont nous allons parler dans nos développements, il y a l'expertise de gestion dont on a du mal, selon certains auteurs, à cerner les finalités et à suivre la mise en œuvre d'une part, et d'autre part l'abus de minorité qu'on décèle difficilement (V. S.S. Kuaté Taméghe, in Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA, respectivement à la page 150 et 210). Sans compter l'ambigüité qui résulte de l'identité de compétences entre le président et le conseil d'administration (art 435 et 465 AUSCGIE). Le droit OHADA ne fait pas non plus dans la clarté par rapport à la rémunération des dirigeants. Or celle-ci est partie intégrante de la bonne gouvernance d'entreprise. Ce faisant, les conditions d'octroi de rémunération des dirigeants sortent progressivement d'un système d'auto attribution pour participer d'une logique de « juste » prix (Bernard Field, « *La governance vient rappeler que le pouvoir n'est pas un bien que l'on s'approprie* », Banque et stratégie, n°171, mai 2000, p.13).

[834] Par opposition aux pays à banque comme l'Allemagne (cf. Le Monde, 11 octobre 1994).
[835] Rapport, *La modernisation du droit des sociétés*, p.49.

En effet, Les comités spécialisés tiennent leurs origines des rapports anglais[836] et du rapport de l'*American Law Institute*[837]. Ainsi, nous avons le comité d'audit qui veille à la clarté et à la sincérité des comptes, il assure la fonction de recrutement essentielle, choisit les auditeurs et d'apprécie avec eux le résultat des opérations de contrôle[838], le comité de sélection composé de personnalités indépendantes et ayant la compétence requise et qui doivent être sélectionnées pour assurer des fonctions dirigeantes et ce indépendamment de la direction en place, le comité des rémunérations en charge des salaires, des divers avantages annexes et des *stok options* des principaux dirigeants. Dans le Code belge de la gouvernance d'entreprise, trois comités sont prévus : d'audit, de nomination et de rémunération.

Autant la création de comités spécialisés n'est pas obligatoire dans l'espace OHADA, autant celle des administrateurs indépendants n'est pas exigée. Et pourtant, pour le Comité *Cadbury*, c'est seulement si le conseil d'administration d'une société est composé d'administrateurs indépendants qu'il peut constituer un contre-pouvoir efficace aux prérogatives d'un président, également directeur général de l'entreprise[839]. Avons-nous dans le droit OHADA des conseils d'administration qui fonctionnent activement ? Faudrait-il instituer des administrateurs indépendants ? Celui-ci est défini par le rapport Viénot comme : « une personne dénuée de tout lien d'intérêt direct ou indirect avec la société ou les sociétés de son groupe et qui peut ainsi être réputée participer en toute objectivité aux travaux du conseil[840] ». M. Guyon est contre ce procédé car selon lui, les administrateurs indépendants augmentent le risque de dérive technocratique[841]. Au Sénégal, seul le Conseil d'administration de la SONATEL compte en son sein deux administrateurs indépendants depuis la privatisation intervenue en 1997[842]. L'institut sénégalais des administrateurs a mis en place une charte des administrateurs, s'inspirant certainement du rapport Viénot 1. Cet institut a également institué un Code de gouvernance des entreprises, qui loin d'être contraignant certes, peut servir de référentiel aux sociétés anonymes avec Conseil d'administration[843].

---

[836] Rapport Cadbury 1991 d'où est issu le *Code of best practice* 1993, puis rapport Greenbury en Grande Bretagne et enfin le rapport Hampel du nom de la commission créée en 1995. Il a été publié en 1998.

[837] *Principles of Corporate governance 1994*.

[838] Pour paraphraser A. Couret (*Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance*, D. 1995, p.163) qu'à l'heure actuelle dans l'espace OHADA, le choix des auditeurs relève presque systématiquement du pouvoir en place dans les sociétés cotées ou non. Ces auditeurs dont on parle sont les commissaires aux comptes.

[839] Cité dans le Rapport, *La modernisation du droit des sociétés*, p.43.

[840] Rapport Vienot cité dans La modernisation du droit des sociétés, p.43.

[841] Y. Guyon, *La société anonyme, une démocratie imparfaite* ! Mélanges Gavalda, Dalloz, 2001, p.141.

[842] www.worldbank.org/ifa/ rosc, Evaluation par pays du gouvernement d'entreprise, Sénégal, juin 2006.

[843] Dans le rapport de présentation dudit Code, on peut lire : « Au Sénégal, l'Acte Uniforme de l'OHADA sur le Droit des sociétés commerciales et du GIE organise le fonctionnement des sociétés. Toutefois, nous avons relevé d'importants principes directeurs de gouvernance qui ne sont pas repris par l'Acte Uniforme dans son état actuel. C'est dans cette optique que l'Institut Sénégalais des Administrateurs avec l'appui des autorités du Sénégal en particulier le Conseil Présidentiel de l'Investissement a lancé en 2008 le projet de rédaction du Code de gouvernance qui tend à renforcer et à moderniser les principes de gouvernement d'entreprise. Il s'agissait alors de rédiger un code unique des meilleures pratiques de gouvernance d'entreprise largement inspirées des principes

La rupture d'égalité entre associés

Alors qu'on croyait à une unité des actionnaires, l'expérience a révélé une diversité très grande de leur psychologie, de leur comportement, de leur condition, de leur rôle dans la société[844]. Cette opinion traduit l'hétérogénéité de la situation des associés.

En effet, au-delà de l'abus de majorité qui rompt l'égalité des associés et porte un coup d'arrêt à *l'affectio societatis*, il existe certaines règles qui traduisent cette situation. Un auteur a parlé d'égalité éprouvée[845].

Ainsi, nous avons l'article 548 AUSCGIE qui prévoit que les statuts peuvent exiger un nombre minimal d'actions, sans que celui-ci puisse être supérieur à dix, pour ouvrir le droit de participer aux assemblées générales ordinaires. Se basant sur cette disposition, des actionnaires peuvent empêcher les autres d'exercer leurs droits politiques même si cette clause peut être contournée par le groupement de plusieurs actionnaires pour atteindre le nombre minimum d'actions requis. Comme le soutient un auteur, être destinataire d'une convocation n'ouvre pas nécessairement la porte de l'assemblée car un certain nombre de restrictions existent, réglementant l'accès et la participation à l'assemblée générale[846]Cette situation est exacerbée par l'absence en droit OHADA non seulement du droit de retrait, c'est-à-dire l'hypothèse où les actionnaires manifestent leur dissidence suite à des changements importants au sein de l'entreprise, mais également de la *class action* pour les actionnaires minoritaires. La procédure de la *class action*, mise en place aux Etats-Unis à la suite du *Krach* boursier de 1929 était destinée à protéger les petits épargnants en leur permettant d'intenter un procès contre les sociétés sans engager de pourcentage (*contingency fee*), tout actionnaire, même le plus démuni, se trouve en situation d'attaquer l'émetteur pour obtenir des dommages et intérêts. En outre, tout actionnaire peut bénéficier des dommages et intérêts accordés par le juge dans le cadre d'une action exercée par un autre actionnaire. Il suffit pour cela que l'actionnaire qui intente le procès convainque le juge qu'il agit au nom de tous les actionnaires de la société concernée[847]. On peut également citer l'article 520 AUSCGIE qui pose une condition de représentativité financière pour qu'un actionnaire puisse faire inscrire à l'ordre du jour son projet de résolution. C'est dire que l'actionnaire qui n'a pas le pourcentage requis ne peut prétendre à ce droit.

---

de l'OCDE en la matière. Ce code n'est en aucune manière contraignant, il laisse un grand choix aux entreprises de s'y conformer ou non ».

[844] J.Paillusseau, *La société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Librairie sirey, 1967, Bibliothèque de droit commercial tome 18, p.47.

[845] A. Faye, *L'égalité entre associés (Acte uniforme sur le droit des sociétés et du GIE)*, ohadata D-04-10, p.10.

[846] D. Schmidt, *Les droits de la minorité dans la société anonyme*, Librairie Sirey, Bibliothèque de droit commercial Tome 21, p.87.

[847] Rapport *La modernisation du droit des sociétés*, p.93. Il faut juste préciser que ce système a été détourné par des avocats peu scrupuleux. C'est pourquoi, une loi du 22 décembre 1995 est venue limiter les possibilités de la procédure de la *class action*. Il s'agit de la certification, de l'absence de rémunération autre que les dommages et intérêts, de la création de la notion de « plaignant le plus approprié ».

L'éloignement géographique interdit parfois à l'actionnaire de se rendre à l'assemblée[848]. Ce point de vue est d'autant plus vrai que la tenue des réunions par visioconférence n'est pas encore une réalité en l'état actuel du droit OHADA[849]. Supposons que cette possibilité soit envisagée, l'entreprise n'aura pas forcément la logistique nécessaire pour traduire en réalité ce droit.

Mise en échec de la participation des salariés à l'exercice du pouvoir et du rôle du commissaire aux comptes

Dans une société commerciale, il n'y a pas que les associés et les dirigeants. A côté de ces acteurs dont l'importance n'est plus à démontrer, il y a les salariés liés à la société par un contrat de travail. En effet, la situation de subordination dans laquelle se trouvent les salariés ne devrait pas permettre d'envisager l'octroi à ces derniers d'une possibilité de participer à la gestion de la société[850]. Mais aujourd'hui, et ce depuis le XIX^{e} siècle, la participation salariale est apparue comme une réponse aux contradictions de l'économie capitaliste naissante[851]. C'est ainsi que la législation des Etats tels que la France, le Royaume uni et les Etats unis ont fait de la participation des salariés au fonctionnement de la société une priorité[852] . Mais qu'en-est-il du droit OHADA ?

Ce que l'on remarque, c'est que le législateur communautaire a permis aux salariés de participer au fonctionnement de la société. A preuve, les articles 417 et 426 AUSCGIE qui font du salarié un potentiel administrateur. Nous pouvons également citer l'article 640

---

[848] Vigreux, *Les droits des actionnaires dans les sociétés anonymes, théorie et réalité*, Paris 1953.

[849] Les articles 454-1, 531-1 de l'avant projet d'acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et GIE prévoient la tenue des assemblées générales par visioconférence.

[850] Participer consiste à coopérer, à prendre part à quelque chose dont on partage la responsabilité patrimoniale ou professionnelle. La participation des salariés désigne les voies et moyens qui permettent au salarié d'exercer une influence plus grande sur des questions économiques, sociales et professionnelles de son entreprise individuelle ou sociétaire. V. Essoham Komlan alaki, *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme*, www.memoireonline.com/12/09/3029...ciete-anonyme-en-droit-ohada.html.

[851] Il y a eu plusieurs courants notamment le courant « utopiste » qui propose de dépasser l'opposition entre capital et travail par une nouvelle organisation salariale fondée sur l'association, le courant « humaniste », proche de la doctrine sociale de l'Eglise, qui estime que la participation permet d'assurer la dignité de l'homme au travail et enfin le courant « productiviste » qui fait de la participation du salarié aux résultats et au capital, un facteur d'amélioration quantitative et qualitative des résultats de l'entreprise par la motivation des salariés de l'entreprise. V. Essoham Komlan alaki, *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme*, www.memoireonline.com/12/09/3029...ciete-anonyme-en-droit-ohada.html.

[852] En France, la participation au fonctionnement de la société est organisée par la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 « relative à la démocratisation du secteur public » qui consacre l'entrée obligatoire des salariés dans les organes de gestion et de surveillance des sociétés nationalisées et l'ordonnance n° 86-1134 du 21 octobre 1986 consacrant l'entrée facultative des salariés dans les sociétés privatisées. Ces textes ont été modifiés par les lois du 24 juillet 1994 et du 15 mai 2001. La participation financière est quant à elle, organisée par plusieurs systèmes participatifs tels que la participation obligatoire dans les entreprises de plus de cinquante salariés, l'intéressement facultatif, les divers Plans d'Epargne Entreprise (PEE) et les plans d'option sur actions (*stock option*). Au Royaume Uni et aux Etats-Unis d'Amérique, il existe plusieurs formules de participation des salariés au *Board*, au capital et aux bénéfices de la société qui les emploie : partage du profit avec paiement en actions ou en numéraire, plans d'actionnariat collectif, plans d'option sur actions. V. Essoham Komlan alaki, *La participation du salarié au fonctionnement de la société anonyme*, www.memoireonline.com/12/09/3029...ciete-anonyme-en-droit-ohada.html.

AUSCGIE qui autorise le conseil d'administration d'acquérir un nombre déterminé d'actions pour les attribuer aux salariés[853]. Dans cette optique, la société prélèvera sur les bénéfices non distribuables une part qui sera distribuée aux salariés sous forme d'actions créées à l'occasion de l'augmentation du capital par l'incorporation de réserves au capital ou des actions rachetées sur le marché par la société[854]

Mais ces droits sont loin d'être suffisants. En effet, non seulement la participation des salariés laissée au bon vouloir des statuts, mais également, elle est minoritaire au conseil d'administration d'autant que le nombre d'administrateurs non actionnaires ne saurait excéder le 1/3 des membres du Conseil d'administration[855]. Les actions que la société rachètent pour le compte des salariés ne donnent pas lieu à prérogatives d'associés puisqu'elles sont dépourvues du droit de vote et aux dividendes.

En outre, les salariés n'ont pas le droit d'alerte. Pour certains acteurs, c'est pour éviter de mettre entre les mains des salariés une arme contre le capital organisé, c'est-à-dire contre la société. L'exclusion des travailleurs de la procédure d'alerte est fondée sur la peur que ceux-ci n'en fassent un usage intempestif pouvant nuire au crédit de la société[856]. D'autres l'expliquent par la difficulté que les représentants du personnel auraient à rencontrer dans l'appréciation des documents leur permettant de mettre en évidence un risque pour la continuité de l'activité qu'ils veulent sauvegarder.

En France, l'attribution d'un droit d'alerte au comité d'entreprise reflète la volonté du législateur d'associer plus étroitement les institutions représentatives du personnel à la surveillance du fonctionnement des entreprises[857].

Concernant le rôle du commissaire aux comptes, le libellé de certaines dispositions laisse penser que ce dernier dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de sa mission. Ainsi, selon l'article 718 AUSCGIE, le commissaire aux comptes opère toutes vérifications et tous contrôles qu'il juge opportuns. De même, dans l'exercice de ses fonctions de vérifications et de contrôles, il peut, sous sa responsabilité se faire assister ou représenter par des experts ou collaborateurs de son choix. Faisons observer que ce choix n'est contrôlé par aucun organe.

A s'en tenir aux dispositions de l'article 711 AUSGIE, on pourrait conclure à l'effectivité du rôle du commissaire aux comptes. Mais dans la pratique, il arrive que celui-ci, tout en

[853] Dans l'avant-projet d'acte uniforme portant sociétés commerciales et GIE, le nombre d'actions donné gratuitement aux salariés ne doit pas être de plus de 10% du capital social.

[854] René Savatier, Jean Marie Leloup, *Droit des affaires*, 3è éd ; n° 198 bis 120.

[855] Pour J. Paillusseau (*La Société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise*, Sirey 1967, p. 229), fondamentalement, il semble que « la règle du tiers » répond au souci d'assurer le respect de la hiérarchie. Il s'agit d'éviter que le Président Directeur Général (PDG) ne soit contrôlé et révoqué par un conseil d'administration dominé par les salariés qu'il dirige.

[856] Michel Filiga Sawadogo, *Droit des entreprises en difficultés*, éd. Bruylant, Bruxelles, 2002, n°4 p. 39).

[857] M. de Juglart, B. Ippolito, *op.cit.*, p.86.

émettant des réserves qui auraient dû aboutir à une non certification, valide quand même souvent de manière fort ingénieuse les comptes mais il s'agit souvent là d'une appréciation souveraine[858]. Cette façon souterraine de procéder peut quand même conduire à des dérives mais bien souvent il s'agit de questions très complexes délicats qui dévoilés de façon abruptes dans le rapport alors que celle-ci bien accompagnée peut facilement lever les écueils enregistrés[859]. Ces propos fort enrichissants démontrent à quel point le rôle du commissaire aux comptes peut s'avérer inefficace.

Au-delà du faible niveau d'implication des parties intégrantes dans la gestion de la société, nous avons le faible niveau d'application des textes existants.

B/ Le faible niveau d'application des textes existants

Lorsque la propriété du capital et l'exercice du pouvoir sont dissociés, la fonction principale du droit des sociétés est de prévenir et de sanctionner le comportement de ceux qui, agissant pour le compte d'autrui, font prévaloir leurs intérêts personnels[860]. De même comme l'affirme le rapport du groupe de travail de l'Institut de l'entreprise (IDEP) : « liberté et responsabilité sont indissociables et consubstantielles, à la fois à la démocratie et à l'économie de marché. Il nous faut redécouvrir la première et redéfinir la seconde dans le domaine économique, comme sans doute dans bien d'autres[861] ». Seulement, on se rend compte que le droit pénal OHADA se borne à incriminer des comportements renvoie à des textes préexistants ou à créer[862]. Par la méthode du renvoi législatif, l'OHADA a transféré aux Etats le soin de trouver des sanctions aux incriminations contenues dans les Actes uniformes. C'est ce que Jacques Boré appelle « une mobilisation du droit national au service du droit communautaire[863] ». Ainsi, nous pouvons citer à titre d'exemple la loi 98-22 du 26 mars 1998 portant sur les sanctions pénales applicables aux infractions contenues dans l'AUSCGIE[864] et la loi camerounaise n° 2003-008 du 10 juillet 2003 relative à la répression des infractions contenues dans certains actes uniformes OHADA. Cette situation comporte des difficultés liées à la mise en œuvre des règles de fond (éclatement de l'élément légal et atteinte au principe de l'égalité) et de forme entraînant ainsi l'apparition de « paradis pénaux[865] ».

L'article 891 AUSCGIE qui traite de l'abus de biens sociaux permet de se poser plusieurs question : quand l'engager ? On pourrait répondre que c'est quand les faits sont révélés. Et si

[858] A. Dièye, *Régime juridique des sociétés commerciales et du GIE dans l'espace OHADA*, 3e édition 2008, Cabinet Aziz Dièye, p.210.
[859] A. Dièye, *ibid*, p.210.
[860] P. Didier, « *Théorie économique et droit des sociétés* », in Etudes à la mémoire d'Alain Sayag, Litec, 1997, pp. 227 et s.
[861] Rapport cité dans la modernisation du droit des sociétés, *op.cit*., p.13.
[862] N. Diouf, *Droit pénal des affaires*, in Formation des formateurs magistrats, Droit pénal des affaires et contentieux maritime du 26 janvier au 6 février 2009.
[863] Jacques Boré, « *La difficile rencontre du droit pénal et du droit communautaire* », Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Droit pénal contemporain, Cujas, 1989, p.25-49.
[864] J.ORS, n°5798 du 25 avril 1998.
[865] Ouvrage collectif *OHADA, Sociétés commerciales et GIE*, collection « Droit uniforme africain », pp.236-237.

l'on dissimule ces faits ? Et le parquet découvre-t-il l'abus de biens sociaux ? En France, M. Michel Dobkine[866] répond par la négative.

A supposé le problème de la cohérence de la politique criminelle OHADA réglé, qu'en est-il de celui de la circulation des décisions de justice au niveau communautaire, pour ne pas parler de l'absence de dispositions relatives au délit d'initié ?

Concernant la première question, qu'il nous soit permis de nous référer à des opinions forts pertinentes. En effet, pour P. MEYER, l'OHADA poursuit l'objectif essentiel de sécurité juridique et judiciaire. On aurait pu penser que l'objectif affiché par l'institution aurait amené les rédacteurs du Traité de Port-Louis du 17 octobre 1993, à envisager la reconnaissance et l'exécution au plan régional, des jugements rendus par les juridictions nationales, au moins lorsqu'ils ont tranché un litige suscitant l'application des actes uniformes édictés par l'organisation. Il n'en est rien. Aucune disposition du Traité OHADA n'est consacrée à la circulation des jugements dans l'espace OHADA[867].

Quant au délit d'initié, il n'est pas prévu par le droit OHADA mais plutôt par l'article 37 de l'annexe II de la Convention du 03 juillet 1996 portant composition, organisation, fonctionnement et attributions du Conseil Régional de l'Epargne Publique et des Marchés Financiers. Aux termes de cette disposition, 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. Quant à l'information privilégiée, c'est, toujours selon l'article précité, une information non publique, particulière et précise qui, si elle est rendue publique, pourrait avoir une incidence sur la valeur d'un actif ou sur le cours d'un produit coté.

Conclusion

Au terme de cette analyse, peut-on sans risque de se tromper affirmer que l'introduction de la *corporate governance* dans le droit des sociétés dans l'espace OHADA est l'expression d'une américanisation ou d'un totalitarisme mondialiste ? Un auteur répondant par la négative. A son avis, la *corporate governance* est d'abord l'expression du succès théorique de l'analyse économique des institutions. Ensuite, il faut reconnaître que la théorie économique qui est fondée sur la notion d'efficience peut aussi être utilisée dans un sens normatif[868]. Ce n'est pas le cas de P. Bourel qui estime que sous la contrainte des groupes de pression, bailleurs de fonds, *lobbies*, hommes d'affaires internationaux, l'OHADA, véritable arsenal à fabriquer du droit, a préféré, pour ne pas freiner les travaux, contourner les obstacles au lieu de les

[866] L'auteur est cité dans le Rapport la modernisation du droit des sociétés, p.156. Pour ce dernier, en France, les parquets ne découvrent jamais d'abus de biens sociaux et ceux-ci leur sont dénoncés, dans un délai de 5 à 8 ans, soit par les services fiscaux (dans le cadre du contrôle de l'exercice de l'acte anormal de gestion), soit par les parties civiles ou les chambres régionales des comptes, ou encore à la suite d'enquête de faillite.

[867] P. MEYER, *Sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA*, OHADATA, D-06-50, p.13, n°24.

[868] P. Behrens, Commentaire de l'article d'A. Couret, *La structure juridique des entreprises* (*corporate governance*), in Mondialisation et droit des sociétés, n° spécial, Mondialisation et droit économique, RIDE, 2002/2-3, p.379. Dans une perspective normative, le concept de *corporate governance* implique que les institutions légales qui sont destinées à établir le contrôle de la direction doivent être organisées de façon efficiente.

affronter[869]. Toujours selon l'auteur, s'agissant par exemple de l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales, ses auteurs se sont-ils préoccupés, et dans l'affirmative, ont-ils eu les moyens de procéder à des recherches statistiques sur leur nombre, leur répartition entre les Etats membres, leurs formes les plus courantes, le volume et l'origine de leurs capitaux, l'importance qu'elles ont dans le développement économique du pays ? Ont-ils questionné le droit comparé qui aurait été, dans ce domaine, particulièrement riche d'expérience[870] ?

Selon un auteur, nombre d'institutions s'intéressent au gouvernement d'entreprise, indépendamment du fait que les pratiques dites du gouvernement d'entreprise sont considérées aujourd'hui comme indispensables aux Etats-Unis, au Canada, au Royaume-Uni[871].

Les institutions dont il s'agit sont soient privées, soient publiques. C'est l'exemple de l'OCDE qui a publié des « Principles of *Corporte Governance*[872] », du FMI, de la Banque mondiale, du G7 au sommet de Cologne, en juin 1997, des associations internationales[873]

C'est dire donc toute l'actualité et l'importance de la notion de gouvernance d'entreprise et ce n'est pas un hasard si le législateur OHADA s'y intéresse.

L'étude de ce sujet aura permis non seulement d'examiner la notion d'intérêt social qui est définie dans le rapport Vienot comme : « l'intérêt supérieur de la personne morale elle-même, c'est-à-dire de l'entreprise considéré comme un agent économique autonome, poursuivant des fins propres, distinctes notamment de celles de ses actionnaires, des ses salariés, de ses créanciers dont le fisc, de ses fournisseurs et de ses clients, mais qui correspondent à leur intérêt général commun, qui est d'assurer la prospérité et la continuité de l'entreprise[874] », mais également que le droit des sociétés a vocation s'inscrire dans un processus de mondialisation[875].

---

[869] P. Bourel, *A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique*, Recueil Dalloz-2007- n°14, p.970. Selon cet auteur, l'avancée de l'OHADA ne saurait certaines imperfections du système mis en place, notamment eu égard à l'emprise qu'il révèle dans sa conception même et la méthodologie dont il procède, des puissances étrangères, au premier rang desquelles la France, plus soucieuses de se servir de l'Afrique que de la servir. On peut être d'accord ou pas sur les propos de l'auteur, tout ce qui est constant c'est que la Banque mondiale a demandé au Sénégal de procéder à certaines réformes et même souhaité une réforme du droit des sociétés OHADA (www.worldbank.org/ifa/rosc date de dernière consultation le 7/02/2012).

[870] P. Bourel, *ibid*.

[871] A. Couret, *La structure juridique des entreprises* (*corporate governance*), in Mondialisation et droit des sociétés, op.cit., pp.341-342.

[872] OECD, « *Principles of Corporate Governance* », 26/27 mai 1999, OECD Financial Market Trends, n°73, juin 1999, pp.129 et s. Ces principes ont été adoptés en mai 1999 par les ministres représentant 29 gouvernements de l'OCDE.

[873] V. Pour toutes ces précisions A. Couret, *La structure juridique des entreprises (corporate governance*), in Mondialisation et droit des sociétés, *op.cit.*

[874] Définition citée à la page 12 du Rapport Philippe Marini. Seulement à la page 9 dudit rapport, on s'est demandé si l'intérêt social, sensé transcender les intérêts des actionnaires, n'est pas devenu l'alibi d'un nouveau « despotisme éclairé ».

[875] A. Couret, *La structure juridique des entreprises*, op.cit., p.340.

Mais comme le dit le Président de l'ANSA : « ce ne sont pas des textes qui peuvent rendre les gens intelligents s'ils ne le sont pas, courageux lorsqu'ils ne le sont pas, honnêtes lorsqu'ils ne le sont pas. Le système français laisse aujourd'hui aux entreprises la possibilité de choisir entre diverses structures juridiques. Pourquoi les priver de cette possibilité de choix ?[876] ». Cette observation vaut pour le droit OHADA[877]. Ce faisant, on pourrait poser des règles standards de bonne gouvernance d'entreprise et permettre aux acteurs de la société de choisir celles qui leur convient le mieux. N'est-ce pas là un signe de la liberté contractuelle en droit des sociétés[878] ?

[876] Cité dans le Rapport, *La modernisation du droit des sociétés*, p.51.

[877] Surtout qu'il est admis que certains pays tels que l'Inde et de nombreux tigres et dragons asiatiques, les pays du moyen Orient s'intéressent à l'OHADA (L.D. Muka Tshibende, *La sécurité juridique et judiciaire issue du droit OHADA*, in Recueil d'Etudes sur l'OHADA et l'UEMOA, Vol I, Collection Horizons juridiques africains, PUAM, p.52). Il ne faudrait pas que le législateur OHADA tombe dans le mimétisme et prosélytisme législatifs.

[878] J.P. Bertrel, *Liberté contractuelle et sociétés, Essai d'une théorie du « juste milieu » en droit des sociétés*, RTD.Com. 49 (4), oct.-déc.1996, pp. 595 et s. Dans l'avant projet d'acte uniforme portant sociétés commerciales et GIE, il y a inséré les conventions extrastatutaires en vue d'organiser librement les relations entre associés, la composition des organes, la conduite des affaires de la société, l'accès au capital social ou la transmission des titres sociaux (nouvel article 2-1).

ETUDES

La problématique des fonds souverains chinois en Afrique

par

-Dr. Félix ONANA ETOUNDI*- Magistrat- DIRECTEUR GENERAL DE L'ERSUMA*

&

-Frédérique YOUMBI FASSEU*, LL.M. Étudiante à l'École du Barreau, Montréal, Doctorante en droit, Université de Montréal, Auxiliaire de recherche, droit international des affaires, Relais pédagogique ERSUMA-OHADA pour les zones Canada - Chine - Caraïbes – États-Unis, Secrétaire Club OHADA CANADA*

INTRODUCTION

Aborder l'importante question d'actualité qu'est la problématique des fonds souverains en Afrique à l'ère de l'OHADA revient d'abord à définir et à donner les caractéristiques de la notion de fonds souverains, de circonscrire son cadre juridique et les mesures de protection prises pour paralyser la possibilité qu'il soit utilisé comme une arme politique (I). Ensuite, il s'agira d'examiner les fonds souverains présents en Afrique et leur force opérationnelle (II).

I. LE STATUT JURIDIQUE DES FONDS SOUVERAINS

La notion de fonds souverains soulève de nombreuses inquiétudes à l'heure actuelle : est-ce le retour du capitalisme d'État? Quel est leur rôle dans le nouvel ordre économique mondial? Opportunité ou menace? Quelles conséquences pour l'Afrique? Il faudrait mieux comprendre leur statut juridique pour pouvoir examiner les inquiétudes qu'ils peuvent soulever.

D'abord, il faut commencer par distinguer les fonds d'investissement des fonds souverains car tous les fonds d'investissement ne sont pas des fonds souverains. Les fonds d'investissements peuvent être des *private equity* qui ont pour objectif d'investir dans des sociétés sélectionnées sous certains critères. Ils sont le plus souvent spécialisés selon l'objectif de leurs intentions : fonds de capital-risque, fonds de capital développement, fonds de LBO (*leverage buy-out*) qui correspondent à des stades différents de maturité de l'entreprise[879]. Les fonds de *private equity*s'intéressent à des entreprises de toutes tailles. C'est ainsi que le fonds KKR en 1988 a racheté le conglomérat américain RJR Nabisco pour un montant de 25 milliards de dollars.[880] Les fonds d'investissement peuvent être aussi des fonds communs de placement ou des fonds de pensionet enfin la troisième des principales catégories de fonds d'investissement est les *hedgefunds* qui ont fait couler beaucoup d'encre lors des dernières crises. Ils sont définis comme des « fonds à vocation spéculative cherchant des rentabilités

[879] Loïc PHILIP et Jean Philippe GAUDEMET, *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, Paris, Economica, 1991.

[880] J-M. PUEL, *Les fonds souverains: instruments financiers ou armes politiques*, Paris, Éditions Autrement, Collection Monde et Nations, 2009. p. 12

élevées et qui utilisent abondamment les produits dérivés, en particulier les options»[881] Ils s'adressent aux personnes physiques ou morales à patrimoine élevé ayant une grande tolérance du risque.[882]

Les fonds souverains quant à eux sont définis comme étant des fonds d'investissement ayant un but défini et particulier et possédé par le gouvernement ou l'État.[883] Les fonds souverains ne sont pas des instruments financiers récents mais inspirent une vague d'inquiétude dans la finance internationale depuis le début des années 2008 à cause de l'importance grandissante qu'ils occupent. Ils sont vus tantôt comme une menace des gouvernements tiers ou comme un espoir de meilleure régulation du marché.[884] La Chine en plein essor économique possède quelques principaux fonds souverains : la China Investment Corporation (CIC), la State Administration of Foreign Exchange (SAFE), la China National Offshore Oil Corporation (CNOOC) et le AfricanDevelopmentFund (ADF). Les deux dernières sont les principales actives en Afrique.

Les fonds souverains peuvent avoir une personnalité distincte du gouvernement ou non. La SAFE par exemple est directement gérée par le gouvernement alors que les autres possèdent une personnalité juridique distincte de celle du gouvernement. Les fonds souverains chinois ont des finalités économiques et stratégiques précises dans le financement des entreprises d'investissements miniers et pétroliers en Afrique : il s'agit de sécuriser des approvisionnements énergétiques. Dès lors, quelles conséquences juridiques pour les cosignataires africains de signer des traités avec des entreprises chinoises privées financées en arrière par le gouvernement chinois? La question du statut juridique des fonds souverains est importante à ce niveau pour pouvoir déterminer quel est le niveau d'implication du gouvernement dans les contrats signés entre le pouvoir public africain et les sociétés privées chinoises. Le chapitre analysera donc dans sa première section les caractéristiques des principaux fonds souverains chinois agissant en Afrique (A) et consacrera la deuxième section à l'examen du cadre juridique international des fonds souverains et des mesures de protection nationale pour limiter l'utilisation à des fins politiques (B).

A. Caractéristiques des principaux fonds souverains chinois en Afrique

Les fonds souverains ont généralement peu d'engagements explicites[885]. Elles investissent dans les actifs africains et poursuivent des stratégies d'investissement à long terme. Ils réinvestissent les réserves monétaires et financières étatiques chinoises comme nous le

[881]Loïc PHILIP et Jean Philippe GAUDEMET, *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, Paris, Economica, c1991.

[882] Ibid.

[883]Udaibir S. DAS, Yinqiu LU, Christian MULDER et Amadou SY,« Setting up a Sovereign Wealth Fund: Some policy and Operational Considerations », International Monetary Fund Working Paper, (2009), p. 5.

[884] Olivier PROST, Hugues PARMENTIER et Cyrille HUGON, « Fonds Souverains: Quelle réglementation européenne ? » REVUE BANQUE, (2009) 54 n. 709. P. 1.

[885]Caroline Bertin DELACOUR, *Les fonds souverains Ces nouveaux acteurs de l'économie mondiale*, Paris, Édition Les Échos, Eyrolles, 2009, P.32

verrons dans un premier paragraphe avant d'examiner les implications de la personnalité juridique distincte de celle de l'État en un second paragraphe. Nous nous pencherons enfin en troisième paragraphe sur la souveraineté des fonds souverains.

1. Les ressources des fonds souverains chinois : les fonds d'excédents commerciaux et budgétaires

Les sources principales des fonds souverains chinois sont les excédents commerciaux et les excédantes budgétaires qui alimentent les réserves de change.[886] Ces excédants représentent plus du tiers des actifs gérés par les fonds souverains.[887]Selon Caroline Bertin Delacour, l'importance des excédents budgétaires et commerciaux s'explique par le renforcement des politiques budgétaires fondées sur les exportations.[888] En effet, la main-d'œuvre, le salaire moyen (beaucoup moins élevé qu'ailleurs) et la sous-évaluation artificielle de la monnaie chinoise (qui fait l'objet de discussions au sommet de G-20 2011) justifient l'importance des exportations chinoises. Les fonds souverains déposent les fonds à l'étranger, ce qui contribue à la sous-évaluation du Yen (monnaie chinoise). Aussi les cotisations importantes de santé et pensions diverses des habitants contribuent au financement des fonds souverains. Cela étant, il convient d'examiner la personnalité juridique des fonds souverains chinois.

2. La personnalité juridique distincte de celle du gouvernement chinois

La personnalité juridique des fonds souverains signifie qu'ils sont aptes à être titulaires de droits et à être assujettis à des obligations. Les fonds souverains peuvent donc ester en justice. Ils ne peuvent pas dans ce cas invoquer l'immunité de juridiction appliquée à l'État chinois.

Les fonds souverains sont institués par la loi des finances et organisés comme personnes juridiques distinctes de celle du gouvernement et de la banque centrale.[889] Ils sont régis par le droit commun des sociétés et des lois spéciales. Les fonds souverains chinois sont gérés par un conseil d'administration avec la majorité des membres nommés par le ministre des Finances.[890] Il y a généralement une limite quant au nombre de membres du gouvernement pouvant siéger au conseil. Cependant, le président du conseil est désigné par le ministre des Finances.[891]

Cela étant, la stratégie d'investissement et la politique de gestion du fonds sont dictées par le gouvernement et le ministère des Finances. Aussi, le fonds souverain rend compte au gouvernement car c'est lui qui fournit les liquidités.

---

[886] Ibid. p. 32
[887] Ibid. p. 33
[888] Ibid.
[889]C. B. DELACOUR, *Les fonds souverains Ces nouveaux acteurs de l'économie mondiale*, Paris, Édition Les Échos, Eyrolles, 2009, p.32.
[890] Ibid.
[891] C. B. DELACOUR, préc. Note 16, p. 57.

3. Le contrôle public des fonds souverains et la motivation stratégique d'investissement en Afrique

3.1. Le contrôle public des fonds souverains

Les fonds souverains financent des entreprises chinoises qui viennent constituer des joint-ventures avec les gouvernements ou les entreprises africaines ou investir à leur tour sur le sol africain. Le gouvernement chinois se retrouve donc de près ou de loin, actionnaire de la joint-venture ou du partenariat. À ce titre, le gouvernement chinois à la possibilité d'accéder aux informations du gouvernement hôte, de voter aux assemblées générales ou encore de se faire représenter lors des conseils d'administration de la société formée. Ainsi le gouvernement chinois pourrait donc directement influer sur les politiques d'investissement et d'exécution des projets, et même sur les politiques en matière d'exploitation des ressources naturelles du pays. C'est cette possibilité qui soulève l'inquiétude de l'utilisation des fonds souverains à des fins politiques : la possibilité qu'en plus d'orienter les politiques d'investissements des fonds souverains, le gouvernement chinois puisse orienter la politique d'investissement et de gestion des ressources naturelles des pays africains ou encore la politique tout court.

3.2. Motivation stratégique des fonds souverains chinois en Afrique : assurer l'indépendance énergétique chinoise

À travers la CNOOC particulièrement, la Chine s'approvisionne en matière première et en pétrole en Angola, au Nigéria, au Soudan et dans d'autres pays du golfe de Guinée. En effet, 85% des nouvelles réserves pétrolières se trouvent en Afrique.[892] La croissance des besoins énergétiques chinois oriente la politique d'investissements des fonds souverains du pays.[893] Le gouvernement chinois signe des traités de partenariat en matière énergétique et les fonds souverains viennent en arrière les mettre en œuvre. En Angola par exemple, lors de sa visite en mars 2005, le ministre chinois Zeng Peiyang a signé 9 traités de coopération avec l'Angola en matière énergétique[894]. L'Angola est le second pays producteur de pétrole africain, 94% des exportations angolaises sont pétrolières et la Chine est son premier client en la matière.

Au regard de ce qui précède, les fonds souverains financés par l'État et titulaires d'une personnalité juridique distincte dudit État sont quand même contrôlés par ce dernier et peuvent devenir une menace pour l'État hôte des investissements. Dès lors, le cadre juridique international des fonds souverains et les mesures de protection nationales méritent l'attention.

B. Le cadre juridique international et les mesures de protection nationales

Il s'agit de la réglementation des investissements directs étrangers au niveau international.

[892]Ibid, p.107.

[893]J-M. PUEL, *Les fonds souverains: instruments financiers ou armes politiques?* Paris, Éditions Autrement, Collection Monde et Nations, 2009.

[894] Cindy HURST, « China'sOil Rush in Africa », (2006) LCDR, Energysecurity.

1. Le cadre juridique international

Le cadre juridique international va des règles de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) sur le libre-échange, à celle de l'Organisation de Coopération et de Développement Économique (OCDE) : le Code de libéralisation des mouvements de capitaux en considérant les codes de conduite tels que les Principes de Santiago : Principes et pratiques Généralement Acceptés(PPGA) par les fonds souverains.

1.1. Les règles de l'OMC et de l'OCDE

L'OCDE réunit en 2010 trente-quatre pays membres mais la Chine et les pays africains n'en font pas partie.[895] L'OCDE travaille dans le sens de la libéralisation de capitaux entre ses membres. Elle régule les investissements étrangers et a établi un Code de libéralisation des mouvements de capitaux. L'OMC quant à elle compte parmi ses 153 pays membres, 39 pays africains membres et 7 observateurs. Et depuis décembre 2001 la Chine en est membre. Elle s'occupe de la réglementation du commerce transnational.

L'OMC comme l'OCDE établissent le principe de la liberté d'investissements comme moteur de développement économique. Cette liberté d'investissement s'accompagne des principes de non-discrimination et de traitement national. Les pays hôtes ou receveurs d'investissements étrangers doivent le même traitement aux investisseurs nationaux qu'aux investisseurs des autres pays membres. Un traitement moins favorable est prohibé. L'OCDE prévoit la suppression progressive de mesures discriminatoires si elles existent. Le traitement national vise l'égalité de concurrence et de négociation et la libre circulation des capitaux. Ces principes ont force de loi pour les pays membres. Il ressort donc que dans le cadre de l'OMC, les fonds souverains chinois investissant dans les pays africains membres ne peuvent faire l'objet d'aucun traitement moins favorable ou de restrictions.

Cela étant, l'exception de sécurité nationale s'applique. L'OCDE par exemple en l'article 3 du code de la libéralisation des mouvements de capitaux autorise la prise de mesures nécessaires

« à la protection des intérêts essentiels à sa sécurité» et au *«maintien de l'ordre public ou à la protection de la santé, de la moralité et de la sécurité publique»*[896]

Les intérêts de sécurité sont déterminés par les États mais il est nécessaire de garder un environnement d'investissement sain. Les mesures prises doivent être codifiées et publiées selon le principe de transparence et de prévisibilité. Et le principe de proportionnalité veut que la mesure prise ne soit pas plus importante que la valeur que l'on tend à protéger.

2.2. Les Principes et Pratiques Généralement acceptés : les principes de Santiago

Le groupe de travail des fonds souverains est constitué des 26 pays[897] membres du FMI possédant un fonds souverain dont la Chine. Le groupe s'est réuni à trois reprises à

[895] http://www.oecd.org/document/1/0,3746,fr_2649_201185_1889409_1_1_1_1,00.html

[896] Code de l'OCDE sur la libéralisation des mouvements de capitaux et des opérations courantes invisibles. Art. 3

Washington, à Singapour et à Santiago pour recenser et rédiger un ensemble de principes et pratiques généralement acceptés (PPGA) et qu'il a convenu d'appeler principes de Santiago.

Les principes de Santiago sont guidés par les principes tels que :

«Se conformer à toute réglementation et obligation de communication de l'information financière en vigueur dans les pays où ils investissent»[898]

Aussi cité comme PPGA 15,

«Se doter de structures de gouvernance transparentes et saines permettant de disposer de mécanismes appropriés de contrôle opérationnel, de gestion des risques et de responsabilisation»[899]

Aussi, le PPGA 20 stipule que :

«Le fonds souverain ne peut pas rechercher ou mettre à profit des informations privilégiées ou une position dominante déloyale des entités publiques pour concurrencer les entités privées.»[900]

Les principes de Santiago mettent également l'accent sur la transparence en publiant la finalité du fonds souverain et sa politique d'investissement (PPGA 2 et 18.3). Les informations financières attestant l'orientation économique et financière du fonds (PPGA 17) doivent également être publiées. Le PPGA 11 prescrit un rapport annuel des activités et des résultats du fonds.

En gros les principes de Santiago visent à rassurer les pays d'accueil et prônent à ce titre la transparence des fonds souverains et la conformité aux lois en vigueur dans les pays d'accueil ainsi que l'interdiction de toute influence ou abus du fonds souverain sur son territoire d'accueil.

Reste maintenant à évaluer la mise en œuvre de ces principes par les fonds souverains et aussi les conséquences ou la répression du non-respect des PPGA.

2. Les mesures de protection nationales et communautaires

L'Union européenne à titre de droit comparé et la Communauté économique et monétaire d'Afrique Centrale (CEMAC) dans les lois régissant les investissements étrangers; ainsi que les codes et chartes d'investissement des pays africains partenaires chinois nous servirons de base dans l'examen des mesures de protection nationales.

---

[897]Les pays membres du groupe de travail des fonds souverains sont les suivants: Australie, Azerbaïdjan, Bahreïn, Botswana, Canada, Chili, Chine, Émirats arabes unis et États-Unis, Guinée équatoriale, Iran, Irlande, Corée, Koweït, Libye, Mexique, Nouvelle-Zélande, Norvège, Qatar, Russie, Singapour, Timor-Leste et Trinité-et-Tobago

[898]Principes de Santiago. P.4

[899]Ibid.

[900]Ibid PPGA. Art 20

2.1. Les règles de l'Union européenne

Le principe ici reste celui de la libre circulation des capitaux. L'article 56 du traité instituant la communauté Européenne (traité CE) interdit «toutes restrictions aux mouvements de capitaux entre les États membres et entre les États membres et les pays tiers.»[901] L'UE pose le principe de la libre circulation des capitaux non seulement entre les pays membres mais également entre les pays membres et les pays tiers.

Cependant, l'article 58 du même traité autorise la *«Prise de mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique.»*[902]

Et l'article 296 permet de prendre des mesures nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre.[903] L'ordre public et la sécurité nationale sont donc des motifs de restrictions à la libre circulation des capitaux.

Aussi, « les prises de contrôle dépassant un certain seuil de chiffre d'affaires doivent être notifiées à la commission européenne ou à une ou plusieurs autorités nationales de concurrence en Europe.»[904] De plus les États membres peuvent prendre des mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux pris en considération par le règlement numéro 139/2004 avec les principes généraux et autres dispositions du droit communautaire. Ce contrôle ne se substitue pas à celui de la commission européenne et le même règlement confère à la commission un pouvoir de décision sur la question.[905]

Enfin l'article 87 du Traité de la Communauté Européenne interdit les aides d'État par le Traité CE à moins d'être autorisées par la commission européenne. Il ressort donc que l'UE dispose déjà d'une réglementation assez contraignante dans la protection des intérêts et de la souveraineté des États membres. L'étude de la question sur le plan de la législation communautaire et nationale africaine à ce niveau s'impose.

2.2.. La législation africaine communautaire et nationale africaine

La CEMAC regroupe 6 pays d'Afrique centrale[906] qui traitent quasiment tous avec la Chine car le golfe de Guinée regorge de ressources naturelles. L'article 23 de la charte des investissements de la CEMAC garantit la libre circulation des capitaux conformément à 8 des statuts du Fonds Monétaire International (FMI) auquel tous les pays membres ont adhéré.[907] L'article 9 de la charte des investissements stipule que :

[901]Directive 88/361/CEE du conseil annexe 1, 24 juin 1988
[902]Ibid.
[903]C. B. Delacour préc. Note 16 p. 122.
[904]O. PROST, H. PARMENTIER et C. HUGON préc. p. 55
[905] Ibid.
[906] Les pays membres de la CEMAC sont : Cameroun, République du Congo, Gabon, Guinée Équatoriale, Tchad et République Centrafricaine. La République Centrafricaine étant le seul pays qui ne fait pas l'objet d'investissements miniers et pétroliers chinois.
[907]Charte des investissements CEMAC, Règlement n°17/99/CEMAC-20-CM-03 du 17 décembre 1999 Art 23.

« *Sauf motifs d'ordre public, de sécurité ou de santé publique, les États accordent à l'investissement étranger le même traitement qu'à l'investissement national. Toutefois, ils attendent de l'investisseur étranger qu'il évite tout comportement et toutes pratiques nuisibles aux intérêts du pays d'accueil, notamment par la surfacturation des prestations de la société mère à la filiale nationale, l'évasion fiscale, le recours à la corruption, etc., et qu'il s'abstienne de toute implication dans les activités politiques dans le pays.*»[908]

Il ressort que les principes de libre circulation des capitaux et de traitement national demeurent. Les exceptions concernent l'ordre public, et les «pratiques nuisibles» que la Charte CEMAC considère comme la surfacturation des prestations, l'évasion fiscale et la corruption. La Charte met l'accent sur la non-implication dans les activités politiques du pays. Ce dernier point semble à première vue épouser la politique de non-interférence chinoise. Par exemple, on pourrait noter que la Charte ne fait mention d'aucunes restrictions quant à la production ou le commerce d'armes, de munitions ou de matériel de guerre comme le cas de l'UE. La Chine se révèle être l'un des fournisseurs d'armes qui alimentent les conflits politiques en Afrique : du Darfour Soudanais au Zimbabwe en passant par le Burundi, la Tanzanie et la Guinée équatoriale.[909] Il s'agit d'équipements militaires, d'armes et d'appareils militaires aériens.[910] Une réforme juridique s'impose pour épouser les nouvelles réalités d'investissements étrangers en Afrique.

Le droit issu du Traité de Port Louis relatif à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) signé le 17 Octobre 1993 et modifié à Québec le 17 Octobre 2008 qui compte 17 pays membres[911], souffre des mêmes limites quant à l'absence d'encadrement des limites ou restrictions à la liberté d'investissement et de circulation des capitaux.

Les législations nationales telles que celles de la République Démocratique du Congo[912] et du Cameroun[913] garantissent aux investisseurs étrangers un traitement équitable et égal que celui des investisseurs nationaux conformément au droit international et communautaire.

Les articles 23 et 25 du Code des investissements congolais[914] et l'article 10 de la Charte des investissements du Cameroun[915] garantissent le traitement national et la libre circulation des capitaux. Cependant les seules restrictions évoquées sont celles relatives à l'ordre public.

---

908 Charte des Investissements CEMAC préc. Note 34, Art 9.

909 Axel HARNEIT-SIEVERS, Stephen MARKS, Sanusha NAIDU, *Chinese and African perspectives on China in Africa*, Nairobi, Pambazuka Press 2010 p. 43.

910 Axel HARNEIT-SIEVERS, Stephen MARKS, Sanusha NAIDU, *Chinese and African perspectives on China in Africa*, Nairobi, Pambazuka Press 2010 p. 43.

911 Pays membres de l'OHADA: Bénin, Burkina Faso, Cameroun, République Centrafricaine, Comores, République du Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad et le Togo. La République Démocratique du Congo en cours d'adhésion.

912 République Démocratique du Congo, Code des investissements, Loi n. 004 du 21 février 2002.

913 Cameroun, Charte des investissements, Loi n. 2002-004 du 19 avril 2002.

La législation africaine se révèle ne pas être à jour par rapport aux nouveaux acteurs de la finance internationale et des investissements étrangers tels que les fonds souverains. Dès lors, la protection des intérêts stratégiques nationaux doit venir d'autres instruments juridiques.

2.3. Les autres instruments juridiques

La Chine détentrice de plusieurs fonds souverains actifs à travers la planète,[916] des États-Unis (dans les institutions bancaires telles que Blackstone ou JC Flowers), en passant par l'Europe (dans l'industrie énergétique avec BP, Total ou Royal Dutch Shell) jusqu'en Afrique, a une réglementation stricte en matière d'investissements étrangers. Une possibilité serait peut-être de poser le principe de la réciprocité dans la signature des traités avec les partenaires africains. Il s'agira de partir de l'idée de faire ailleurs ce que l'on accepterait que l'on fasse chez soi. Cependant, la difficulté d'application de ce principe viendra néanmoins de l'inégalité en matière de force ou de puissance économique. Les pays africains ne seront pas forcement capable de rivaliser avec les investissements étrangers en Chine aussi importants que les investissements chinois en Afrique.

Une autre mesure juridique serait de renoncer par écrit aux immunités étatiques éventuellement applicables dans la rédaction des contrats[917]. En effet, L'État chinois se retrouvant actionnaire dans les entreprises chinoises présentes dans l'industrie extractive africaine, pourrait invoquer l'immunité de juridiction applicable aux États en cas de non-respect des lois en vigueur. Bien que la tendance veuille que l'immunité ne s'applique pas lorsque l'État est impliqué dans les activités commerciales, il est préférable de le stipuler par écrit dans la rédaction des contrats et traités entre la Chine et les États africains.

En somme, l'étude du statut juridique des fonds souverains a révélé que les fonds souverains chinois bien que disposant d'une personnalité juridique distincte de celle de l'État sont tout de même contrôlés par ce dernier et peuvent lui permettre de jouer un rôle ou d'avoir une influence déterminante sur la prise de décisions politiques et économiques sur les États africains récepteurs d'investissements étrangers. Cela étant, une reforme ou du moins une réadaptation du droit des investissements africains est nécessaire pour éviter que le partenariat ne devienne une prise de contrôle de l'Afrique par la Chine surtout au regard de la force opérationnelle grandissante de cette dernière.

II. LA FORCE OPERATIONNELLE DES FONDS SOUVERAINS CHINOIS

La politique pétrolière chinoise vise à renforcer ses approvisionnements pétroliers. En effet, la croissance économique de la Chine a augmenté de façon spectaculaire ses besoins en énergie et en pétrole. La Chine se trouve aujourd'hui juste derrière les États-Unis en matière de

[914]Code des investissements de la République Démocratique du Congo, Loi n. 004 du 21 février 2004

[915]Charte des investissements du Cameroun, Loi n. 002 du 19 avril 2002

[916]J-M, PUEL, *Les fonds souverains, instruments financiers ou armes politique ?*, Paris, Éditions Autrement, Collection Monde et Nations, 2009

[917]C. B., DELACOUR, *Les fonds souverains Ces nouveaux acteurs de l'économie mondiale,* Paris, Éditions Les Echos, Eyrolles, 2009

consommation pétrolière. L'approvisionnement pétrolier de la Chine dépend donc de ses importations pétrolières. Les fonds souverains chinois sont par conséquent actifs dans les grandes firmes pétrolières et énergétiques à travers le monde telles que BP, compagnie pétrolière dont la SAFE possède 1% du capital d'une valeur de 2 milliards de dollars ou TOTAL où le même fonds souverain chinois détient 1,6% du capital d'une valeur de 2,8 milliards de dollars.[918] En outre, la Chine investit directement et de plus en plus sur le sol africain qui regorge de réserves pétrolières. Les fonds souverains financent les investissements pétroliers en Afrique en échange de leur savoir-faire en matière de bâtiments, de travaux publics et aussi de l'annulation des dettes nationales dans certains pays en prônant la non-interférence dans les affaires politiques.

L'interrogation concernant la performance des fonds souverains chinois (A), mais aussi la menace qu'ils peuvent représenter sur le sol africain (B) vont retenir l'attention de ce chapitre.

A. La puissance économique des fonds souverains

L'évolution des réserves chinoises, l'influence chinoise sur le prix du pétrole et la demande mondiale de cette ressource démontrent la place occupée par la Chine dans cette industrie.[919]

1. L'évolution des réserves chinoises

L'évolution des réserves chinoises en dollars américains est particulièrement spectaculaire. En 1978, les réserves chinoises étaient à 160 millions. En 1994, elles remontaient à 15 milliards et en 2009 elles ont dépassé le seuil de 1 800 milliards.[920] Selon les responsables de la Banque Centrale de Chine[921], « les réserves de change chinoises de juin 2007 à juin 2008 se sont accrues de plus de 400 milliards de dollars américains et chaque semaine, ce montant s'accroît de 8 à 10 milliards.»[922] En novembre 2008, la Chine était le premier détenteur de bons du Trésor américain avec 585 milliards de dollars.[923] L'évolution des réserves chinoises et la place qu'elles occupent sur la scène internationale ne font pas de la Chine seulement un acteur important du commerce international mais aussi un acteur politique international déterminant.

Sur le sol africain particulièrement, les échanges commerciaux avec la Chine ont quasiment doublé entre 2003 et 2008.Ils ont progressé de 45,1% pour atteindre 106,84 milliards de dollars américains.[924] Les exportations de produits manufacturés chinois vers l'Afrique représentent en 2008, 50,84 milliards de dollars soit 36,3% de hausse par rapport à l'année précédente.[925]

Au final, il est facile de se rendre compte de l'importance des fonds souverains chinois et de leur activité grandissante sur tous les continents et particulièrement sur le continent africain.

---

[918] C. B. DELACOUR, préc, note 16, p. 50.
[919] J-M. PUEL, préc.
[920] J-M. PUEL, préc. p. 34.
[921] Entretien avec J-M. PUEL dans l'ouvrage préc., note 7.
[922] Ibid.
[923] J-M. PUEL, préc. p. 37.
[924] R. D'ABOVILLE et Q. SUN préc., note 1 p. 62.
[925] Ibid.

La puissance chinoise en constante évolution en matière pétrolière particulièrement se fait ressentir sur l'influence qu'elle a sur la fluctuation du prix du pétrole.

2. L'évolution du prix du pétrole

Le prix du pétrole dépend de l'offre et de la demande. Selon l'AIE, les ralentissements des besoins énergétiques chinois et asiatiques à l'exclusion du Japon devraient baisser la consommation de pétrole à 0,8 million de barils par jour en 2008 par rapport à l'année précédente.[926] Pourtant, il y a moins de réserves et les nouvelles réserves vont être plus onéreuses quant à l'extraction car les plus faciles ont déjà été trouvées. La demande pétrolière chinoise devrait doubler d'ici 2020. La tendance semble démontrer que la demande va se faire plus forte que l'offre et le prix du baril n'en sera affecté qu'à la hausse.

La croissance de l'implantation chinoise en matière énergétique explique mieux la politique chinoise d'investissement visant à garantir les approvisionnements pétroliers. À cela s'ajoute le fait que le pétrole brut africain dont les réserves représentent 9,5% des réserves mondiales[927] est beaucoup moins chargé en sulfate que celui du Moyen-Orient et donc beaucoup moins onéreux à raffiner.[928]

L'attrait chinois pour l'énergie africaine se révèle donc particulièrement stratégique et soulève la question de la menace que les fonds souverains pourraient être pour le continent noir.

B - La menace des fonds souverains en Afrique

En effet, sachant que les fonds souverains peuvent mener à l'ingérence et même l'influence et le contrôle des politiques gouvernementales nationales africaines, la question de savoir s'il s'agit d'une nouvelle colonisation du continent africain subsiste et alimente les débats. Pourtant, la Chine prône la non-interférence dans les affaires étatiques d'un côté et éponge les dettes des pays africains de l'autre.

1. La politique de non-interférence

Il s'agit pour la Chine de ne pas s'ingérer dans les affaires des pays où elle investit en Afrique. Cependant, les troubles politiques en Afrique sont alimentés par les armements chinois comme le cas du Darfour Soudanais. Alors que dans le même temps Khartoum est l'hôte d'une raffinerie (la Khartoum Refinery Corporation) résultant d'un joint-venture entre la China National Petroleum Company (CNPC) et une compagnie soudanaise. De plus la Chine offre une protection diplomatique au gouvernement soudanais accusé par les Nations Unies du génocide dans l'ouest du Darfour.[929] De plus, les groupes de défense des droits de l'homme accusent le gouvernement soudanais de massacrer les civils et de les chasser de leurs

[926] Ibid. p. 31.
[927] R. D'ABOVILLE et Q. SUN préc., note1, p. 64
[928] Ibid.
[929] C. HURST, « China's oil rush in Africa », (2006) LCDR, Energy Security.

terres ancestrales devenues des aires de production pétrolière[930]. À ce niveau, la non-interférence ne rimerait-elle pas avec maintien du chaos pour mieux se servir ?

La Chine signe et exécute des contrats pétroliers de millions de dollars avec les États africains en pleins troubles politiques voir guerres civiles. La politique de non-interférence ne se révèle pas être tout à fait impartiale car à défaut de faire changer les choses, elle contribue à maintenir les troubles.

2. L'épongée des dettes nationales

La Chine éponge les dettes nationales dans certains pays africains et accorde des prêts à des taux préférentiels dans le cadre de la coopération Chine-Afrique en échange d'accès aux ressources naturelles sous forme de licences d'exploitations et de contrats. Ces prêts sont accordés sans condition contrairement à ce qu'ils auraient été avec le FMI par exemple.[931] La Chine a épongé près de 20 millions de la dette tanzanienne et 40% de la dette ivoirienne.[932]

En effet, la bonne gouvernance et la lutte contre la corruption qui sont des conditions capitales pour pouvoir bénéficier des financements des institutions internationales telles que le FMI ou la Banque Mondiale, ne sont pas des obstacles pour traiter avec la Chine ni même la fragilité économique et la solvabilité du receveur. En 2004, le gouvernement angolais bénéficiait de 2 milliards de crédits à un taux d'intérêt de 1,5% sur 17 ans en échange du marché de la reconstruction nationale[933]. En 2007, le Kenya recevait 20 millions de dollars de prêt de la Chine pour la reconstruction de logements.[934] L'assistance de la Chine en Afrique a doublé entre 2006 et 2009. Le sommet de Beijing de 2006 annonçait 3 milliards de dollars de prêts préférentiels.[935] Dès lors, la menace du contrôle ou de l'influence demeure entière.

[930] Ibid.
[931] F. MANJI and S. MARKS, *African perspectives on China in Africa*, Nairobi, Pambazuka Press, 2007.
[932] E. GIROUARD, « La Chine en Afrique Néocolonialisme ou nouvel axe de coopération Sud/Sud ? » (2008) CCIC Canada's coalition to end global poverty.
[933] Ibid.
[934] Ibid.
[935] A. HARNEIT-SIEVERS, S. MARKS et S. NAIDU préc., note 54 p.63

L'insertion du droit de l'Ohada en RD Congo :

*les roses et les épines**

- ***Joseph KAMGA**, Doctorant à l'Ecole de Droit de la Sorbonne - Université Paris 1 - Panthéon Sorbonne (France) et*
- ***Marlize Elodie** NGNIDJIO TSAPI, Assistante à l'Université de Yaoundé 2 SOA (Cameroun)*

INTRODUCTION

Beaucoup en Occident comme ailleurs prédisent que l'avenir du droit se jouera entre les systèmes juridiques de la Common Law et le système civiliste originaire de l'Europe continentale. La généralisation de ces deux systèmes serait même, selon certains observateurs, inéluctable. Certains auteurs affirment par ailleurs que la concurrence entre ces deux systèmes juridiques sera - est déjà - une préoccupation majeure aux yeux des juristes[936]. Et pourtant, dans une logique de pragmatisme juridique, le besoin de sécurité juridique et d'attractivité des investissements étrangers a conduit certains pays d'Afrique à penser un autre système juridique. Ce dernier n'est ni de Common Law ni purement de droit civiliste. Désireux de faire de leurs territoires un « *pôle de développement* », ces États africains ont imaginé un système juridique *sui generis* fondé sur l'impérieuse préoccupation de promouvoir la sécurisation juridique et judiciaire des investissements. Le système juridique de l'OHADA a donc été créé à cette fin. Il est le fruit de l'imagination d'un peuple déterminé à penser et à concevoir un autre système de normes modernes, efficaces et adaptées à leurs réalités locales ainsi qu'à leurs besoins économiques et sociaux.

Pensé à l'origine pour éliminer les divergences législatives entre les États membres, accentuées depuis leurs indépendances par la balkanisation de leurs droits issus de la colonisation, ce système juridique, élaboré de l'Afrique et par l'Afrique[937], a depuis fait florès. Considéré au départ comme une curiosité juridique de peu d'importance, le droit de l'OHADA séduit au-delà de ses frontières. Du lancement officiel en 2007 du projet OHADAC[938] par l'association ACP LEGAL[939] à l'entrée en vigueur effective du droit de

* Nous remercions tous nos amis, adhérents de l'Association pour l'Efficacité du Droit et de la Justice dans l'espace de l'OHADA (AEDJ) qui nous ont fait la gentillesse de relire cette contribution.

[936] O. DUFOUR, Le rapport Doing Business in 2010 ravive la concurrence des systèmes juridiques, Entretien avec Jean-Marc Baïssus, directeur général de la Fondation pour le droit continental, et Arnaud Raynouard, professeur à l'Université Paris-Dauphine, directeur du programme Efficacité économique du droit (2ED), *Les Petites affiches*, 02 octobre 2009 n° 197, P. 3.

[937] « L'O.H.A.D.A. est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance.» Kéba MBAYE, l'un des pères Fondateurs de l'OHADA.

[938] Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires dans la Caraïbe. Les statuts sont accessibles sur http://ohadac.com/statuts-acp-legal.html.

l'OHADA en République Démocratique du Congo, l'OHADA a fait du chemin. Droit des affaires pour les uns, droit des activités économiques pour les autres[940], le droit matériel de l'OHADA est présenté comme un outil révolutionnaire qui ne peut que contribuer à encourager les investisseurs à faire des affaires dans les États Parties. Rappelons que le Traité de l'OHADA impose la primauté de la sécurité juridique et judiciaire des investissements sur toute autre valeur. C'est justement cet argument qui a motivé les autorités publiques, les milieux d'affaires et la société civile de la République Démocratique du Congo à travailler d'arrache-pied, pendant une très longue période de transition, à insérer le droit de l'OHADA dans ce qui sera désormais le plus grand pays (en termes de superficie et de population) ayant intégré l'OHADA.

Ce pays au potentiel économique formidable avait énormément besoin de réformer sa législation de nature économique d'autant plus que l'essentiel des textes régissant le droit des affaires remontait à la période coloniale. De même, la source intellectuelle de son droit économique (le droit belge) avait perdu son identité sous l'effet et l'influence toujours croissante du droit européen des affaires. Le droit des affaires belge (expurgé de l'influence européenne), source d'inspiration du législateur congolais, était devenu l'expression d'une pensée inadaptée, voire obsolète. Le repère du législateur congolais se trouvait donc contrasté et il ne lui restait qu'à choisir entre l'adhésion au système juridique de l'OHADA ou se lancer dans une vaste entreprise cavalière de réforme de son droit économique. Cette dernière lui aurait coûté cher en temps, en efficacité, mais surtout en crédibilité. C'est justement pour éviter cet écueil que le Ministre congolais de l'économie a adressé au Secrétaire permanent de l'OHADA une lettre n° CAB/MIN-ECONAT/186/2004 du 17 février 2004 par laquelle il sollicitait des informations sur les conditions et modalités pratiques de l'adhésion. De la déclaration d'intention d'adhérer à l'OHADA au 13 juillet 2012, date de dépôt des instruments de ratification du Traité, beaucoup de résistances se sont levées mais quasiment toutes ont été dissipées par un minutieux travail des acteurs en charge du dossier tant dans le circuit officiel de l'OHADA et du gouvernement congolais que dans le milieu de la société civile qui a œuvré efficacement pour que l'objectif soit atteint.

Rien n'a été facile, mais au final, le droit de l'OHADA entrera donc en vigueur[941] en RDC et l'impératif de sécurité juridique et judiciaire véhiculé par l'OHADA sera aux avant-postes de tout discours des différents acteurs congolais du droit économique. Toutefois, les joies et les propos élogieux qui ont suivi le dépôt des instruments d'adhésion par le Gouvernement de la RDC ne doivent pas faire perdre de vue les difficultés actuelles de ce système juridique *sui generis*[942]. La « galaxie » OHADA s'est agrandie territorialement, en s'élargissant vers le Sud

---

[939] ACP LEGAL est une Organisation non gouvernementale constituée pour promouvoir, coordonner et développer, le projet OHADAC. Ce projet est né de l'intérêt des pays des Caraïbes pour le projet OHADA. Ces pays sont essentiellement de culture hollandaise, francophone, anglophone et hispanophone.

[940] Voir J. DIFFO TCHUNKAM, *Droit des activités économiques et du commerce électronique,* Préf. Prof. Dorothé Cossi SOSSA, L'Harmattan, Coll. Études africaines, 2011.

[941] Le 12 septembre 2012 est la date retenue, sur le fondement de l'article 52 du Traité de l'OHADA, pour l'entrée en vigueur de l'OHADA en RDC.

[942] Voir infra, p. 11, n° 21 à 31.

et l'Est de l'Afrique, elle s'est également renforcée en nombre de sujets de droit. Elle s'est enrichie d'un pays au fort potentiel économique[943].

L'insertion du droit de l'OHADA en RDC comporte des avantages multiples, c'est à ce titre qu'il s'agit d'une chance. Cependant, des inquiétudes demeurent et l'on peut s'interroger sur la nature et l'ampleur des difficultés réelles auxquelles sera confrontée l'application effective de cette nouvelle législation des affaires en RDC. Ces difficultés sont autant d'obstacles qui obligent l'observateur à utiliser un prisme de lecture différent pour apprécier l'entrée en vigueur de ce droit nouveau dans ce grand pays placé au cœur de l'Afrique. Si ce nouveau système juridique de l'environnement économique est donc une chance, il a en face de lui plusieurs obstacles qu'il faudrait surmonter pour qu'il atteigne sa vitesse de croisière en cours d'application.

Cette étude, consciente de l'arbitraire, a donc pour vocation à mettre en évidence les retombées de l'insertion du droit de l'OHADA en RDC en faveur des différents bénéficiaires : la RDC, l'OHADA et l'Afrique. Elle ambitionne également de mettre en évidence les obstacles auxquels devront faire face l'OHADA et la RDC pour tirer le meilleur parti de cette révolution juridique que cette dernière vient d'opérer. La présentation des chances (I) de l'insertion du droit de l'OHADA en RDC précédera celle des obstacles (II) à surmonter.

La triple chance de l'insertion du droit de l'OHADA en RDC

L'application du droit de l'OHADA représente une chance à trois égards. Elle bénéficie à la RDC (I.1), à l'OHADA (I.2) et à l'Afrique (I.3).

I.1- Une chance pour la République Démocratique du Congo

7. 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. Comme le remarquait déjà un éminent juriste congolais, « *outre l'amélioration du climat des affaires, l'adhésion de la RDC à l'OHADA renforcera l'attractivité et satisfera l'objectif d'intégration régionale, clé du développement et de la paix en Afrique* »[944]. Cet auteur a d'ailleurs présenté l'OHADA comme une « *opportunité à ne pas manquer* » par la RDC[945]. Son adhésion à ce système juridique permet au pays de faire l'économie d'un long et

[943] La République démocratique du Congo s'étend sur 2 345 000 km², soit plus de quatre fois la superficie française et quatre-vingt fois celle de la Belgique, ancienne puissance coloniale. Ancienne colonie belge, possession du roi Léopold II de Belgique de 1885 (Conférence de Berlin) jusqu'en 1908, devenu indépendant le 30 juin 1960, le Congo a porté le nom de Zaïre de 1971 à 1997, jusqu'au renversement du Maréchal Mobutu Sese-Seko à l'occasion de la « première guerre du Congo ».

[944] R. MASAMBA, « Modalités d'adhésion de la RDC au Traité de l'OHADA », vol. 1, 2005, p. 8.

[945] R. MASAMBA, « Avantages comparatifs des Actes uniformes de l'OHADA », *Ohadata* D-10-24.

fastidieux processus de réformes législatives[946] car « l'*efficacité du droit des affaires OHADA ne fait donc plus l'ombre de doute* »[947].

8. Le droit de l'OHADA est le complément substantiel et nécessaire à la loi du 3 juillet 2001 instituant les tribunaux de commerce au Congo[948]. Il fallait donner un signal fort aux investisseurs d'autant plus que le Rapport Doing Business 2012 classe ce pays à la 178ème position (sur 183 économies analysées) au regard des facilités d'y faire des affaires[949]. Les textes relatifs au droit des sociétés, au droit commercial général, au droit de la faillite étaient pour la plupart surannés[950]. Le régime juridique de l'activité économique en vigueur dans ce pays était donc inadapté aux exigences de l'économie moderne et ce, à plusieurs titres. Le classement établi par la Société Financière Internationale (SFI) dans les rapports annuels Doing Business se fonde sur dix indicateurs (création d'entreprises, octroi des permis de construire, embauche des travailleurs, protection des investissements, paiement des impôts, commerce frontalier, exécution des affaires, fermeture des entreprises, etc…) censés déterminer la qualité de l'environnement juridique des affaires et classe le pays en fonction de la facilité d'y effectuer des affaires[951]. Les exemples du droit commercial général et du droit des sociétés commerciales en témoignent à suffire.

9. Le statut du commerçant est emblématique de cette inadaptation de l'ancienne législation congolaise aux exigences modernes de la vie des affaires. En effet, élément primaire de l'encadrement de l'activité économique, le cadre général de l'activité économique était régi en RDC par un Décret du 2 août 1913 relatif aux commerçants et à la preuve des engagements commerciaux[952], et plusieurs dispositions de ce texte étaient incompatibles avec celles de l'Acte Uniforme révisé du 15 décembre 2010 portant droit commercial général. Le cas de l'incapacité juridique de la femme mariée de faire le commerce à défaut d'une autorisation maritale témoigne également à suffire de cette désuétude. De même, la restriction

[946] P. DE WOLF, « Le droit des affaires de la république Démocratique du Congo à la croisé du chemin », Acte du colloque organisé à l'Université Catholique de Louvain en 2001, Ohadata D-11-21

[947] G. BAKANDEJA WA MPUNGU, « Introduction générale », in (dir) E. BALATE et S. MENÉTREY, *Questions de droit économique : les défis des États africains*, Larcier 2011, p. 249.

[948] Le 3 juillet 2001, le législateur congolais a promulgué une loi portant création, Organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce en droit congolais. Cette loi enrichit l'Organisation judiciaire congolaise d'une nouvelle juridiction et modifie ou prescrit certaines dispositions en droit de la procédure ainsi qu'en ce qui concerne le statut des magistrats.

[949] Voir P. De WOLF, « Le droit congolais des sociétés et la perspective de l'OHADA », in (dir) P. DE WOLF et I. VEROUGSTRAETE, *Le droit de l'OHADA : son insertion en République Démocratique du Congo*, Bruxelles, Bruylant 2012, p. 161.

[950] Voir P. DE WOLF, ibid, p. 162 ; R. MASAMBA, « Modalités d'adhésion de la RDC au Traité de l'OHADA », vol. 1, 2005, p. 12.

[951] M.M. SALAH, Rapport introductif général, in (dir) E. BALATE et S. MENÉTREY, *Questions de droit économique : les défis des États africains*, Larcier 2011, p. 9.

[952] Voir M. DAL et A. DEJEMEPPE, « Le droit de l'OHADA : les incidences de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général congolais », in (dir) P. DE WOLF et I. VEROUGSTRAETE, op. cit., p. 125.

à l'encontre des étrangers de la possibilité de faire du commerce illustre l'archaïsme de cette ancienne législation[953].

Désormais, dès l'application effective du nouveau droit, s'il y a une incompatibilité avec certaines dispositions de l'ancienne législation, le conflit sera résolu, sur le fondement de l'article 10 du Traité de l'OHADA, en faveur des dispositions des Actes uniformes. Par ailleurs, l'entrée en vigueur du droit de l'OHADA dotera ce pays d'un régime moderne de bail à usage professionnel qui n'était pas régi par le Décret du 30 juillet 1888 relatif aux contrats et obligations conventionnelles. Enfin, alors qu'un arrêté du 12 octobre 1999 ne s'appliquait qu'à Kinshasa uniquement, les dispositions de l'Acte uniforme portant droit commercial général s'appliqueront sur tout le territoire de la République. De même, le nouveau statut particulier de l'entreprenant qui est une réponse de l'OHADA à la préoccupation d'encadrer les opérateurs du secteur informel apportera une batterie de dispositions attractives et adaptées à ces opérateurs informels qui sont de plus en plus nombreux en RDC. Toute chose qui facilitera ainsi leur intégration progressive dans le circuit formel.

10. L'ancien droit congolais des sociétés (naguère régi de manière fragmentée par les dispositions du Code civil, du Décret du Roi Souverain du 27 février 1887 sur les sociétés commerciales, de l'arrêté royal du 22 juin 1926 et du Décret du 24 mars 1956 sur les coopératives) est encore plus symptomatique de l'inadaptation du droit congolais à la vie moderne des affaires. En effet, avant l'entrée en vigueur du droit des sociétés de l'OHADA qui contient 920 articles (et dont la révision en cours portera très probablement le nombre d'articles à plus de mil), l'ancien droit congolais des sociétés reposait sur 129 articles du Décret du 27 février 1887 tel que complété en 1960. Aucune réforme n'avait été faite en plus d'un demi-siècle[954]. La création d'une société par action à responsabilité limitée était soumise à une autorisation présidentielle préalable, et, lorsque l'autorisation était acquise, l'entrepreneur était obligé de s'associer avec d'autres actionnaires pour créer une société car le droit congolais 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* »[955]. Ce texte met l'accent sur les aspects pécuniaire, contractuel et pluripersonnel. L'unique exception à cette règle n'était consacrée qu'en faveur de l'État congolais qui pouvait avoir la qualité d'actionnaire unique[956]. Cette chape de plomb imposée par le législateur congolais obligeait les entrepreneurs locaux et étrangers à recourir aux associés « *de paille* » pour créer une entreprise. De nombreux entrepreneurs, qui rechignent à s'associer, recouraient à cette pratique uniquement pour remplir les exigences légales liées au

[953] La loi n° 73/009 du 5 janvier 1973 portant sur le commerce, modifiée par la loi n° 74/014 du 10 juillet 1974, prévoit en effet en son article 1 que « les activités économiques prévues à l'article 5 de la présente loi sont exclusivement réservées aux zaïrois… ». Pour en savoir plus, voir P. De WOLF, op. cit. p. 162.

[954] R. MASAMBA, « Les avantages comparatifs des Actes uniformes de l'OHADA », *Ohadata* D-10-24.

[955] Voir article 446.1 du Code civil congolais.

[956] Voir V. KANGULUMBA MBAMBI, « La société unipersonnelle en droit congolais : mythe ou réalité ? », *Rev. de Droit Africain,* 2001, n° 17, *RDJA*, Bruxelles, pp. 49-63, n° 56-62. Cité par P. de WOLF, op. cit. p. 169.

nombre d'associés[957]. À présent, l'insertion du droit de l'OHADA dont l'article 5 de l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales prévoit expressément la société unipersonnelle viendra soulager cette catégorie d'entrepreneurs[958]. De même, la création d'une entreprise par un investisseur étranger était soumise à de très lourdes contraintes. Il fallait justifier de la constitution d'une caution sur un compte indisponible sous le contrôle de la « Banque du Zaïre » et pour les personnes physiques, il était nécessaire, en addition, d'apporter la preuve d'un séjour ininterrompu en RDC d'au moins cinq années. La violation de ces dispositions par les personnes physiques ou morales étrangères était assortie d'une sanction pénale. À ce titre, non seulement le droit de l'OHADA permettra aux investisseurs désireux de faire des affaires en RDC, d'échapper à ces contraintes, mais également de pouvoir bénéficier des dispositions des articles 173 à 175 de l'AUSCGIE[959] qui définissent les groupes de sociétés amplement utilisés dans la pratique sociétaire par les capitaines d'industries. Cette pratique n'était pas consacrée par le législateur congolais du 27 février 1887. Notons également que les formalités de publicité seront désormais effectuées, en application des articles 257 à 269 AUSCGIE, au registre du commerce et du crédit mobilier qui constitue une véritable avancée par rapport au Décret du 6 mars 1951 qui a institué le registre du commerce en RDC. L'informatisation et la centralisation en cours du registre du commerce et du crédit mobilier de l'OHADA constituent un signal fort en faveur de la sécurité juridique des investissements.

11. Le droit congolais des sociétés bénéficiera également d'un arsenal juridique complet en matière d'encadrement des sociétés anonymes qui était « *le parent pauvre du droit congolais* » des sociétés[960]. Alors que l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales y consacre 468 articles, l'ancien droit congolais des sociétés ne comportait que trois articles sur les sociétés anonymes[961]. Compte tenu de l'ampleur des investissements nécessaires à ce pays pour retrouver le chemin du développement et de la croissance qu'il mérite, la visibilité renforcée des sociétés anonymes portée par l'AUSCGIE sera d'un incommensurable secours.

12. L'une des innovations de l'OHADA qui devrait essentiellement profiter au financement de l'économie de la RDC est l'appel public à l'épargne régi par les articles 823 à 853 de l'AUSGIE dont certaines dispositions ont été impactées par la réforme en cours concernant cet Acte[962]. Ce procédé était inconnu du législateur congolais du 27 février 1887. Le Décret signé par celui-ci disposait à l'alinéa 2 de son article 39 qu' « *aucun emprunt ne peut être conclu par une société privée à responsabilité limitée par voie d'émission d'obligations à ordre ou au porteur* ». La RDC pourra alors bénéficier des atouts de ces instruments qu'utilisent les sociétés anonymes pour lever les capitaux et financer leurs projets grâce aux émissions d'actions et d'obligations au profit d'investisseurs locaux et

[957] P. DE WOLF, op. cit. p. 169.
[958] La version initiale de ce texte n'a pas été impactée par le projet de révision de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et les groupements d'intérêt économique qui sera très probablement adopté d'ici la fin de cette année 2012.
[959] Ces dispositions ne sont pas impactées par la réforme que subira l'AUSCGIE.
[960] Voir R. MASAMBA, op. cit. p. 6.
[961] Ibid.
[962] Voir F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. NGUEBOU TOUKAM, P. G. POUGOUE, M. SAMB, Bruylant, *Sociétés commerciales et G.I.E.*, Bruylant, 2002, p. 414 - 415.

internationaux. Pour ce faire, l'économie congolaise devrait se connecter à l'un des systèmes boursiers de l'Afrique subsaharienne en rejoignant soit le marché financier de la CEMAC soit celui de l'UEMOA.

13. Sur le plan processuel, le droit congolais des affaires s'enrichira des procédés simplifiés et rapides de recouvrement des créances, lesquels étaient inconnus du droit congolais[963] et du droit de l'arbitrage de l'OHADA. La mise en œuvre de toutes ces dispositions de nature substantielle et processuelle est sous le contrôle d'une Cour suprême commune à tous les États parties à l'OHADA : la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA. Celle-ci siège à Abidjan et ses décisions ont, outre la force obligatoire, une autorité définitive de la chose jugée et la force exécutoire sur le territoire de l'ensemble des États parties et ce, dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales[964]. Par ailleurs, la compétence exclusive de la CCJA (article 14 du Traité) concernant les pourvois en cassation dans toutes les matières énumérées à l'article 2 du Traité est également un gage de sécurité judiciaire. Unique Cour suprême de l'espace OHADA au détriment des Cours suprêmes nationales, la Cour commune présente l'avantage d'unifier l'interprétation et les tendances d'application de ce droit. Cette compétence exclusive est de nature à renforcer la confiance des investisseurs dans le système judiciaire OHADA[965].

Par l'effet abrogatif, direct et obligatoire de l'article 10 du Traité de l'OHADA, le droit de l'OHADA entrera en vigueur en RDC et deviendra *de plano* son droit positif des affaires.

I.2- Une chance pour l'OHADA

14. L'insertion du droit de l'OHADA en République Démocratique du Congo apparaît comme un défi gagné, une épreuve réussie pour l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires. Beaucoup d'esprits pessimistes avaient prophétisé l'échec de cette entreprise[966]. Près de huit années se sont écoulées entre la déclaration d'intention d'adhérer à l'OHADA et le dépôt des instruments d'adhésion entre les mains du Gouvernement sénégalais. Les autorités officielles de l'OHADA et la société civile qui y ont travaillé ont fait confiance à la règle physique selon laquelle « le travail d'une force constante est indépendant du chemin parcouru ». L'expérience du processus d'adhésion de la RDC à l'OHADA inspirera l'Organisation pour la gestion des procédures d'adhésion à venir. Le principal avantage comparatif du droit de l'OHADA qu'est la sécurité juridique se trouve renforcé par son insertion en RDC. L'accessibilité matérielle et intellectuelle aux sources du droit qu'il procure est un formidable atout qui constitue une puissante réponse aux difficultés

[963] Ibid. p. 10.

[964] Voir article 20 du Traité de l'OHADA ; CCJA, Assemblée plénière, arrêt n°03/2011, 31 janvier 2011, pourvoi n° 092/2009/PC du 09 septembre 2009, obs. J. KAMGA et H. TCHANTCHOU, accessible sur http://www.dike.fr/IMG/pdf/J._Kamga_et_H._Tchantchou_note_sous_CCJA_31_janvier_2011.pdf; B. LE BARS, « Arbitrage et autorité de la chose jugée en droit OHADA : une première pierre est posée », MIDAA n° 1, p. 15.

[965] Voir J. KAMGA, « Réflexions « concrète » sur les aspects judiciaires de l'attractivité économique du système juridique de l'OHADA », *Ohadata D-12-85* et disponible également sur www.aedj.org.

[966] Voir infra, n° 28 note 66.

causées par le désordre juridique qui caractérisait les États membres (et la RDC) avant son entrée en vigueur[967]. Cette accessibilité au droit des affaires de l'OHADA bénéficiera désormais à 68 343 178 d'habitants[968] que compte la RDC et aux investisseurs qui rechignaient à y investir à cause de l'obsolescence de son système juridique. En vertu de toutes ces considérations, nous pouvons d'ores et déjà affirmer que la contribution du droit de l'OHADA à la redynamisation de l'économie congolaise est un motif de satisfaction pour l'OHADA.

15. L'insertion du droit de l'OHADA en RDC est également une chance pour l'OHADA compte tenu de la situation centrale et stratégique de ce pays. L'OHADA avait jusqu'alors séduit principalement les États de la zone franc à laquelle n'a jamais appartenu la RDC. Les pays des grands Lacs dont certaines entreprises commercent avec la RDC s'approcheront directement ou indirectement sinon de l'Organisation du moins du droit qu'il secrète. Les Juristes du Burundi manifestent déjà un certain intérêt pour l'OHADA en général et son droit en particulier[969]. Les pays comme le Rwanda qui connaissent un taux de croissance significatif côtoieront le droit uniforme de l'OHADA et pourront à l'avenir manifester leur intention d'y adhérer. Il pourra en être de même pour l'Ouganda.

16. L'insertion du droit de l'OHADA constitue également une opportunité pour l'Organisation de mobiliser des ressources auprès des bailleurs de fonds en faveur du renforcement des capacités opérationnelles de ses institutions. Compte tenu de l'ampleur des défis à relever en RDC, ces derniers seront plus enclins à consentir des soutiens financiers à l'Organisation afin de faire face à ces énormes défis. C'est également une occasion pour l'Organisation de repenser son système de financement qui ne semble guère efficace et à la hauteur des nouveaux enjeux auxquels elle fera face. L'argent étant le nerf de la guerre, l'article 43 du Traité qui énumère les ressources financières de l'OHADA devrait être repensé et adapté en conséquence[970].

I.3- Une chance pour l'Afrique

17. L'ambition affichée du législateur de l'OHADA est claire : contribuer à la construction de l'unité africaine par la voie de l'intégration juridique. La sécurité juridique qu'il véhicule à travers sa législation est donc un moyen (noble) pour parvenir à la fin ultime qu'est l'unité africaine. L'OHADA n'aura donc atteint son objectif que si l'unité de l'Afrique est réelle et réalisée. Les premier et deuxième considérants du préambule du Traité de l'OHADA sont assez significatifs à cet égard. Les pères fondateurs de l'OHADA ont pris le

[967] Voir J. KAMGA, « L'apport du droit de l'OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les États parties », *Revue des Juristes de Science Po*, n° 5, hiver 2012, p. 45, *Ohadata D-12-84*.

[968] Selon les données du Ministère de la Santé publique de la RDC, accessible sur : http://www.minisanterdc.cd/fr/documents/PNDS.pdf.

[969] Des séminaires (au moins deux) se sont tenus au Burundi sur le droit OHADA.

[970] G. BAKANDEJA WA MPUNGU, « Les institutions de l'OHADA », in (dir) P. DE WOLF et I. VEROUGSTRAETE, *Le droit de l'OHADA : son insertion en République Démocratique du Congo*, Bruxelles, Bruylant 2012, p. 37.

soin d'afficher cette ambition au fronton même du Traité institutif de l'Organisation. Ainsi, y est-il mentionné : « Déterminés à accomplir de nouveaux progrès sur la voie de l'unité africaine et à établir un courant de confiance en faveur des économies de leurs pays en vue de créer un nouveau pôle de développement en Afrique ; réaffirmant leur engagement en faveur de l'institution d'une Communauté Économique Africaine… ». Pour concrétiser ce qui pourrait paraître seulement comme une déclaration d'intention, car mentionnée au préambule, les pères fondateurs[971] ont prévu à l'article 53 du texte fondateur de l'Organisation qui précise *expressis verbis* que « *Le présent Traité est, dès son entrée en vigueur, ouvert à l'adhésion de tout État membre de l'OUA*[972] *et non signataire du Traité. Il est également ouvert à l'adhésion de tout autre État non membre de l'OUA invité à y adhérer du commun accord de tous les États Parties* ». Il est très intéressant de remarquer à cet égard que l'Acte constitutif de l'Union Africaine adopté le 11 juillet 2000 au 36ème sommet de l'OUA à Lomé au Togo précise en son article 3 que l'un des objectifs de la nouvelle Organisation est de *« réaliser une plus grande unité et solidarité entre les pays africains et entre les peuples d'Afrique* ». Le Traité de l'OHADA qui poursuit également le même but ambitionne « *de créer un nouveau pôle de développement en Afrique* ». L'Union Africaine (UA) ambitionne pour sa part « *de promouvoir le développement socio -économique de l'Afrique et de faire face de manière plus efficace aux défis de la mondialisation* ». C'est dire que les deux objectifs sont complémentaires.

18. De même, les pères fondateurs de l'OHADA ont réaffirmé l'attachement et l'engagement des États membres de l'OHADA « *en faveur de l'institution d'une communauté économique africaine* ». Cette institution qui a vu le jour en 1991 à Abuja au Nigéria est entrée en vigueur le 12 mai 1994. Considérée comme une réponse aux exigences panafricanistes dont l'une des célèbres réclames « *l'Afrique doit s'unir* » du Président N'KRUMAH[973] a depuis fait florès, l'unité africaine est redevenue l'exigence essentielle de l'Union Africaine. Celle-ci a intégré dans le corps même de son Acte constitutif (article 33) la réalisation de la Communauté Économique Africaine à laquelle est attachée l'OHADA. C'est dire que l'OHADA est un outil qui sert à la réalisation des objectifs de l'Union Africaine. C'est à ce titre que l'insertion de son droit en RDC peut être présentée comme une chance pour l'Afrique qui compte aujourd'hui, grâce à l'OHADA, 17 États qui parlent et partagent le même langage juridique et offre aux investisseurs les mêmes garanties de sécurité juridique. Ce qui représente un très grand avantage comparatif dans un continent qui a longtemps été critiqué pour sa balkanisation juridique, frein à son essor économique.

19. Par ailleurs, il convient de remarquer que parmi la kyrielle d'Organisations d'intégration que compte l'Afrique, l'OHADA est l'unique qui poursuit les mêmes finalités que la Communauté Économique Africaine (CEA) et l'Union Africaine (UA). Les vocations et les horizons sont les mêmes : l'échelle de l'Afrique et le bien de l'Afrique toute entière, ce

[971] Les principaux pères fondateurs sont le juge Keba M'BAYE et le Président Abdou DIOUF. C'est grâce à eux que le projet OHADA a emporté l'adhésion des autres États africains.

[972] L'OUA est devenue UA (Union Africaine) le 11 juillet 2000, date de signature de l'Acte constitutif de l'Union Africaine.

[973] K. N'KRUMAH, *l'Afrique doit s'unir,* Études et documents Payot, 1961, Paris, pp 248.

qui n'est pas le but des autres Organisations d'intégration économique sous régionales (les plus nombreuses) dont les plus importantes sont la CEDEAO, l'UEMOA, la CEMAC, la CEEAC, la COMESA, la SADC, la CEPGL et l'UMA. En effet, ces Organisations ne poursuivent que des objectifs d'intégration sous régionale, ce qui est de nature à affaiblir la visibilité et l'efficacité de l'action de la Communauté Économique Africaine qui est une Organisation d'intégration économique à l'échelle de l'Afrique. En poursuivant son élargissement à l'échelle de l'Afrique, l'OHADA participe de la réalisation des objectifs de la Communauté Économique Africaine d'autant plus qu'elle réunit en son sein la plupart des États membres de ces différentes Organisations sous régionales[974]. Les États membres de l'UEMOA[975], CEDEAO[976], CEMAC[977], de la SADC[978], de la CEEAC[979], de la COMESA[980] et de la CEPGL[981] sont partis au Traité de l'OHADA. L'adhésion de la RDC[982] au Traité de l'OHADA fait de cette dernière l'unique Organisation d'intégration à même de réunir les différentes Organisations sous régionales et lui permet ainsi de se poser en véritable instrument de réalisation du rêve du président Kwame NKRUMAH: l'unité de l'Afrique. Le droit de l'OHADA est donc un instrument fédérateur de l'intégration et du développement économique de l'Afrique[983]. Toutefois, malgré la démonstration qui précède, ces éléments de satisfaction présentés comme une chance ne doivent pas occulter la survivance des difficultés majeures dont au moins trois catégories sont les plus perceptibles.

La pluralité des obstacles de l'insertion du droit de l'OHADA en RDC

20. Si l'insertion du droit de l'OHADA en RDC peut être perçue comme une chance à plusieurs égards, de nombreux obstacles peuvent empêcher de la saisir. Ils sont énormes et la difficulté concerne la mesure de leur échelle et de leur ampleur. En effet, la RDC est un pays en chantier sur un double plan juridique et politique. La problématique de maintien de la paix et de la restauration de l'autorité de l'État congolais sur l'ensemble du territoire national est un défi qui, s'il n'est pas relevé avec succès, risquera de plomber négativement l'impact de l'insertion du droit de l'OHADA en RDC. Nous n'aborderons cependant pas cet aspect qui relève plus de la volonté politique que du génie juridique. Nous examinerons successivement les obstacles inhérents au corps judiciaire (II.1), ceux relatifs à la cohabitation entre l'OHADA et d'autres Organisations d'intégration (II.2) et ceux relatifs à la gouvernance de la « galaxie » OHADA (II.3).

---

[974] Ces organisations poursuivent un but d'intégration économique, tandis que l'OHADA a une vocation d'intégration juridique.
[975] Tous les huit États de l'UEMOA sont membres de l'espace de l'OHADA.
[976] La CEDEAO compte neuf États membres de l'espace de l'OHADA.
[977] Tous les États de la CEMAC sont membres de l'OHADA.
[978] La RDC est l'unique membre de la SADC membre de l'espace de l'OHADA.
[979] La CEEAC compte tous les États membres de la CEMAC plus la RDC, le Burundi, l'Angola et le São Tomé & Principe.
[980] La COMESA compte parmi ses membres certains pays membres de l'OHADA comme la RDC et les Comores.
[981] La CEPGL compte parmi ses membres la RDC, le Burundi et le Rwanda.
[982] La RDC est membre de quatre Organisations sous régionales : la CEEAC, la CEPGL, la COMESA et la SADC.
[983] L'INEADEC a d'ailleurs retenu cet aspect pour choisir la thématique de son colloque organisé à Yaoundé le 23 octobre 2010 : « Le Droit OHADA, fédérateur de l'intégration et du développement économique de l'Afrique? Efficacité et perspectives ».

II.1- Les obstacles inhérents à l'environnement judiciaire de la RDC

21. La nécessité d'assainir le système judiciaire congolais est une exigence de premier plan**.** La nouvelle avait fait l'effet d'un séisme dans les milieux judiciaires de la République Démocratique du Congo. En 2009, dans le cadre d'une opération main propre lancée contre la corruption dans la magistrature, le Président Joseph KABILA avait révoqué, après avis du Conseil supérieur de la magistrature, 165 magistrats dont le Premier Président de la Cour Suprême de Justice (CSJ) et le Procureur général de la République près de ladite Cour. Ces mesures visaient, selon le Ministre de la justice, l'assainissement du secteur de la justice afin de le mettre en ordre de bataille pour lutter contre la corruption. Bien qu'étant une préoccupation nationale, la corruption n'est pas l'unique fléau du système judiciaire congolais. Le plan d'action pour la réforme de la justice congolaise (daté de 2007) pointait également du doigt l'insuffisance structurelle des moyens humains et matériels, l'absence sinon la pauvre Organisation de la logistique judiciaire, les lenteurs de la justice (grand nombre de jugements non rendus ou non rédigés, problèmes d'exécution de jugements) et l'impunité. Ces fléaux étaient élevés à la triste dignité des « problèmes majeurs » du système judiciaire[984]. Ils discréditent la magistrature et ne sont pas une bonne nouvelle pour l'attractivité économique que beaucoup attendent avec l'insertion du droit de l'OHADA en RDC. Les juridictions de premier degré et d'appel demeurent compétentes en matière d'application du droit de l'OHADA[985]. Ce qui appelle une attention accrue des investisseurs. Si des solutions appropriées ne sont pas adoptées pour neutraliser ces fléaux, l'insertion d'un nouveau droit des affaires ne semblera pas suffisante pour incendier le palais d'hiver qu'est la corruption judiciaire en RDC même si elle peut l'être pour faire bouillir l'eau tiède de l'attractivité économique de son territoire.

22. Sous la pression des milieux d'affaires congolais et internationaux, le Gouvernement congolais avait tenté en 2001 d'apporter une première réponse au fléau de la corruption généralisée de son système judiciaire en créant les tribunaux de commerce. Le but visé était de permettre au contentieux commercial d'échapper aux juridictions de droit commun dont la corruption, l'arbitraire et les abus étaient caractérisés et préjudiciables à l'activité économique. Toutefois, ces tribunaux de commerce, installés déjà à Kinshasa et à Lubumbashi, ne couvrent pas encore tout le territoire national. L'amélioration du climat des affaires est largement tributaire, remarque le Doyen Roger MASAMBA, de la bonne marche de la justice. La justice doit être capable de dire le droit de manière crédible, avec compétence et en sécurisant les justiciables[986]. Toutefois, toutes ces difficultés propres à la justice congolaise ne doivent pas faire désespérer : l'attractivité du système de l'OHADA procède largement de la confiance dans la juridiction de la CCJA, à l'abri de l'incompétence, de la corruption, du trafic d'influence et des pressions politiques. De même, l'arbitrage, véhiculé par l'OHADA est de nature à renforcer l'attractivité économique du système juridique de l'OHADA. Néanmoins, tous les observateurs sont unanimes pour constater que le droit de l'OHADA est vecteur d'une véritable sécurité juridique qui n'est plus, sur le territoire des

[984] Voir ww.justice.gov.cd/dmdocuments/pdaction.pdf
[985] Article 13 du Traité de l'OHADA.
[986] R. MASAMBA, op. cit. *Ohadata* D-06-49.

États parties, un vœu pieux[987], même si elle est parfois difficile à mettre en œuvre dans la vie quotidienne des entreprises. Comme le souligne le Professeur Moussa SAMB, « L*'application (de l'Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution) est très divergente sur bien d'aspects d'un pays à un autre, et même quelquefois, au sein d'une même juridiction. Cette situation n'est que la conséquence d'une absence de préparation efficiente des acteurs* »[988]. L'étude réalisée par l'ERSUMA en donne un exemple.

23. Si ces pratiques qui discréditent la justice ont pu être maîtrisées avec plus ou moins d'efficacité dans d'autres États, il semblerait qu'elles constitueront un très grand risque de discrédit des apports du droit de l'OHADA en RDC. Avec un nombre considérable de magistrats et d'avocats répartis sur un vaste territoire d'une superficie de 2 345 000 km² et d'une population estimée à 68 343 178 d'habitants en 2012[989], c'est avec la RDC que le système juridique de l'OHADA devra passer son test de solidité managériale. Les énormes défis en termes de formation et de mise à niveau des différents acteurs sont autant de risques qu'il faudra couvrir. À défaut, le système se plantera. Il conviendra donc de renforcer les capacités de l'État congolais à faire appliquer convenablement le nouveau droit des affaires afin de lui donner la légitimité nécessaire pour jouer le rôle d'accélérateur du développement. La faiblesse de l'encadrement juridique des économies des pays africains a été à l'origine des plusieurs symptômes dont le « *mal-développement* », le « *sous-développement* » ou encore, selon les termes de Émile BOGA DOUDOU, le « *développement du sous-développement* »[990]. Comme le fait observer très pertinemment l'une des voix autorisées du système de l'OHADA, « *les investisseurs ne viendront pas en Afrique du seul fait de l'existence d'un droit des affaires moderne et harmonisé. La façon dont les juridictions appliquent ce droit incitera ces investisseurs soit à venir, soit à se détourner de l'espace OHADA. À cet égard, les responsables africains doivent apprendre, non seulement à faire confiance à ceux de leurs cadres dont la compétence est avérée, mais aussi les utiliser rationnellement, en ayant à l'esprit que malgré la coopération avec les pays amis, c'est aux africains eux-mêmes qu'il incombe de prouver aux investisseurs étrangers qu'il n'y a aucun risque à investir dans l'espace OHADA* »[991]. La RDC a changé, a modernisé son droit des affaires pour attirer les investisseurs. En tout état de cause, le maître mot de ce changement reste le développement par l'économie[992]. Mais les obstacles ne sont pas seulement interne à la RDC, ils découlent également de la coexistence et des télescopages entre Organisations d'intégrations dans les mêmes espaces.

---

[987] Voir R. MASAMBA, « L'OHADA et le climat des affaires en Afrique », Penant n° 855, p. 137 et s.

[988] M. SAMB, « étude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : cas du Benin, Burkina-Faso, Mali et Sénégal », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, N° 1 - Juin 2012, *Dossier : Le Recouvrement des Créances.*

[989] Données 2012 du Ministère de la santé publique de la RDC, http://www.minisanterdc.cd/fr/documents/PNDS.pdf

[990] E. BOGA DOUDOU, *Souveraineté et développement de la Côte d'Ivoire*, Thèse, Nice, 1981.

[991] G. KENFACK DOUAJNI, « Les conditions de création dans l'espace OHADA d'un environnement juridique favorable au développement », *R.J.P.I.C.*, 1998/1, p. 38.

[992] E. BOGA DOUDOU, *Souveraineté et développement de la Côte d'Ivoire*, op. cit., p. 25.

II.2- Les obstacles tenant à la cohabitation de l'OHADA avec d'autres Organisations d'intégration

24. L'insertion du droit de l'OHADA en RDC vient ajouter d'autres difficultés à la coexistence des systèmes normatifs dans l'espace de l'OHADA. La concurrence des institutions d'intégration économique que sont principalement la CEMAC, l'UEMOA et la CEDEAO était déjà en effet pointée du doigt par certains observateurs[993]. L'adhésion de la RDC ajoute à ces risques existants d'autres qui ne sont pas des moindres. En effet la RDC est partie à la COMESA[994] et à la SADC[995]. La première poursuit davantage un but d'intégration économique que d'uniformisation du droit. Elle met l'accent plus sur les aspects de droit douanier qui ne relèvent pas de la compétence de l'OHADA[996]. La seconde poursuit un but de rapprochement économique et politique entre les États parties. La concurrence se joue à un double niveau : les normes et les juridictions.

25. Concurrence des normes. La concurrence des normes dans l'espace de l'OHADA est fortement marquée dans l'espace UEMOA et CEMAC. Par exemple, en matière de cautions et avals donnés par les banques, l'on s'interroge sur le droit applicable car cette question est régie à la fois par l'UEMOA et l'OHADA. Le droit bancaire et financier était la terre d'élection du potentiel conflit entre les normes secrétées par les deux Organisations, c'est pourquoi le Conseil des Ministres de décembre 2010 a retiré, suite à une série de concertations avec les Banques Centrales de l'Afrique de l'Ouest et de l'Afrique Centrale, le droit Bancaire du champ des matières à harmoniser par l'OHADA. Rappelons au passage que ces deux normes ont un caractère supranational, d'application directe et revêtues d'une portée abrogatoire. En cas de conflit réel, la difficulté risquait d'être sérieuse[997]. Le droit comptable constitue également un foyer de conflit potentiel. L'OHADA et l'UEMOA ont chacun légiféré en matière de système comptable des entreprises. La conséquence en est que les entreprises qui ont leurs sièges dans un État qui est à la fois membre de l'OHADA et de l'UEMOA ont du mal à choisir entre soumettre leur comptabilité à l'une des deux législations d'autant plus que ces deux instruments sont techniquement identiques. Ce conflit de normes n'est pas qu'une hypothèse d'école, mais une préoccupation pour la sécurité juridique des acteurs économiques. À supposer que dans une procédure devant la Cour de justice de l'UEMOA, une partie fonde l'essentiel de ses prétentions sur le droit de l'OHADA et accessoirement sur le droit de l'UEMOA ou l'inverse devant la CCJA, quelle sera l'étendue de l'office du juge ? En réalité, le problème c'est qu'il n'y a aucune hiérarchie entre les normes secrétées par ces Organisations communautaires et chacune d'elles se prétend d'application directe et revêtue d'une portée obligatoire et supranationale. Dans la perspective

---

[993] Cette problématique a même fait l'objet d'un colloque organisé le 8 et 9 octobre 2010 par l'OHADA à Lomé au Togo sur le thème « Les risques de conflits de normes et de juridictions communautaires entre l'OHADA et les Organisations voisines ».

[994] COMESA: Common Market for Eastern and Southern Africa. Site web: http://www.comesa.int/index.php

[995] SADC : *Southern African Development Community*. Site web : http://www.sadc.int/

[996] Voir I. VEROUGSTREATE, « La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage : missions juridictionnelles », in (dir) P. DE WOLF et I. VEROUGSTRAETE, *Le droit de l'OHADA : son insertion en République Démocratique du Congo*, Bruxelles, Bruylant 2012, p. 51.

[997] Pour aller plus loin, voir A. T. NDIAYE, « Conflits de normes en droit communautaire OHADA et UEMOA », *Revue de droit uniforme* n° 2007-2, p. 285

de l'extension géographique de l'OHADA, ces difficultés ne pourront que se multiplier avec l'arrivée des États qui appartiennent aux autres Organisations communautaires. Le problème c'est qu'en cas de survenance de conflit entre les normes OHADA et UEMOA, aucune disposition formelle n'existe pour départager les procédures judiciaires au regard des deux droits qui auront tous les deux vocation à régir le fond du litige. L'adhésion de la RDC à l'OHADA renforce encore ce risque dans la mesure où les foyers de conflits augmentent. Ainsi, au sein de l'espace de l'OHADA, les sources de risque ne sont plus seulement l'UEMOA et la CEMAC, mais également les quatre autres Organisations sous régionales auxquelles appartiennent la RDC : la CEEAC, la CEPGL, la COMESA et la SADC.

26. Concurrence des juridictions. Il semble, qu'après l'insertion du droit de l'OHADA en RDC, il ne pourra y avoir de risque de conflit de juridiction entre la Cour de la COMESA et la CCJA car la première, contrairement à la seconde, n'a pas vocation à régler les litiges de droit privé[998]. Quant à la SADC, aucun conflit ne semble également possible avec la CCJA. En vertu de l'article 9 du Traité de la SADC, le tribunal établi en 1992 n'a pas de compétences qui pourraient entrer en conflit avec celles de la CCJA[999]. De l'avis de certains auteurs, il n'y a pas de risque de télescopage entre la CCJA et les deux autres juridictions sous régionales qui ont compétence sur la RDC : le tribunal de la SADC et la Cour de justice de la COMESA[1000]. Cependant, si les conflits de juridictions semblent peu probables, de potentiels conflits des normes demeurent, du moins en germe. La cohabitation de plusieurs hautes juridictions au sein de la seule Communauté Économique Africaine (CEA) semble être un poison latent potentiellement nuisible à la sécurité juridique des investissements. La circonstance que toutes ces Organisations communautaires « *chassent sur les mêmes terres* »[1001] nourrit encore plus le risque de conflits. Avec l'insertion du droit de l'OHADA en RDC, certains justiciables peu honnêtes pourraient toujours invoquer, dans une stratégie dilatoire, des fondements juridiques puisés dans les droits de la COMESA et de la SADC en cas de litige, même dévolu à la CCJA. Tout en minimisant les risques de conflits entre la CCJA et la Cour de justice de la CEMAC et celle de la CEEAC sous la juridiction desquelles relève la RDC, certains auteurs ont relevé de réelles possibilités de conflits de juridiction entre la CCJA et la Cour de justice de la CEDEAO et celle de l'UEMOA[1002].

27. De même, il ne faut pas perdre de vue que ce conflit de juridictions persiste entre la CCJA et certaines juridictions suprêmes nationales de l'espace OHADA en matière d'application du droit de l'OHADA en cause de cassation. Comme le fait remarquer pertinemment Madame Ouédraogo Ramata FOFANA, « *les conflits qui peuvent exister au niveau national sont essentiellement entre les juridictions nationales et la CCJA, puisque la*

---

[998] Ibid. p. 53.
[999] Ibid. p. 53.
[1000] R. MASAMBA, op. cit. *Ohadata* D-10-24.
[1001] L. M. IBRIGA, « La juridictionnalisation des processus d'intégration en Afrique de l'Ouest : une hypothétique juridisation », in *Acte du colloque sur L'OHADA et la concurrence des Organisations d'intégration économique régionale : la gestion des risques de conflits de normes et de juridiction, La documentation de l'OHADA*, p. 17.
[1002] D.C.SOSSA, « Les conflits des juridictions communautaires et les mécanismes de coopération inter-juridictionnels », in *Acte du colloque sur L'OHADA et la concurrence des Organisations d'intégration économique régionale : la gestion des risques de conflits de normes et de juridiction, La documentation de l'OHADA*, p. 47.

clef de répartition entre les deux types de juridiction n'est pas toujours aisée à déterminer entre normes nationales et normes harmonisées »[1003]. Cette assertion témoigne de ce que la RDC n'a pas hérité que des aspects positifs du droit OHADA.

II.3- Les obstacles tenant à la gouvernance de la « galaxie » OHADA

28. La nécessaire prise en compte des spécificités locales. Pour mériter les louanges qui lui sont adressées suite à l'insertion du droit de l'OHADA en RDC, les gouvernants de la galaxie OHADA devraient prendre plus sérieusement en compte les réalités et les besoins locaux pendant les travaux d'édiction et de révision des Actes Uniformes destinés à régir les rapports juridiques dans les États parties. Beaucoup d'auteurs et d'analystes ont reproché au législateur de l'OHADA le fait que les spécificités et les réalités africaines n'étaient malheureusement prises en compte que trop rarement. Cela a même fait dire qu'il s'agissait « *d'un droit imposé, venu d'en haut, d'un droit importé, venu d'ailleurs, et finalement d'un droit mythique, passablement déconnecté du milieu socio-professionnel pour lequel il a été prévu* »[1004]. Pour être efficace, le droit de l'OHADA doit donc être parfaitement adapté à l'environnement qu'il régit sinon, comme l'a remarqué Maurice AYDALOT, les meilleures intentions du législateur iront peupler les cimetières où dorment les lois inappliquées faute de pouvoir l'être[1005]. Comme le prévient l'une des voix les plus autorisées des questions d'investissements, « *la réforme doit être enracinée dans la tradition juridique et culturelle des pays africains et refléter les réalités sur le terrain. Une réforme conçue dans les officines des organismes bailleurs de fonds et des cabinets d'avocats internationaux ne saura pas produire un changement durable, à défaut d'appropriation par les gouvernements et les milieux juridiques nationaux* »[1006].

La principale spécificité locale autour de laquelle les observateurs s'accordent pour critiquer le législateur de l'OHADA concerne les entreprises du secteur informel, c'est-à-dire celles qui se développent en dehors du cadre juridique établi par l'État. Comme le remarque un auteur, elles « *n'ont pratiquement pas été prises en compte par le législateur de l'OHADA lors de l'élaboration des Actes uniformes. Il en résulte que le cadre juridique mis en place est inadapté aux entreprises informelles* »[1007]. Certains ont même soutenu que le secteur informel était à l'épreuve du droit des affaires OHADA[1008]. Cette faible considération des réalités africaines par le législateur de l'OHADA se vérifie au niveau des formes sociétaires et des conditions de constitution des sociétés retenues par l'Acte uniforme portant droit des sociétés

---

[1003] Voir, O. R. FOFANA, « conflits de juridictions » , in *Actes du Colloque International d'Evaluation de la jurisprudence de la CCJA, Revue de droit uniforme africain*, n°3, 4ème trimestre, p.71.

[1004] P. BOUREL, « A propos de l'OHADA : libres opinions sur l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », *Recueil Dalloz* 2007 p. 969.

[1005] Voir discours de monsieur Maurice AYDALOT, Premier Président de la Cour de cassation française, prononcé à l'audience solennelle de rentrée tenue le 2 octobre 1969.

[1006] R. GEIGER, « Perspectives de réformes du droit économique en Afrique : Quel cadre d'action ? », in (dir) E. BALATE et S. MENÉTREY, *Questions de droit économique : les défis des États africains*, Larcier 2011, p. 213.

[1007] E. M. KOUMBA, « Les enjeux de l'extension de l'Acte Uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif aux entreprises informelles africaines : enjeux juridiques et économiques », *Revue de l'ERSUMA*, N° 1 - Juin 2012.

[1008] T.N. KANCHOP, *Le secteur informel à l'épreuve du droit des affaires OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2009.

commerciales et des groupements d'intérêt économique[1009]. Le projet final de l'Acte uniforme révisé relatif aux sociétés commerciales ne propose aucun amendement attractif contribuant à l'encadrement social et juridique du secteur informel. Dans ce volumineux projet de texte, le mot « informel » n'est évoqué qu'une seule fois pour illustrer une proposition d'amendement de l'article 311 relatif à la constitution des SARL. En proposant que le montant du capital social soit désormais fixé à 100 000 FCFA (avec une valeur nominale des parts sociales librement fixée par les statuts) au lieu de 1 000 000 FCFA (avec une valeur nominal de part sociale ne pouvant être inférieur à 5 000 FCFA) comme le prévoyait l'ancienne version du texte, le groupe d'experts justifie la mesure comme attractive pour les acteurs du secteur informel et plus généralement les acteurs disposant d'un faible capital de départ. De même, l'Acte uniforme révisé portant droit commercial général du 15 décembre 2010, sans faire référence au secteur informel, prévoit une innovation majeure avec l'introduction du statut de l'entreprenant pour encadrer ce secteur. À notre avis, si le législateur de l'OHADA veut apporter des solutions réalistes aux problèmes de l'économie des États membres, il doit démontrer qu'il tient effectivement compte des réalités locales. Les réformes à venir devraient montrer une réelle volonté politique de prendre les problèmes du secteur informel au sérieux.

29. L'implication efficiente des experts africains dans le processus d'édiction des Actes Uniformes. Dans ses Essais sur les lois, Jean CARBONNIER remarquait qu'*« il faut que les lois soient faites pour la nation qu'elles auront à régir et aussi par cette nation* »[1010]. MANCINI disait également en son temps que « *la loi italienne est faite pour les Italiens et par les Italiens* »[1011]. Ces remarques qui ont valu pour la France et l'Italie doivent également valoir pour le législateur africain. Certains ont reproché à plusieurs reprises la circonstance que le législateur OHADA s'est longtemps servi des experts occidentaux, généralement déconnectés des réalités et des besoins des États parties, pour préparer les Actes Uniformes. La conséquence de ce procédé est que le droit édicté n'est que rarement adapté à la réalité économique des États parties dont le tissu économique est constitué à près de 80% d'acteurs de l'économie informelle[1012]. Il convient de relever que le premier Acte uniforme portant droit commercial général ignorait superbement cette catégorie d'acteurs économiques. Compte tenu de la déconnection (réelle ou supposée) des experts occidentaux aux réalités locales, il convient de se rendre à l'évidence et d'impliquer suffisamment les experts africains qui ne sont pas moins compétents. Il y a toujours plus d'avantages à ce que ce soit principalement les experts africains, s'inspirant des réalités et des spécificités africaines, qui s'occupent de la conduite du processus de préparation des Actes Uniformes car, comme le soulignait CARBONNIER, ils connaissent, comprennent, partagent mieux les mœurs, les besoins, les sentiments de leurs pays[1013]. Seule une implication réelle et effective des experts africains endiguerait les aspects négatifs des transferts unilatéraux de savoirs juridiques vers l'Afrique.

[1009] L'exigence de l'immatriculation au RCCM (art. 97 et 98 AUSCGIE) pour l'acquisition de la personnalité juridique est de nature à dissuader les plus motivés des acteurs de l'économie informelle qui voudraient migrer vers le secteur formel.
[1010] Voir J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2e édition Defrénois, 1995.
[1011] Voir P. BOUREL, op. cit.
[1012] Voir les données du Rapport 2012 *Doing Business dans les États membres de l'OHADA*, Publication conjointe de la Banque mondiale et de la Société financière internationale, p. 18.
[1013] J. CARBONNIER, op. cit..

Le droit comparé est nécessaire, mais un savant dosage est indispensable avec les réalités locales. Pour les réformes à venir, il convient de ne pas céder au type d'analyse auquel a fait écho Nicolas SARKOZY à Dakar[1014]. Cette critique a passablement été prise en compte dans le cadre des reformes en cours : les Experts recrutés pour accompagner le Secrétariat Permanent dans ce processus sont pour la plupart des Africains (même si quelques fois, ils travaillent dans les grands Cabinets européens). Les Chefs de file sont systématiquement des Experts Africains, généralement praticiens donc ayant une expérience de terrain du droit OHADA et de ses limites.

30. Les obstacles techniques et humains à l'émergence de l'OHADA. L'insertion du droit de l'OHADA en RDC a pour effet immédiat l'augmentation exponentielle des défis à relever par l'Organisation. Les institutions de l'Organisation connaissent déjà de réelles difficultés et dysfonctionnements[1015]. Ces difficultés sont financières, matérielles et humaines ainsi qu'institutionnelles. Le fonctionnement de certaines institutions de l'OHADA a été dénoncé par certains observateurs attentifs de l'Organisation. À propos du Secrétariat permanent, le Doyen Grégoire BAKANDEJA Wa MPUNGU, approuvant Professeur Paul Gérard POUGOUE, critique le fonctionnement du Secrétariat permanent de l'OHADA. L'auteur pointe du doigt le manque de maîtrise de cet organe sur l'élaboration et l'application des Actes uniformes et souligne que « *l'expérience des Actes uniformes en vigueur ou en chantier est assez fâcheuse, car tout a échappé, jusque-là, au Secrétariat Permanent* »[1016]. Comme le Professeur Paul Gérard POUGOUE, l'auteur suggère un renforcement des capacités institutionnelles du Secrétariat Permanent afin qu'il assure une totale maîtrise des deux phases d'élaboration et de suivi de l'application des Actes uniformes. L'un des obstacles de nature à empêcher à l'OHADA de saisir la chance qu'offre l'insertion de son droit en RDC réside dans l'insuffisance des capacités humaines. Le cas de la CCJA est emblématique : le Traité prévoit neuf juges, ce qui est largement insuffisant compte tenu de l'accroissement des activités contentieuses de cet organe. Pour faire face à cette difficulté, la meilleure réponse consiste non pas à augmenter le nombre de juges en fonction du nombre d'États parties, ce qui risquerait de serait de transformer la haute Cour en organe de représentation, mais, comme le suggèrent certains auteurs, à prévoir une possibilité d'augmentation du nombre de Juristes chercheurs qui auront un statut de conseillers référendaires.

31. Les obstacles tenant à la possibilité de l'extension géographique de l'espace OHADA.

Certains auteurs, des plus respectés dans la galaxie OHADA, ont émis des réserves à la politique d'extension massive de l'OHADA aux autres États membres de l'Union

[1014] Le Président Sarkozy avait déclaré que l'Afrique ne serait pas assez rentré dans l'histoire et il n'y aurait place dans l'imaginaire africain ni pour l'aventure ni pour l'idée de progrès. « *La nature commanderait tout et l'homme africain échapperait à l'angoisse de l'homme moderne et ne serait pas capable de s'inventer un destin* ».

[1015] G. BAKANDEJA WA MPUNGU, « Les institutions de l'OHADA », in (dir) P. DE WOLF et I. VEROUGSTRAETE, *Le droit de l'OHADA : son insertion en République Démocratique du Congo*, Bruxelles, Bruylant 2012, p. 39.

[1016] Ibid. p. 40 et 41.

Africaine[1017]. Les raisons invoquées par ceux-ci sont de nature gestionnaire et concernent principalement la participation de nouveaux États aux institutions que sont le Conseil des Ministres et la CCJA. « *Déjà, soulignent-ils, avec 16 États les exigences d'une plus grande représentation à la CCJA sont pressantes, qu'en sera-t-il lorsque leur nombre passera à 20 ou à 30* »[1018] ?

Comme toute étude, ce qui précède pourrait paraître arbitraire, mais l'objet de cette réflexion est de montrer que si ces obstacles ne sont pas surmontés avec l'arrivée de la République Démocratique du Congo, l'avenir du système de l'OHADA en souffrira durablement. Ce n'est pas le souhait de cette étude qui vise au contraire à éviter que le rayonnement actuel et futur de l'OHADA ne soit compromis par ces obstacles que nous craignons.

CONCLUSION.

32. Tandis que le système juridique de l'OHADA continue à travailler pour trouver son identité et s'affirmer, les systèmes juridiques présentés aujourd'hui comme hégémoniques semblent essoufflés car rongés par leurs contradictions internes et l'influence d'un droit supranational (le droit européen pour le système romano-germanique). À l'analyse, une fois que les réalités africaines seront suffisamment prises en compte dans les Actes uniformes, le système juridique de l'OHADA de demain ne ressemblera probablement pas aux deux systèmes juridiques les plus en vue aujourd'hui, mais il apparait que ces deux systèmes ressembleront demain au système juridique OHADA d'aujourd'hui. Le droit de l'OHADA n'en sera que plus dynamique, plus attractif et plus rassurant pour les investisseurs, les récents rapports Doing Business de la Banque semblent l'attester. Ceux qui avaient annoncé les funérailles de ce système juridique pensé par l'Afrique et pour l'Afrique en sauront pour leurs frais. Ainsi, l'OHADA a séduit la RDC à travers les garanties de sécurité juridique et judiciaire qu'elle offre et séduira encore plusieurs pays. Pour y parvenir, ne faut-il pas s'atteler avec constance au perfectionnement de ce système juridique et judiciaire ? Ce travail suppose plus de collaboration officielle et d'échanges informels entre les autorités nationales et les instances de l'OHADA en vue de la quête d'une efficacité sublimée de ces avantages comparatifs.

[1017] Voir J. ISSA-SAYEGH et P. G. POUGOUE, « L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions », *Ohadata* D-09-26, p. 20.

[1018] Ibid.

Implementation of Ohada laws in a bilingual and bijural context: Cameroon as a case in point

By

Justin Melong*

Jurist/Expert Trainer in Law, Pedagogic Relay at ERSUMA and Senior Translator

Résumé

L'importance de la traduction dans une organisation internationale ne peut être surestimée. L'Article 42 (ancien) du Traité de l'OHADA 1993 instituait un monolinguisme qui rendait toute traduction de texte OHADA non officielle et dépourvue de toute valeur juridique. Avec les modifications apportées au Traité en 2008 à Québec prévoyant quatre langues de travail, notamment le Français, l'Anglais, l'Espagnol et le Portugais, la traduction devient un outil de travail incontournable pour assurer une meilleure application et vulgarisation dans l'espace de l'OHADA. Or la traduction au sein de l'OHADA, traduction juridique par essence, relève de la catégorie des traductions techniques ou spécialisées, faisant ainsi appel à certaines techniques traductologiques bien établies. Le multilinguisme instauré au sein de l'OHADA, bien que permettant de prendre en compte la diversité linguistique des Etats membres, est source de quelques préoccupations. En effet, il y'a lieu de se poser quelques questions, notamment, quelle approche traductologique faut-il adopter dans le cadre de ces traductions ? Comment gérer les difficultés d'ordre terminologiques ? Comment obtenir les traductions qui assurent une meilleure communication tout en respectant, autant que possible, les spécificités de chaque système juridique en présence, notamment le Civil Law et la Common Law?

I) Introduction

The importance of translation in an international organization cannot be overemphasized. Translation enables the understanding and application of international instruments in all member States irrespective of legal or linguistic backgrounds. In the specific case of OHADA, translation is crucial as reflected in the modification of the OHADA treaty in 2008. Indeed, translation enables to accommodate the communication needs of investors who are increasingly attracted by OHADA member States owing to the conducive business climate created by OHADA; it also facilitates cross-border trade between OHADA member States and their English-speaking neighbours and promotes legal integration sought by the founding fathers of OHADA.

Historically, legal translation has been practiced between various legal systems or countries wishing to form a closer legal, political or economical relationship. The history of legal translation can be traced as far back as 1271 BC. The first artefacts are the translation of the peace treaty between Egypt and the Hittite Empire and the translation of the *Corpus Iuris Civilis* into several languages of the world after its initial translation from Latin into

Greek[1019]. The pioneer legal translators who had the task of translating these volumes certainly had serious difficulties, but unfortunately their efforts and solutions were not put into writing to guide the future generations of legal translators. As a result, legal translation or the study of legal translation as a separate discipline is only recent and has been encouraged by the harmonization efforts in various parts of the world. Examples include Europe with the European Union and Africa with the Organization for the Harmonization of Business Laws in Africa (OHADA) which is the focus of this article[1020].

In the context of OHADA in particular, legal translation has not been the subject of detailed discussion perhaps because of the official monolingualism of the 1993 Port-Louis Treaty. The new legal context provided by the 2008 amendments to the Treaty[1021] may stimulate discussions on legal translation in the context of OHADA. Such discussions may provide solutions to some practical issues that are likely to hinder the proper translation, dissemination and application of this law in non-French speaking member States.

This paper examines the stakes and challenges of legal translation with particular focus on OHADA, discusses relevant issues and attempt solutions. The article also dwells on specific phenomena in the area of legal translation such as the specific nature of legal language and the challenging issues of terminological and textual equivalence. It further analyses relevant theoretical issues as well as identifies the constraints in the translation of OHADA laws. Finally, it discusses some translation techniques and approaches and explains their relevance or non-relevance with regards to the translation of OHADA laws. It ends with a discussion of pertinent issues relating to the uniform interpretation and application of OHADA laws in the Civil Law and Common Law jurisdictions of Cameroon.

It is expected that the solutions and recommendations at the end of this article will enable legal translators to successfully tackle some translation hurdles that are inherent in legal translation. It will also enable the OHADA policy-makers to take appropriate decisions concerning the translation of OHADA laws so as to ensure that the long-awaited multilingualism and bijuralism does not become a hindrance to the effective implementation of OHADA laws.

II) Genesis of the Problem

The issue of language and translation can never be neglected in an international organization such as OHADA which is composed of countries of different linguistic and legal backgrounds[1022]. As explained by Jean-Claude Gémar,[1023] language and law are inextricably linked. Yet, out of the sixteen Member States of OHADA, Equatorial Guinea and Guinea

*Justin Melong is a Jurist/Expert Trainer in Law, Pedagogic Relay at ERSUMA and Senior Translator.
E-mail: meljusus@yahoo.com.

[1019] Marcus Galdia, Comparative Law and Legal Translation, the European Legal Forum, 1-2003, pp.1-60

[1020] It is worth noting that some countries with a bijural tradition such as Canada are already far advanced in debates in this field of translation.

[1021] Article 42 (new) of the newly revised OHADA Treaty provides that the working languages of OHADA shall include French, English, Spanish and Portuguese.

[1022] Although majority of member States are French-speaking and civil law by tradition, the fact remains that there is no hegemony.

[1023] Meta, XLVII, 2, 2002.

Bissau speak Spanish and Portuguese respectively. With regards to Cameroon which offers a contextual approach to the understanding and application of OHADA, it is constitutionally a bilingual and bijural country. The Federal Constitution adopted on 1st September 1961[1024] and the subsequent Unitary Constitution of 2nd June 1972[1025] as revised by Law No. 96/06 of 18 January 1996[1026] protects and preserves the linguistic and legal cultures by providing for French and English as the official languages with the same status[1027]. Article 68 of the 1996 Constitution also provides for the continuance of the laws of the pre-independence period in so far as they do not conflict with the Constitution or have not been amended by legislation or regulatory process.

However, in spite of this linguistic and legal diversity, the Port-Louis Treaty adopted French as the working language of OHADA. Article 42 (old) stipulated: "French shall be the working language of OHADA."[1028] This official monolingualism raised criticisms especially from Common Law jurists. Indeed, articles 42 (old) and 63(old) were seen by some commentators[1029] as limiting the membership to French civil law countries exclusively. Yet, the dream of the founding fathers of OHADA was to lead to the legal integration of all States of the African Union irrespective of their linguistic or legal contexts. Pertinent arguments were raised to support the exclusion theory notably the difficulty that a Common Law jurist will have to plead a case before the CCJA, the difficult access by a non-French speaking citizen to the CCJA, inexistence of relevant documents in English, lack of trainings on OHADA laws in favour of Common Law practitioners, to name a few.

A renowned Nigerian jurist, Honourable Justice Mohammed Baba Idris opined that:

The Nigerian Government would be very reluctant to adopt any treaty that excludes English as a working language. Similarly, the Nigerian National Assembly would be very slow to adopt any such treaty pursuant to the powers conferred upon it by article 12 of the constitution to enable the laws to have effect as laws of the Federation of Nigeria.[1030]

In Cameroon, the effect of article 42 (old) was the resistance to apply OHADA laws in Common Law jurisdictions. The leading case is *Akiangan Fombin Sebastien v. Fotso Joseph & others*[1031], where Justice Ayah Paul clearly stated that a treaty which is basically French

[1024] Article 46
[1025] Article 38
[1026] Article 68
[1027] Article 1 of the 1961 Federal Constitution states that the official languages of the Federal Republic of Cameroon shall be French and English
[1028] "Le Français est la langue de travail de l'OHADA" [Author's unofficial translation from French into English]
[1029] See Joseph ISSA-SAYEGH, *Réflexions sur l'article 42 du Traité de l'OHADA*, www.ohada.com, Ohadata D-02-19, p.2 upwards. See also Tumnde Simo Martha née Njikam, OHADA as Experienced in Cameroon : Addressing Areas of Particular Concern to Common Law Jurists, in Unified Business Laws for Africa : Common Law Perspectives, GMB Publishing Ltd, London, 2009 at pp. 75-81
[1030] Mohammed Baba Idriss, Harmonization of Business Laws in Africa-An insight into the Laws, Issues, Problems and Prospects, in Unified Business Laws for Africa: Common Law Perspectives, GMB publishing Ltd, 2009, p.42
[1031] Suit No. HCK/3/96 of 6 January 2000, Kumba (Unreported).

suffers from self-exclusion from the English speaking provinces of Cameroon[1032]. The same reactions were recorded throughout the Common Law Regions of Cameroon with hostile and anti-OHADA slogans.[1033]

This situation almost took a different and undesired turn with the delicate political situation of Cameroon at the time when the first OHADA Uniform Acts came into effect. Indeed, the Southern Cameroons National Council (SCNC) and lawyers associations, among other groups, complained of marginalisation and attempts by French Cameroon to wipe out the English cultural, legal and linguistic heritage[1034]. In the case of *Kevin Ngwang Gumne v. The State of Cameroon*[1035], a case before the African Commission on Human and People's Rights (ACHPR), Kevin Ngwang Gumne pointed out in his communication that "The People of Southern Cameroon remain distinct with an official language that is English and different education, legal and cultural systems." He complained that the Cameroon membership into OHADA, whose sole working language was then French, and whose antecedents appeared to include the Civil law system, was further proof of such marginalization.

Considering these political realities at the time, the Cameroon Government initiated in 2000 a procedure before the Permanent Secretariat of OHADA for the revision of article 42 of the Treaty[1036].

Fortunately, and in order to ensure equitable and fair treatment of all Member States, the revised version of the OHADA Treaty, signed in Quebec on 17 October 2008 addressed this issue by providing in article 42 (new) that OHADA's working languages include French,

---

[1032] Martha Simo Tumnde née Njikam, OHADA as experienced in Cameroon: Addressing areas of particular concern to Common Law Jurists, in Unified Business Laws in Africa, GMB Publishing Ltd, London, 2009, p. 72

[1033] For more details on this issue, see Muna, Akere (2001). Is OHADA Common Law Friendly? International Law Forum, Vol.3, 172-179

[1034] See communications submitted against Cameroon before the African Commission on Human and People's Rights (ACHPR) in the cases of *Leke Theodore v. Cameroon* (Communication 369/09), *Global Conscience Initiative v. The Republic of Cameroon* (Communication 380/09), *Kevin Ngwang Gumne v. The State of Cameroon* (African Commission on Human and People's Rights, 26th Activity Report, pp.100-189). The facts of the latter case as stated in the communication include: "The People of Southern Cameroon remain distinct with an official language, English, and different education, legal and cultural systems. They submitted that this specificity was not sufficiently taken into account at the level of both the Federal State and the Unitary State and that discriminatory practices against the people of the North West and South West regions have been developed by the Government as concerns representation in republican institutions both at the national and local levels. In the legal and judicial domain with the Cameroon membership of OHADA, the working language of which is French, and the transfer of English-speaking Cameroonians under criminal prosecution to the French part of Cameroon to be tried without an interpreter under the Civil Law tradition." In its findings of violation, the ACHPR found the violation of articles 1, 2, 4, 5, 6, 7, 10, 11, 19, and 26 of the Charter by the Government of Cameroon. Article 2 namely provides for the right to equality and non-discrimination. Among the recommendations made by the ACHPR to the Government of Cameroon include the "abolition of discriminatory practices against the people of the North West and South West Regions as well as the equal use of English and French..." (For more information on these issues, see the Report by the Ministry of Justice of Cameroon on Human Rights in Cameroon in 2009, Yaounde, October 2010, pp. 31-41.

[1035] African Commission on Human and People's Rights, 26th Activity Report, pp.100-189

[1036] See Ministry of Justice of Cameroon, Letter No. 4956/CF/CAB/DLAD of 24 May 2000 relating to the "application for the revision of the OHADA Treaty."

English, Spanish and Portuguese. Article 63(new) also provides that the Treaty shall be written in French, English, Spanish and Portuguese. Articles 42 (new) and 63 (new), while reflecting the OHADA membership, reaffirm the Organisation's preparedness to receive all African States and its commitment to "accomplish new progress towards the establishment of African Union"[1037]. It is worthy of note however that this reform should not be perceived only from the linguistic perspective. It is first and foremost an attempt to establish a link between Civil Law and Common Law countries.

This reform establishing multilingualism in OHADA was seen by Common Law jurists as a welcome development. It is also a serious burden on the Organization with the potential of creating difficulties if not properly managed. Indeed, given the new context, OHADA documents and laws will henceforth have to be produced in the official languages of all member States namely French, English, Spanish, and Portuguese. An official of the OHADA Permanent Secretariat confirms that given the new legal framework, translation in OHADA is "no longer optional, but a legal obligation". [1038]

What is important to note here is that translation is a key component in the present context as it directly affects the interpretation and implementation of OHADA Uniform Acts in Member States. Inadequate translations will adversely affect the interpretation and application of OHADA laws in non-French speaking and non-Civil Law countries including the two Common Law English-speaking Regions of Cameroon. To further reiterate the strategic role of translation in the new context, Tumnde states that the "adequacy of the new article 42 will depend on the quality of the actual translations." [1039] This strategic role of translation in the implementation of OHADA laws justifies the need to address areas of particular concern. This is the thrust of this paper that covers OHADA laws and documents as a whole. Indeed, the problem of translation is an all-embracing difficulty that affects all OHADA laws and documents.

III) Challenges of Legal Translation

Although there have been several unofficial translations of OHADA Uniform Acts, the users have persistently complained of poor quality and their negative impact on the understanding, interpretation and implementation especially in Common Law jurisdictions. Tumnde[1040] observed that they are "too literal, inadequate and rather nebulous."[1041] The problem of legal

[1037] See the preamble of the OHADA Treaty

[1038] Interview conducted with Mr Idrissa Kéré, Former OHADA Chief Legal Officer at the Permanent Secretariat on the 26 August 2011, Yaounde.

[1039] Martha Simo Tumnde née Njikam, (2009) "Cameroon offers a Contextual Approach to Understanding the OHADA Treaty and Uniform Acts" in Martha Simo Tumnde et al, Unified Business Laws for Africa: Common Law perspectives on OHADA, edited by Claire Moore Dickerson, GMB Publishing Ltd, London 2009, p.72.

[1040] Tumnde, Martha S., (2005), OHADA as experienced in Cameroon: Addressing Areas of Particular Concern to Common Law Jurists; A paper presented at the international conference in Paris, *Place de Droit*, France.

[1041] For more on criticisms of available translations, see also Claire Moore Dickerson, Perspectives on the Future of OHADA in Unified Business Laws for Africa, GMB Publishing Ltd, London, 2009, pp. 108

translation in the context of OHADA has often been posed in terms of lack of terminological equivalence. The issue has been on how purely Civil Law terms/concepts could find acceptable equivalence in the Common Law system[1042] so as to enable Common Law jurists to understand and implement the law in the same manner as their colleagues of the civil law system.

It is worth noting, however, that equivalence in the science of translation is not only terminological. Indeed, considering that legal translation takes place between two technical language systems each one having specific norms and conventions, textual equivalence is also an essential requirement for adequate legal translations. As such, textual equivalence cannot be isolated from terminological equivalence. In legal translation, functional equivalence between the source text (ST) and the target text (TT) can be achieved only if both terminological equivalence and textual equivalence, with all the syntactic, semantic and pragmatic implications are respected. Textual equivalence, however, *per se* is hard to achieve given the specific nature of legal language.

III.1) Nature of Legal Language

Legal language is a technical language and as such, unlike other languages in general use, it has specific features or norms which must be considered for effective translation. Kieler[1043] differentiates between general language and specialized or technical language. Legal language is included in the category of technical or specialized language owing to its specific vocabulary as well as its specific syntax, pragmatics and style. The following paragraphs will examine these features seriatim.

III.2) Legal Vocabulary

The vocabulary of the legal language is system-bound. This means that there is no universal legal language describing universal concepts as is the case in biology or mathematics. Legal vocabulary may be as a result of political, social, economical and cultural evolution of a given society or the experiences and aspirations of the people. As such, translating a legal term may often mean translating a whole legal civilization. For example, legal terms or institutions, such as, the "Queens Bench" which had an influential role in the development of the Common Law can be translated only within the context of the English political structures at the time. This situation contrasts with the scientific language. In mathematics for example, a theorem is universally true whether it is used in Africa, in the Middle-East or elsewhere in the world. Civil law has a specific vocabulary which is different from the Common Law vocabulary and other legal systems' vocabulary. In the OHADA Uniform Act on Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution, for example, expressions such as *requête, saisie-*

[1042] Common Law and Civil Law are the two most influential legal families nowadays in the world, to which 80% of the countries of the world belong. The Common Law family includes England and Wales, the USA, Australia, New Zealand, Canada, some of the former colonies of England in Africa and Asia such Nigeria, Kenya, Singapore, Malaysia, Hong Kong and Former West Cameroon, while the Civil Law countries include France, Germany, Italy, Switzerland, Austria, Latin American countries, Turkey, some Arabic states, North African countries, Japan and South Korea and French African colonies majority of which are OHADA Member States.

[1043] *Kielar*, Language of the Law in the Aspect of Translation, Warsaw (PL), 1977.

arrêt, saisie-revendication, saisie appréhension, juge des référés, juge de contentieux d'exécution[1044] are purely civil-law bound. Similarly, expressions such as *writ of fi. fa.* and *equity* are essentially common-law.

Cao[1045] argues that every legal language reflects the history, the evolution and the culture of the corresponding legal system. For example, in the English law tradition, the notion of equity was developed from the fifteen century by the Court of Chancery in order to render more just the strict application of the Common Law rules. The Judicature Act 1873-1875 effected a fusion of the Common Law and Equity courts and both Common Law and equitable remedies could thereafter be obtained in the same court. This example reveals the historical relationship between Common Law and Equity. Also, some courts of law, such as, the Chancery Division, the Crown Court and the House of Lord can only have a meaning in the context of Common Law.

The link between legal language and legal system is a source of difficulty for legal translators who must from time to time exercise in comparative law to better analyse and understand the content or the legal meaning of each word in a given system. This is an essential stage in translating documents between two legal systems such as Civil Law and Common Law to take the case of OHADA.

From the above, it can be said that the major concept to be considered when translating especially in the context of OHADA is to bear in mind that the language of the law is a system-bound language and as such, there can only be a perfect match between the language of the Civil Law and that of the Common Law if the appropriate Common Law vocabulary is used in exchange for the Civil Law vocabulary.

III.3) Stylistic Features of Legal Language

With regard to the style of legal language, Justice P. Viau stated the position as follow:

Deux langues, c'est d'abord deux styles (...), lois françaises et lois anglaises sont conçues différemment; les même idées ne se dissimulent pas de la même façon derrière les mots dont le sens et la portée sont parfois difficile à cerner.[1046]

Indeed, legal language is characterized by its formal and impersonal style as well as the complexity and the length of sentences and structures. This feature is a hurdle for effective understanding of the legal language by a layman and as such, presents a difficulty for a

[1044] Although most of these terms are not explicitly found in the U.A., they are closely related to the said Act.

[1045] Cao, D., *Translating law*, Clevedon: Multilingual Matters, 2007

[1046] Quoted in Gervais and Seguin, some thoughts on bijuralism in Canada and the world, in Canada, Department of Justice: the harmonization of federal legislation with the Civil Law of the Province of Quebec and Canadian bijuralism. Ottowa, Department of Justice, p.4. Roughly translated in English, this footnote means: Two languages, above all, are two styles (…), French law and English law are conceived differently, the same ideas are not expressed in the same way especially with the use of words whose meaning and scope are often difficult to grasp [Authors' translation].

translator who does not have a legal background. Tetley[1047] defines the style of Civil Law codes and statutes as concise, while he describes the style of the Common Law statutes as precise. The legal English used in Common Law texts is based on inductive thinking and on an empirical approach to legal problems, which is intended to restrict interpretation possibilities to the minimum. This style is due to the origin of the Common Law itself which is case-law based by essence, meaning that legal norms derive from practical cases before the court. This is opposed to Civil Law which is abstractly drafted by a government organ, such as, the parliament.

In addition, English law language is characterised by a string of words with similar meanings such as "costs, charges and expenses", "*null and void*". This can be seen in the following translation of article 7 (2) of the OHADA Uniform Act on Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution:

ST: La décision portant injonction de payer est *non-avenue* si elle n'a pas été signifiée dans les trois mois de sa date de délivrance.

TT: The injunction to pay shall be *null and void* where it is not notified within three months from its date of issuance.[1048]

A translator may fail to produce the natural flavour of the Common Law language if not properly prepared to translate a single Civil Law word in the ST by multiple words with similar meaning in the target text as observed in the above example.

III.4) Syntactical Features of Legal Language

Each legal language has its own syntactical features. Cao points out that the legal English uses complex structures, multiple negations, propositional phrases and passive voice. Generally, the performative markers "shall" and "may" are used to translate the present tense as in the following translation of article 5 of the OHADA Uniform Act on Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution:

ST: Si au vu des documents produits, la demande lui parait fondée en tout ou en partie, le président de la juridiction compétente *rend* une décision portant injonction de payer pour la somme qu'il *fixe*.

TT: Where upon examination of the documents produced, the request seems well founded in part or in whole, the president of the competent court *shall issue* an injunction to pay a sum that he *shall determine*.[1049]

III.5) Semantic Features of Legal Language

Concerning semantic issues, it suffices to note that some expressions which are used in ordinary language become pregnant with meaning when used in the legal parlance. For

[1047] Tetley, W., Mixed jurisdictions: Common law vs. civil law (codified and uncodified). Louisiana Law Review, 2000, 60:677–738.
[1048] Authors' unofficial translation from French into English
[1049] Authors' unofficial translation from French into English

example, the term *payment*[1050] in legal parlance has a wider meaning than in ordinary usage, where it is generally used to designate the performance of an obligation to pay a sum of money. In legal parlance, a buyer who pays the price and the vendor who delivers the goods sold both effect payment.[1051] Therefore, in legal parlance, payment is used to designate the execution of an obligation *simplicita* regardless of the object of that obligation.

From the above paragraphs, it can be observed that the Civil Law and the Common Law languages obey different syntactic, stylistic and pragmatic norms. Legal translators must respect these norms in order to produce a translation that is communicative, natural and adequate taking into account the function of the translation in the target language. Failure to do so can only result in unintelligible and unnatural translations with limited impact.

IV) Terminological Issues

The translation of legal terms/concepts requires particular attention because it consists primarily of abstract terms that are deeply and firmly rooted in the legal culture and intellectual tradition of legal systems involved in the translation operation[1052]. It is at this level that the implementation and practice of OHADA laws may vary significantly between Civil Law and Common Law if strategic terms/concepts are not adequately rendered. As such, the most obvious challenge in the translation of OHADA laws from French Civil Law into English Common Law is the finding of appropriate or acceptable common law equivalents for purely civil law terms and concepts.

Unfortunately, owing to the degree of unrelatedness between Civil Law and Common Law, the search for equivalent terms/concepts is a herculean task for legal translators. This difficulty is exacerbated by the fact that some Civil Law terms either do not have direct equivalence in the Common Law system (such as the terms *requête d'appel or créancier chirographaire*) or only have close equivalence with meanings which are not exactly the same as in the ST (see for example *assignation* in Civil Law and summons in Common Law especially as used in article 170 of the Uniform Act). In some cases, entirely different terms/concepts in the Civil Law system have a very close resemblance with a similar sounding term in the Common Law thereby creating the risk of "false friends" or "false cognates." Another case is the total lack of equivalent terms/concepts in the Common Law system. For example, under the law of contract, the conditions for the validity of a contract are not the same in both systems. The requirement of *la cause*[1053] for example under Civil

[1050] See Article 1553 to 1568 C.C.Q of the French Civil Code.

[1051] Private Law Dictionnary, Yvon Blais Inc., 2003, p. 225; see also Dictionnaire de Droit Privé, Yvon Blais Inc., 2003, p. 247 ; Boris Stark, *Droit Civil*, Librairie Techniques, 1972, p. 719, para. 2381.

[1052] Chromá, M., Legal Translation and the Dictionary, Tübingen: Max Niemeyer Verlag, 2004, p.48.

[1053] *La cause* is one of the four conditions for the validity of a contract under civil law along with capacity, consent and object (article 1385 C.C.Q). Article 1411 C.C.Q states that "a contract whose cause is prohibited by law or is contrary to public policy shall be null and void."

Law is unknown at Common Law while the requirement of *consideration*[1054] at Common Law is strange to Civil Law jurists.[1055] Similarly, some recovery procedures such as the injunction to return or to deliver provided by the OHADA Uniform Act are unknown to Common Law jurists.

These discrepancies between Civil Law and Common Law are a source of difficulties and render the translation of OHADA laws more challenging. The ideal translation in this context is the one that renders the incompatible legal terms without any material losses in terms of content. This corresponds to what Šarčević[1056] refers to as functional equivalence, defined as a term in the target legal system designating a concept or institution, the function of which is the same as that in the ST. According to Weston[1057], functional equivalence is the ideal method of translation of legal texts. A survey carried out by Joanna J. Rek-Harrop[1058] reveals that 100% of legal translators resort to functional equivalence to resolve problems of terminological incongruities. As it can be seen, the quest for functional equivalence in legal translation is a priority for legal translators when faced with terminological stress. This must be a conscious exercise to produce a target version that is meaningful and coherent in the target legal system. Some translation techniques may also be relevant in this respect.

V) Other relevant Translation Techniques

De Groot[1059] proposes additional solutions to terminological problems. According to him, when translating legal terms and concepts between legal systems, the first stage consists in studying the meaning of the source text term or concept in the source legal system and comparing with the target's terms or concepts in the target legal system. After comparing the terms and concepts in both legal systems, a closer equivalent term, that is, a term with the same legal content must be found in the target legal system.

However, if no acceptable equivalent term can be found as it is often the case with unrelated legal systems, such as, Civil Law and Common Law, the translator must resort to one of the subsidiary solutions, such as, using the source language term in its original or transcribed form, using a paraphrase or creating a neologism, borrowing, or using calques.

[1054] In England and other Common Law countries including the two Common Law jurisdictions of Cameroon, a contract not under seal is void unless supported by consideration. See cases of Currie v. Misa (1875), L.R. 10 Ex 153 in which consideration was defined as "some right, interest, profit or benefit accruing to the party, or some forbearance detriment, loss of responsibility given, suffered or undertaken by the other." Consideration needs not be adequate, but must have some value, however slight , see Thomas v. Thomas (1842) 2 Q.B. 851

[1055] For more insights on these differences, see Justin Melong, The Harmonization of Contract Law in OHADA Member States: The Common Law Experience, published in *les Actes du Colloque International de Libreville* organised par ERSUMA on 26, 27 and 28 October 2011, 1st edition, June 2012, pp.307-314.

[1056] Šarčević, S., Bilingual and Multilingual Legal Dictionaries: New Standards for the Future, 1988a, in *Meta*, , 36, 4, 1991, pp. 615–626

[1057] Weston, M., An English Reader's Guide to the French Legal System. Oxford: Berg, 1991, p.23.

[1058] Translator and Interpreter sp. Legal and Commercial, www.harroptranslations.com(last accessed 22 December 2011)

[1059] Groot de, G.-R., Recht, Rechtssprache und Rechtssystem: Be-trachtungen über die Problematik der Übersetzung juristischer, *Terminologie et Traduction* 3, 1992, pp. 279–316.

V.1) Using SL Terms or Concept in its Original Form (The Purist Approach)

This translation strategy has the merit of protecting the integrity of the ST term. When the translator cannot find the appropriate term/concept in the target legal system, he may opt to keep the source legal language term/concept as it is. This approach is foreignizing in essence.

The inconvenience of this method is that it may create reluctance especially to common law jurists who may not be comfortable with frequent resort to Civil Law terms. Also, it may reinforce the suspicion and the feeling of linguistic and legal marginalization in some Common Law jurists from Cameroon, the group currently most affected and who initially perceived OHADA as an "instrument of French and Francophone Cameroonian neo-colonialism"[1060].

Another shortcoming of this strategy is that it constantly refers the target users of translation to the source legal system to find out the meaning of the terms/concepts which are left in their original form.

V.2) Use of neutral terms accompanied sometimes by definition for additional clarification or original term in bracket

This translation method is closer to the one described by Dickerson[1061] when she refers to terms with special meanings assigned by OHADA. In essence, this means that Common Law terms can be considered, but given special OHADA meaning. This method will require a carefully designed terminological data bank with these OHADA terms and specific meanings defined by the Organization. For this method to be successfully implemented, both Common Law jurists and their Civil Law counterparts must be involved in the process. There must also be adequate training in favour of the direct users, namely, judges, lawyers, bailiffs, and translators who will have the ultimate task of appropriately using these various terms in their translations.

From the above survey by Rek-Harrop, 98% of legal translators resort to neutral terms sometimes accompanied by definition for additional clarification or original term in brackets. As it can be seen therefore, this translation method can be significantly helpful to resolve terminological stress especially if the process is carefully conducted.

V.3) Borrowing

In a specialized language, borrowing means the adoption of a terminology unit from one language or legal system for use in the target language or target legal system[1062]. The French dictionary *Le Robert* defines it as "*un acte par lequel une langue accueille un élément d'une*

[1060] Tumnde Njikam, M.S., "The applicability of the OHADA Treaty in Cameroon : Problems and Prospects", Annals of the Faculty of Law and Political Sciences, 6, 2000, pp.23-32

[1061] Dickerson, Claire Moore, le droit de l'Ohada dans les états anglophones et ses problématiques linguistiques, R.I.D.C. 1-2008

[1062] Termium, 2001

autre langue."[1063] English law makes extensive use of Civil Law terms such as *force majeure*, *damage*[1064], etc. 33% of legal translators resort to borrowing in case of terminological problems. It is worth noting that the frequent recourse to this strategy has the disadvantage of rendering the translation unnatural in the target language. It may also render understanding difficult especially if the borrowed term has not been adequately established in the target system.

Another frequent method of borrowing used in the translation of OHADA documents is the use of functional or close equivalent terms in the Common Law system followed by the borrowed term in bracket. Example: execution or enforceable right (*titre exécutoire*), forced sale (*saisie-vente*), forced attribution (*saisie-attribution*), seizure and assignment of wages and salaries (*saisie et cession des rémunérations*)[1065]. This approach can be very commendable in that it maintains a balance between the source legal language and the target language while trying to be as communicative to the target reader as possible. It also seeks to avoid loss of meaning which may occur in cases of absence of direct equivalence terms/concepts. In addition, it avoids the risk of misinterpretation.

When borrowing is used without the functional or close equivalence in the target legal system, it should be systematically explained in the footnote. The same principle applies for neologisms which may not readily be understood by the target text readers.

V.4) Neologism

In an attempt to fill the terminological gaps between the Civil Law and the Common Law, translators may sometimes have to use neologisms, that is, using a term in the target legal language that does not form part of the existing target legal language terminology, if necessary with an explanatory footnote or explanatory note. Only 9% of legal translators sampled by Rek-Harrop consider this method efficient in legal translation.

V.5) Definition and paraphrases

Definition and paraphrases may appear in some cases as the most effective methods of compensating the lack of equivalence in the target legal language. This consists in presenting the legal information in the neutral language that facilitates understanding[1066]. However, these methods require a certain degree of research, legal training and relevant background knowledge on the part of the translator. Indeed, poor definition and paraphrases can be as damaging as false equivalence. Therefore, a translator who opts for these methods must ensure that he is properly documented in the relevant field and that he has a proper understanding of the subject-matter. In any case, it is always advisable to seek the assistance

[1063] A process by which a language receive a foreign element from another language [Authors' translation]

[1064] The term *dommage* as used today in modern French was previously called *damage* in old French. It derived from the latin damnum: perte. It is this old French term *damage* which gave birth to the modern English term damage.

[1065] These examples are from the unofficial translation in Boris Martor et al., Business Law in Africa: OHADA and the Harmonization Process, GMB Publishing Ltd, London, 2nd edition, 2007, pp.227-253

[1066] Šarčević S., New Approach to Legal Translation. London: Kluwer Law International, 2000, p.253.

of an expert. In practice, descriptive paraphrases are highly used by legal translators. 95% of legal translators recognize its usefulness in cases of terminological difficulties.

It must be borne in mind that when a particular term/concept (borrowed, paraphrased or defined) is employed, it should be consistently used throughout the translation. Indeed, language consistency plays an important role in technical translation as it is assumed that the difference in terminology implies the difference in meaning. Therefore, the use of different terms to render the same SL term/concept may be more confusing and damaging to the translation.

VI) Discussion of some theoretical issues in legal translation

The choice among these translation techniques will depend on the approach adopted. Generally, there are two approaches in legal translation summarized by Schleiermacher [1067] in the following terms: "The translator can either leave the writer in peace as much as possible and bring the reader to him or he can leave the reader in peace as much as possible and bring the writer to him." The legal translator therefore has to make a conscious choice between foreignising, that is, taking the reader to the writer through various translation strategies like borrowing or keeping the civil law terms as they appear in the source text. Alternatively, he can opt to domesticate the ST by taking the writer to the reader through translation strategies that are target-system friendly and that facilitate assimilation by the TT reader.

Both foreignisation and domestication have advantages and inconveniences. Starting with foreignisation, it has the advantage of avoiding distortion and loss of meaning. It therefore enables the translator to remain faithful to the source legal language[1068]. Apostles of the foreignisation approach maintain that the TT must remain as close as possible to the ST. The TT must be ST bound[1069]. To further support the foreignization approach to legal translation, Eugene Nida brings in the notion of formal equivalence by stating:

It is essential that formal equivalence is stated primarily in terms of a comparison of the way in which the original receptors understood and appreciated the text and the way in which receptors of the translated text understand and appreciate the translated text. [1070]

Šarčević [1071] also advocates that what matters in legal translation is the fidelity of the translation to the original, not the beauty or elegance of the target language.

It is admitted in this paper that foreignization can resolve several language-related difficulties by enabling the translator to stay as closer or as faithful to the Civil Law text as possible.

[1067] Schleiermacher von, F., 'Über die verschiedenen Methoden des Übersetzens', 1838. In Wilss, W. *The Science of Translation. Problems and Methods*, Tübingen: Günther Narr, 1982

[1068] Koller, W., *Einführung in die Übersetzungswissenschaft.* Heidelberg: Quelle &Meyer, 1979.

[1069] Nord, C., *Textanalyse und Übersetzen.* Heidelberg: Gross, 1988

[1070] Nida, E. A., Language, Culture and Translating. Shanghai: Shanghai Foreign Language Education Press, 1993.
Šarčević, S., New Approach to Legal Translation. London: Kluwer Law International, 2000.

However, frequent resort to ST terms/concepts in the target legal language or the use of neologisms should be limited to the minimum.

Indeed, too much foreign terms/concepts in the target text can render it incomprehensible and incoherent. This situation would be regrettable because it would significantly influence the trading relationship between the OHADA Member States and other Common Law countries such as the United States, the United Kingdom, Ghana and Nigeria, to name a few. These trading partners may not be able to properly understand a law which is written using too much foreign terms/concepts. In addition, given the political context of the OHADA's only English-speaking member, Cameroon, the foreignization approach may not be appropriate or, if it has to be used, should be limited in usage in the translation of OHADA documents.

With regards to domestication, its advocates the use of completely contrary arguments to support the need to use target text oriented methods[1072]. According to them, the focus should be on the target legal language rather than the source legal language. In order words, the translator should strive to take the writer to the reader or the target audience following the Schleiermacher's principle[1073]. The taking into consideration of Common Law terms, concepts and principles may be an attempt to apply this method in the context of OHADA translation. However, this method should be carefully applied to avoid divergence in interpretation and implementation in Civil Law and Common Law jurisdictions. Indeed, in our considered opinion, "full domestication" or naturalization may be a source of unnecessary implementation difficulties, especially as Civil Law and Common Law are unrelated legal systems with terms and concepts which are unfamiliar or even unknown to each one of them. This may lead to a target text which is nonsensical, unintelligible and incomprehensible to the target readers. Therefore, if domestication has to be used, it must be done with tact to ensure that the same legal information in the Civil Law text is conveyed to the Common Law jurists.

Consequently, the ideal approach in the case of OHADA is the one that aims at achieving the same legal effect for the TT users as for the ST users, while remaining as faithful as possible to ST. This means that the content of the ST should be produced as accurately as possible in the TT in keeping with the spirit of the law. To achieve this noble objective, it is essential to reconcile both the communicative and receiver-oriented approaches with the requirement of fidelity to the ST. This approach corresponds to the functional equivalence approach described by Peter Newmark[1074]. If this approach is properly implemented, the author of this article believes that the product might be a hybrid system of law resulting from cross-fertilization of the Civil Law and Common Law systems.

[1072] Hatim, B. and Mason, I., Discourse and the Translator. London: Longman, 1990.
[1073] Ibid
[1074] Newmark, P., *A Textbook of Translation*, London: Longman, 2005.

VII) Some Thoughts about Harmonizing Legal Practice in Civil Law and Common Law Jurisdictions of Cameroon

The task of interpreting and applying Uniform Acts uniformly in both Civil Law and Common Law jurisdictions is rendered more difficult considering the degree of unrelatedness. Gémar recognizes that the greatest obstacle to the uniform interpretation and implementation is undoubtedly the incongruity of legal systems. [1075] He posits that the fact that each legal system has its own rules of classification and interpretation, sources of law, methodological approaches, designation of competent legal authorities to perform given judicial acts, and procedural rules render the uniform interpretation and application difficult, or even impossible in practice.

The following examples are enough to illustrate this point. In Civil Law jurisdictions, actions are ordinarily commenced in court by *assignation* while in Common Law jurisdictions, actions are commenced by the writ of summons. So, *summons* is often used to translate *assignation*. But in reality and as it is used in article 170 of the OHADA Uniform Act on Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution, the term *assignation* is not the direct equivalent of summons in common law. *Assignation* in Civil Law is an extra-judicial act while a writ of summons is signed by a judge, a magistrate or other legal officers empowered to sign summonses.

Besides, it is very strange in the Common Law jurisdictions of Cameroon to seise the Court of First Instance and the Court of Appeal in case of an execution dispute using a writ of summons. The certificate of non-appeal drafted on the 22nd September 2011 by the Registrar-in-Chief of the Court of First Instance of Buea in relation to the case of *Charles Abi Enonchong (suing as Administrator of Late Chief Dr. H.N.A. Enonchong)* illustrates the difficulties faced in the use of these terms. He wrote:

I, the undersigned, do certify that no "writ of summons" (assignation) has been filed in this court registry within a 30 days spell in keeping with Section 3 of Law No. 2007/001 of 19th April 2007 alongside the OHADA Uniform Act on Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution.

Indeed, the normal practice under Common Law and which still applies in the Cameroon Common Law jurisdictions is that such disputes are referred to the President of the Court of First Instance of the place of residence of the debtor by way of *motion on notice*. It may have been proper for the Registrar-In-Chief to use the term "motion" instead of the term "writ of summons" which translate "assignation" no doubt, but does not conform to the practice.

Finally, the Civil Law and the Common Law have different legal officers who have the competence to perform certain judicial acts. This is the case with the "*Président de la juridiction statuant en matière d'urgence*" in article 49 of the OHADA Uniform Act on Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution:

[1075] Gémar, Jean Claude, Traduire ou l'Art d'Interpréter, Vol I and II, Sainte Foy, 1995, Presses de l'Université du Québec, p.150.

ST: 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.[1076]

TT: The competent authority to rule on all disputes or petitions relating to a forced act of performance or sequestration shall be *the President of the Court ruling in urgent proceedings* or the judge delegated by him.[1077]

The main problem with this translation is that if the term "*Président de la juridiction statuant en matière d'urgence"* can be understood in the Civil Law system, its English translation, though very literal, is confusing in Common Law system where urgent matters are entertained at all levels by the President of the Court of First Instance, the High Court, and the Court of Appeal[1078]. There is no exclusive jurisdiction in Common Law which entertains urgent matters.

These examples reveal that the practice or implementation of OHADA laws can hardly be exactly the same in Civil Law and Common Law jurisdictions. Some degrees of variance are inevitable. Therefore, we are justified to ask the following question: what is OHADA harmonizing? The law or the practice? This question may form the basis of further research initiatives. This article however suggests that Common Law jurisdictions should be allowed to practice and implement the OHADA laws within the spirit of their own legal tradition without defeating the overall objective of the OHADA Treaty namely clarity, transparency and predictability.

The advantage of this flexible approach is that it will give additional reasons to Common Law jurists of other countries to convince their respective governments to ratify the OHADA Treaty.

Another difference in the designation of legal officers in Common Law and Civil Law jurisdictions is found in Article 42 of the OHADA Uniform Act on Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution. This Article stipulates that in the absence of the occupant of the premises, or where the occupant denies access, the *bailiff*[1079] or *process-server*[1080] may put a guard at the doors to prevent any misappropriation. In the unofficial English version, process-server is used to render the French term *agent d'exécution*. This rendering is questionable because it seems to confer on the process-server the powers to carry out execution, in the same capacity as the bailiff.

In French, *agent d'exécution* is a moral entity which has been licensed to carry out executions. He performs the same duties as the bailiff. In contrast, a process-server at Common Law does not carry out execution. His job in the judicial system is limited to the service of court

[1076] Emphasis added
[1077] Authors' unofficial translation from French into English
[1078] See Commentary of article 49 of the OHADA Uniform Act on Simplified Recovery Procedures and Measures of Execution by Justices Fonkwe and Lucie Asuagbor.
[1079] Emphasis added
[1080] Emphasis added

processes. He is not a bailiff. A process-server may even be a local chief or any other person appointed by the court. The Supreme Court (Civil Procedure) Rules provides:

Service of a petition, notice, summons, order or other documents of which service is required shall be made by the Sheriff or a Deputy Sheriff or by an officer of the court or by a constable or by a person appointed therefor either especially or generally, by a native authority or a native court; unless in case the court otherwise directs.[1081]

In addition to the variances discussed above, it may be noted that when the ST and the TT belong to different legal and language systems, there is a threat that text or part thereof will be interpreted according to conflicting legal systems. This problem was already pointed out by Maurice Kamto[1082] in his commentary of the 2008 revision to the Treaty[1083], he pointed out that the institution of four working languages within OHADA will lead to legal conflicts resulting from the existence of several versions of the same law and often from translation problems. In an attempt to solve this problem, paragraph 3 of article 42 provided that "in case of differences in the translation, the French version shall prevail."[1084] This is the normal practice in international organisations where a reference language is distinguished from the working or official languages.

Unfortunately, the Cameroon delegation which took part at the Council of Ministers' meeting in Dakar on July 31st and August 1st ,2008, before execution of the revised treaty, expressed worries concerning the unconstitutionality of this paragraph. Because the constitution of Cameroon adopts English and French as official languages with equal status[1085], they argued that ratifying the modified treaty with paragraphs 3 will be unconstitutional as it establishes the supremacy of the French language over the English language. They also argued that they can only ratify the new treaty with paragraph 3 after modifying their constitution to establish the supremacy of French over English. However, such a solution would be too risky for the political stability of the country. After several consultations, Member States finally agreed to merge paragraphs 2 and 3 of the draft. The resulting paragraph now reads vaguely as follows: "before translation into other languages, documents already published in French shall have full effect. In the event of differences between various translations, the French version shall prevail." This paragraph suggests that laws that are published in various languages are authentic, but in case of differences in translations, the versions of the language in which the law was adopted shall prevail where appropriate[1086].

It is still not clear whether this latter reformulation has solved the problem of conflicting interpretation between several versions of the same laws that may result from various translations. Whatever the case, it cannot be ignored that translation will play a fundamental

[1081] Order IX of the Supreme Court (Civil Procedure) Rules, Cap 211 and the Magistrate Court (Civil Procedure Ordinance) 1948
[1082] Professor of Law at the Faculty of Law, University of Yaoundé II
[1083] Traité de Quebec, Juriscope, 2010 commented by Maurice Kamto.
[1084] See OHADA expert report of August 2006 and the draft Treaty of August 2008
[1085] See Article 1(3) of Law No.96-o8 of 18 January 1996 on the Constitution of the Republic of Cameroon which stioulates: "The Official languages of the Republic of Cameroon shall be English and French, both languages having the same status."
[1086] This is the interpretation by Prof. Maurice Kamto, see Traité de Quebec, Juriscope, 2010, pp.23-26.

role in the way the OHADA laws will be interpreted and implemented in various jurisdictions especially in non-French speaking jurisdictions. The CCJA should thus be prepared to handle some of these cases when article 42 (new) becomes fully operational in all OHADA Member States.

The problem of divergent translations of the same texts will therefore certainly give additional work load to the CCJA which has exclusive jurisdiction to interpret OHADA laws. Therefore, it may be essential for this institution to develop special rules of interpretation for ascertaining the common meaning which best reconciles all language versions having regard to the object and purpose of a given Uniform Act. These rules of interpretation will enable OHADA legal translators to anticipate some translation issues as they already know what interpretation the CCJA will give to a particular term/concept used. This will also facilitate interaction between OHADA legal translators and the CCJA judges and will create an atmosphere conducive for adequate translation of OHADA laws.

VIII) Harmonizing the Law and Practice between Civil Law and Common Law: Difficulties relating to Divergent Rules of Interpretation

Judicial interpretation deals with the attitude of the judge when faced with ambiguous or unclear provisions or an apparent inconsistency between provisions in the text or even a case of silence of the law. Comparative studies reveal that historically, the attitude of Civil Law judges in these circumstances is different from the attitude of their Common Law counterparts. These differences in approach are worth highlighting as they have a direct link with the way the OHADA law is applied in the Civil Law and Common Law jurisdictions of Cameroon especially.

Judges trained in the Civil Law tradition consider that their duty is to apply the law and nothing else. Interpretation is therefore viewed primarily as an exercise that consists in discovering the express or implied intent of the legislature. This interpretation approach can be traced from the history of the Civil Law system[1087] where the statutes and the codes are the foundation of the Legal system, just as cases are the foundation of the Common Law system[1088].

Unlike in the Common Law system where judges are actively involved in the law-making process, Civil Law judges have a more restricted role. The methods of interpretation often resorted to include the exegetic with frequent recourse to the *travaux préparatoires* and the teleological. The exegetic method makes use of the legislative history while the teleological looks at the social objective of the statute. Within the framework of an interview conducted,

[1087] Article 5 of the French Civil Code of 1804 prohibited judges to lay down general rules in deciding cases. It stipulated that: "Judges are forbidden to pronounce by way of general and regulatory disposition on the cases submitted to them."

[1088] This general classification between the codified law and case law is only for historical and academic purposes. The current trend reveals that Common Law is increasingly being codified and Civil Law is also giving increasing significance to case law known as *jurisprudence*.

judges in the Civil Law jurisdictions of Cameroon confirm that they widely resort to these interpretation approaches[1089].

In Common Law jurisdictions however, the situation is quite different. When a term is ambiguous or the meaning is unclear, the judge simply refers to other decided cases with similar facts following the doctrine of binding precedent or *stare decisis*. Thus in *London Tramways v. London County Council*[1090], the House of Lords held that it was bound by its own decisions. However, in *Davis v. Johnson*[1091], a case which involved the interpretation of the Domestic Violence and Matrimonial Proceedings Act 1976, Lord Denning M.R., while reiterating the principle of binding precedent, asked the question as to whether the court was bound by the two previous interpretations of the Act by the same court. He answered in the negative, stating that: "On principle, it seems to me that while this court should regard itself as normally bound by a previous decision of the court, it should be at liberty to depart from it if it is convinced that the previous decision was wrong."[1092]

As it can be observed therefore, the problem of interpretation goes beyond purely legal bounds. It has more to do with the legal systems' history and culture; Hence, the relevance of this topic especially in the context of Cameroon which has both Common Law and Civil Law jurisdictions. Indeed, if the rules of legal interpretation differ in these jurisdictions, it seems logical to think that the law cannot be applied uniformly.[1093] As a result, a case with similar facts may be decided differently depending on the jurisdiction in which the decision was made. This is a serious obstacle to the uniform application of OHADA laws.

Faced with this difficulty, it may be asked whether the solution lies in harmonizing interpretation approaches in both jurisdictions. This appears to be a difficult option because it will mean reversing the whole foundation or civilization of these systems. The better solution, it appears, consists in allowing each jurisdiction to practice the OHADA law according to its legal culture and tradition. Another related question is which interpretation rule will the CCJA apply in case of ambiguity or inconsistency? Indeed, if the CCJA applies Civil Law oriented approach, our proposed solution will be irrelevant as any case that leaves from the Common Law jurisdiction for interpretation will have little chances to prosper.

There is need therefore to review the composition of the CCJA to include Common Law judges who will be better equipped to deal with cases regarding the Common Law system. It will also be a goodwill gesture from OHADA to show its actual openness to Common Law jurisdictions and to facilitate trade with Common Law countries.

[1089] Interviews conducted at the *Tribunal de Grande Instance* of Nfoundi, Yaoundé, and the *tribunal de Première Instance* of Bonanjo, Douala, on July 16-24, 2011; two (02) judges were interviewed in Douala and three (03) others were interviewed in Yaounde.

[1090] (1898) A.C. 375

[1091] (1979) A.C. 264

[1092] Ibid.

[1093] See Martha Simo Tumnde, The perception of OHADA by an Anglophone University in Cameroon, in Le Bijuridisme au Service de l'Intégration et de la Sécurité Juridique en Afrique sur l'égide de l'OHADA, Actes du Séminaire Régional, Yaounde, Cameroon, 13-17 December 2007, Edition Giraf and Agence Intergouvernementale de la Francophonie, Paris, France, July 2005, p.60.

IX) Conclusion

Indeed, OHADA is at the crossroad and the immediate challenge is to ensure the effective implementation of its laws in its member States and to create favourable conditions for the membership of other Common Law countries such as Ghana and Nigeria just to name a few. The ideal is to ensure coherent application of OHADA Uniform Acts in all member States irrespective of differences in legal traditions and languages.

Translation is crucial for attaining this objective. However, and as this research has revealed, legal translation is a challenging exercise described by researchers as a "category in its own right."[1094] There are several reasons for this: conceptual or terminological equivalence between the source and the target text is often not straightforward between the Civil Law and the Common Law systems. This is especially so given the stylistic, pragmatic and semantic specificities of each legal language. In this case, we observe that the skill and knowledge of the translator as well as his ability to skilfully manipulate some prescribed translation techniques make the difference between a deficient and a good translation.

Also noted is the fact that legal translators must be alert to the use of "false friends" or "false cognates." These are terms in the source language that closely resemble a similar sounding term in the target language. At times their meaning can be entirely different. They must therefore avoid the complacency which leads to the use of false cognates and reconcile **s**tylistic differences between the source and the target languages**.**

In a nutshell, translations between Civil Law and Common Law must reconcile the often competing goals of producing clear and readable documents that can be assimilated easily by the reader with the rendering of translations that faithfully transmit the substance of the source text. The constant tension between these two goals requires a great deal of experience, skill, perseverance, knowledge and integrity. For this reason, it is imperative for OHADA to set up a translation unit with qualified and skilful legal translators. These translators should receive a summary training on OHADA laws, the art of legal translation as well as the translation approach to be used in OHADA.

To ensure maximum performance, the translation unit thus established should be supplied with adequate material resources such as translation tools/software, legal encyclopedia, terminological databases, specialized dictionaries, bilingual lexicons, and internet access to ease research. At the same time, OHADA should encourage the production of original OHADA books and documentation in English by Common Law jurists and scholars, and should facilitate collaboration between translators and OHADA law experts from both Common Law and Civil Law jurisdictions.

The importance of continuing training and scholarship grants cannot be over-emphasized. Indeed, OHADA will equally be expected to ensure the continuing training of its translators

[1094] Garzone, G., 'Legal Translation and Functionalist Approaches: a Contradiction in Terms?' In ASTTI/ETI (2000), 2000, pp. 395-414.

especially through scholarship grants for study in some countries like Canada which already boast of a solid experience in the translation within a bijural and bilingual environment.

Finally and still within the framework of creating linkages between Common Law and Civil Law, something must be done as a matter of urgency to ease the understanding of OHADA laws in Common law jurisdictions, create favourable conditions for harmonious co-habitation or ease their membership to the Organisation. This may involve using neutral words with special meanings assigned by OHADA, recruiting Common Law judges in OHADA institutions especially the CCJA, reviewing the training programmes at ERSUMA to include English programs in favour of Common Law jurists and taking into account Common Law concepts and principles in the drafting of OHADA Uniform Acts.

The experience of Cameroon in this regard is worth considering. Indeed, the architects of law reform in Cameroon have, to some extents, taken cognisance of the fact that any meaningful reform cannot be made in a bijural setting if it takes no account of the peculiarities of both systems in the country, notably the Common Law and the Civil Law. Hence, the country has successfully adopted the Criminal Procedure Code which reconciles both Common Law and Civil Law concepts and principles. Cameroon's (non-OHADA) Civil and Commercial Procedure Code which is being finalized is also a combination of both Common Law and Civil Law[1095]. There is need for capacity-building sessions that can enable judges to compare bilingual legal terminology so as to enrich the process of legal interpretation. While waiting to see the outcome of this innovative approach in Cameroon in the long run, such an exercise can help build stronger bridges between the two legal systems of Cameroon. Ultimately, this country's legal history can cease to be a burden and become a positive factor for development and economic growth.

This is an example worth emulating by OHADA in a bid to ensure a harmonious cohabitation and efficiency. This means that OHADA must genuinely and effectively open up to the Common Law system. This exercise is mutually enriching for both systems, and it is already foreseen that at the end, the result may be a kind of legal cross-fertilization with a hybrid system of law in Africa. We long to see how OHADA will succeed in the noble and challenging task of reconciling the two main legal systems in the world. Comparative law will certainly play a key role in this development for, as an author observed: "*au fur et à mesure que la mondialisation s'étend, le droit comparé devient de plus en plus nécessaire.*"[1096]

[1095] Before harmonization, civil procedure was governed in the English part of Cameroon by the Common Law rules, national laws and case law. In the French part of Cameroon, it was mainly governed by Book I of the Civil and Commercial Procedure Code inherited from France and the laws that apply throughout the Republic of Cameroon in this domain. This difficult co-existence between the French Civil Procedure and the English Civil Procedure in the same territory was an obstacle which amplified legal unpredictability and reliability. The harmonized code seeks to put an end to this legal dualism through a combination of concepts and principles common to both systems. It is worth noting however that Civil Law remains preponderant in this exercise.

[1096] DELMAS-MARTY (M.), La mondialisation du droit, préc., p.47. Roughly translated into English, this quotation means: With the increasing globalization, comparative law is becoming a necessity [Authors' translation].

LEGISLATION

Des imprécisions dans l'approche définitionnelle de la notion de systèmes de paiement dans l'espace UEMOA : cas du règlement n° 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002

AOUBA Soumaïla

Magistrat

Substitut du Procureur du Faso prés le Tribunal de Grande Instance de Yako

INTRODUCTION

1. La grande révolution technologique actuelle qui a conquit le monde n'a épargné aucun secteur d'activité. Mais dans le domaine bancaire faut-il observer que certaines innovations technologiques comme le paiement automatisé par des distributeurs automatiques de billets (DAB) et des cartes électroniques ne sont plus si récentes. Pour autant, ces technologies ont beaucoup évolué ces dernières années, apportant des changements qualitatifs sans précédent en matière bancaire. L'universalisation du système de paiement électronique, la rapidité et la sécurité dans les transactions, l'interbancarisation et la coopération entre banques et établissements financiers, la professionnalisation des filières bancaires, la dématérialisation généralisée des moyens de paiement, facilitée par l'internet et la téléphonie mobile, l'augmentation de la bancarisation ainsi que le recours grandissant à la monnaie scripturale font partie des apports technologiques positifs majeurs.

2. Dans l'espace UEMOA comme dans d'autres espaces géographiques, la CEMAC notamment, la prise en compte de telles innovations a conduit à des réformes législatives et institutionnelles importantes, s'inspirant des initiatives et principes adoptés au niveau international. En effet, la réalisation de ces objectifs implique nécessairement le respect de certaines exigences[1097] et l'adoption d'un cadre stratégique propice qui ne peut reposer que sur l'efficience et l'efficacité des outils, la rigueur dans la méthode et surtout un sens aigu de la précision et de la concision. Pourtant l'analyse des textes régissant les opérations bancaires et financières dans l'espace UEMOA, en l'occurrence le règlement n° 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002, cadre référentiel actuel, montre qu'il y a un silence total, sinon des insuffisances ou des impressions quant à l'approche définitionnelle de certaines notions clés telles les «systèmes de paiement», «instruments de paiements» et quelquefois «moyens de

[1097] La régulation prévue par les instances internationales comme la Banque des Règlements Internationaux (BRI) et l'organisation internationale de normalisation ISO (International Organization for Standardization), est à prendre en compte dans la réforme

paiement». Qu'entendons-t-on par «systèmes»? Quelles différences opérées entre ces notions? Quelle est leur portée pratique?

I – NOTION DE SYSTÈMES DE PAIEMENT

A/ DÉFINITION

1°) L'absence de définition légale dans les textes de L'UEMOA

1. Aucun texte de l'UEMOA ne définit clairement l'expression «systèmes de paiement[1098]», pas même le règlement n° 15/2002/CM/UEMOA du 19 septembre 2002. Ce texte fondamental qui consacre la réforme des systèmes de paiement emploie cette expression de manière récurrente sans pour autant réellement la définir. Un examen attentif de ce règlement permet néanmoins de déduire que le système de paiement comprend *«les règles régissant les instruments de paiement et de crédit, qu'ils constituent ou non des effets de commerce, mais également les règles, mécanismes et institutions permettant le fonctionnement satisfaisant du système en matière de paiement et de règlements, notamment en assurant la sécurité de celui-ci*»[1099].

Par contre, l'effort de définition du Comité des systèmes de paiement est salutaire, car selon cet organe, un système de paiement est «*Un ensemble d'instruments, de procédures et de règles pour le transfert de fonds entre participants à un système, reposant normalement sur une infrastructure convenue». Cette définition très large a l'avantage de prendre en compte les différentes susceptibilités qui entourent la notion de systèmes de paiement mais surtout de résister et d'anticiper sur les innovations technologiques rapides dans le domaine bancaire. Si l'approche définitionnelle de l'UEMOA quant aux «systèmes de paiement» semble insuffisante ou imprécise qu'en est-il en droit comparé?*

2°) Approches terminologiques en droit comparé

A titre comparé, l'on peut constater que le Règlement de la CEMAC[1100] du 4 avril 2004[1101], en partant de l'interbancarité définit en ses articles 253 et 254 les «systèmes de paiement (interbancaire)» comme une «*procédure nationale ou internationale organisant les relations entre deux participants au moins, permettant l'exécution à titre habituel, par compensation ou non, d'ordres de transfert; peuvent être participant à un système bancaire des établissements de crédit et toute personne morale habilitée*[1102]»

[1098] V SAWADOGO (Filliga Michel) et TRAORÉ (Alain), Instruments de paiement et de crédit, Collection Précis de droit burkinabé, Université de Ouagadougou, Nov. 2008, p. 31

[1099] V SAWADOGO (Filiga Michel) et TRAORÉ (Alain), op. cit. , p.31

[1100] Règlement de la CEMAC n°02/03/CEMAC/UMAC/CM du 4 avril 2003

[1101] D'aucuns estime que la date de ce règlement de la CEMAC est discutable pour la raison essentielle que le texte a été adopté par le Conseil des Ministres de la zone le 28 mars 2003 mais signé par le Président de cet organe le 4 avril 2003. A ce sujet v. V SAWADOGO (Filiga Michel) et TRAORÉ (Alain), op. cit. , p.26

[1102] V SAWADOGO (Filiga Michel) et TRAORÉ (Alain), op. cit. , p. 42

En droit français, les systèmes de paiement et autres titres sont définis par l'article L330-1 du Code monétaire et financier comme « *Un système de règlements interbancaires ou de règlement et de livraison d'instruments financiers s'entend, d'une procédure nationale ou internationale organisant les relations entre deux parties au moins, ayant la qualité d'établissement de crédit, d'institution ou d'entreprise mentionnés à l'article L. 518-1, d'entreprise d'investissement ou d'adhérent à une chambre de compensation ou d'établissement non résident ayant un statut comparable, permettant l'exécution à titre habituel, par compensation ou non, de paiements ainsi que, pour ce qui concerne les systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers, la livraison de titres entre lesdits participants*[1103] ». En outre, la directive européenne n° 2007/64/CE du 13 novembre 2007 sur les services de paiement, transposée en droit français suivant Ordonnance n° 2009-866 du 15 juillet 2009 et publiée le 16 juillet 2009, intègre la notion de « service de paiement » et instaure une nouvelle catégorie de prestataires soumis à agrément : les « établissements de paiement[1104] ». L'on peut facilement remarquer que le contenu du règlement de la CEMAC sur ce point est identique à celui de la législation française. L'on en déduit que la CEMAC a dû s'inspirer de la loi française qui est antérieure.

En droit marocain, le Cadre légal et institutionnel, des systèmes de paiement repose sur des fondements légaux et conventionnels. Plusieurs textes législatifs, généraux[1105] et spéciaux[1106] définissent les statuts des différents acteurs intervenant dans le système de paiement. Ils déterminent le régime juridique des différents instruments de paiement et prévoient les mécanismes d'échange et de règlement des valeurs entre lesdits acteurs.

Un auteur, en l'occurrence, Abel François[1107], distingue parmi les systèmes de paiement, les systèmes de détail (entre particuliers et entreprises non financières) et les systèmes de gros (entre *institutions financières).* Un système de paiement est donc un ensemble d'instruments, de règles et de procédures, destiné à réaliser des transferts de fonds entre établissements bancaires et financiers. Les paiements transférés peuvent être de montants élevés (transferts interbancaires, virements de trésorerie par exemple) ou de détail (chèques, paiements par carte, prélèvements, virements clientèle par exemple). Les systèmes de titres assurent la compensation, le règlement et la livraison des instruments financiers, une fois la négociation achevée sur les marchés.

[1103] http://www.banque-france.fr/fr/systemes-de-paiement-et-de-titres/ htm

[1104] MAY (Benjamin) et BRETEAU (Lise), La Directive sur les services de paiement transposée en droit français, source internet

[1105] Notamment le dahir du 12 août 1913 formant code des obligations et contrat, le dahir n° 1-96-83 du 1er août 1996 portant promulgation de la loi n° 15-95 formant Code de Commerce, le décret royal n° 330-66 du 21 avril 1967 portant règlement général de la comptabilité publique. Pour tout détail voir Abdelaziz, Le système de paiement au Maroc, source internet

[1106] On peut y citer dahir n° 1-59-233 du 30 juin 1959 portant création de Bank Al-Maghrib, tel que modifié et complété, 2-le dahir portant loi n° 1-93-147 du 6 juillet 1993 relatif à l'exercice de l'activité des établissements de crédit et leur contrôle

[1107] FRANÇOIS (Abel), Les systèmes de paiement, « Séminaire d'économie » IPAG de Strasbourg, Novembre 2007,PD

De toutes ces approches terminologiques, l'on peut déduire que les systèmes de paiement électroniques désignent à la fois les règles qui encadrent les opérations bancaires ainsi que les instruments corrélatifs, mais aussi le cadre institutionnel permettant la réalisation de ces opérations. L'expression «systèmes de paiement» a donc deux facettes, comme on l'a vu, car elle englobe le cadre règlementaire et le cadre structurel ou institutionnel. Ce qui montre que cette expression a une connotation bien plus vaste que celle d'«instruments de paiement» qui constitue l'une de ses facettes.

B/ DISTINCTION «SYSTÈMES DE PAIEMENT» ET NOTIONS VOISINES

1°) Distinction entre systèmes de paiement & instruments de paiement et de crédit

«*Les instruments de paiement comprennent tout moyen ou procédé, quel qu'en soit le support, permettant à une personne de transférer des fonds évitant la manipulation d'argent ou de monnaie*[1108]». Selon PEROCHON (F.) et BONHOMME (R.), l'expression «instruments de paiement» désigne «Les techniques juridiques destinées à permettre le paiement du créancier et plus généralement le transfert de fonds, sans manipulation de monnaie (billets et pièces)». Le chèque et la carte bancaire sont les instruments de paiement les plus courants et les plus usités, même si les TIC ont fait intégré de nouveaux instruments de paiement électroniques à l'image du portemonnaie électronique. En somme, ce sont des titres qui permettent l'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent sans recours à des espèces monétaires. Certains traits essentiels caractérisent un instrument de paiement : le caractère négociable, le caractère littéral, et le fait qu'il constate une créance à court terme et porte l'indication de sa valeur. Le Règlement N° 15/2002/CM/UEMOA a retenu trois (03) principaux instruments de paiement « classiques[1109] » dont le chèque, la lettre de change et le billet à ordre, et, trois instruments de paiement modernes ou électronique qui sont : le télépaiement, le porte-monnaie électronique, le virement électronique.

Quant aux instruments de crédit, ils peuvent être définis comme «des titres créés en principe *à l'occasion d'une opération commerciale et qui permettent le financement à court terme*». Parmi ce type d'instruments on peut citer la lettre de change ou traite, le billet à ordre, le billet au porteur et le «bordereau Dailly[1110]». Ce sont des titres utilisés surtout dans le commerce et dans les milieux d'affaire.

L'on peut observer qu'il y a une grande similitude entre «instruments de paiement et «instruments de crédit» parce qu'il s'agit tous les deux de titres négociables. En outre, tout instrument de crédit est un instrument de paiement ou peut servir d'instrument de paiement, mais l'inverse n'est pas forcément admis. D'ailleurs, en droit comparé, la Cour de

[1108] V SAWADOGO (F. Michel) et TRAORÉ (Alain), op. cit. , p.24

[1109] Pour les détails et définition V. CISSÉ (A) «Les systèmes de paiement électronique». Ainsi, le chèque est un instrument de retrait de fonds ou de paiement (art. 43-130), la lettre de change est un instrument de crédit bancaire par excellence (art. 149-228), le billet à ordre est un instrument de crédit (art. 228-234).

[1110] Ce titre matérialise la cession de créance professionnelle en France.

Cassation[1111] française (Com., 6 juin 2001, D. 2001, Jurisp. 2124 obs. DELPECH) a d'ailleurs fait observer à propos des chèques[1112] cadeaux que « *si conformément aux dispositions des articles L. 311.1 et L 311.3 du Code monétaire et financier, les moyens de paiement sont des instruments de paiement qui, quel que soit le support ou le procédé utilisé, permettent à toute personne de transférer des fonds, les chèques cadeaux, dans la mesure où ils sont dépourvus de tout caractère fongible et liquide, ne sont pas des instruments de paiement mais des moyens de paiement*».

Or, comme on l'a développé plus haut, l'expression «systèmes de paiement» est, non seulement, plus vaste que les expressions «instruments de paiement» et «instruments de crédit», mais surtout, se distingue nettement des deux expressions par le fait, qu'outre les moyens de paiement matériels qu'elle vise et qui sont aussi l'incarnation des instruments de paiement et de crédit, elle s'étend à l'analyse des règles de fonctionnement et d'utilisation de tout moyen fiduciaire, divisionnaire ou scripturale pouvant permettre de réaliser une opération bancaire à titre de paiement, de crédit.

2°) Distinction entre Systèmes de paiement & moyens de paiement

Au sujet des «moyens de paiement», là aussi, les textes de l'UEMOA n'en donnent aucune définition, contrairement à ceux de la CEMAC. En effet, l'on peut déduire du règlement n°02/03/CEMAC/UMAC/CM précité qui traite des «moyens de paiement» en ses articles 12 à 195, qu'il emploie l'expression «moyens de paiement» pour désigner les instruments de paiement et/ou les instruments de crédit. Dans ce traité, les moyens de paiement englobent les instruments de paiement et de crédit. A défaut de définition précise, le règlement de la CEMAC a le mérite de donner des indications suffisantes sur le sens de «moyens de paiement». Cependant, rigoureusement parlant, cette assimilation des moyens de paiement aux instruments de paiement et de crédit soulève une petite difficulté, car on relèvera que tous les effets de commerce ne sont pas des instruments de paiement.

En revanche, l'expression «moyens de paiement» est souvent employée comme étant synonyme de «systèmes de paiement». Du reste, on constate cette confusion même dans les instruments juridiques de l'UEMOA et de la CEMAC. Pourtant, stricto sensu, «les systèmes de paiement» englobent certes, tous «les moyens de paiement», mais ils vont au-delà, car en parlant de «système» l'on intègre l'aspect «méthode» qui rime avec la possibilité d'«appréciation» du contenu. Ce qui permet ici d'examiner ou de s'interroger sur l'opérationnalité et l'efficacité de tous ces nouveaux instruments bancaires de paiement, complexes et révolutionnaires.

[1111] V SAWADOGO (F. Michel) et TRAORÉ (Alain), op. cit. , p.27

[1112] Remis à titre de cadeau aux époux, aux futurs et à l'un deux comme contribution à leur union. C'est un système connu surtout en occident.

II- CARTOGRAPHIE DES SYSTÈMES DE PAIEMENT DANS L'ESPACE UEMOA DEPUIS LA RÉFORME DU SECTEUR BANCAIRE ET FINANCIER

Avant de faire la situation de l'évolution intervenue dans le secteur bancaire de depuis la réforme, il est utile de donner un aperçu du contenu de cette réforme.

A/ BREF APERCU DE LA RÉFORME DU SECTEUR BANCAIRE ET FINANCIER DANS L'ESPACE UEMOA

C'est en 2002 qu'est intervenue la réforme majeure des systèmes de paiement dans l'espace UEMOA. Cette réforme consacrée par le Règlement du 19 septembre 2002 constitue une évolution par rapport à la règlementation existante. Mais cette réforme fut bâtit sur de précédentes réformes notamment la réforme de 1975[1113] et celle de 1996-1997[1114]

1°) Du cadre et des objectifs de la réforme

Comme toute réforme, celle intervenue dans l'espace UEMOA le 19 septembre 2002 et relatifs aux systèmes de paiements, est survenue du fait des nombreuses critiques faites à l'endroit des textes existants, de leur inadaptation aux nouveaux enjeux technologiques et économiques du moment, mais surtout du fait des nombreuses incohérences observées dans les textes communautaires, d'une part, avec les textes internationaux, d'autre part. Pour ces raisons, la Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO) soucieuse de parvenir à un système bancaire performant et innovant, a donné la sonnette d'alarme en mettant en place dès mars 1999, un projet ambitieux de modernisation des systèmes de paiement au niveau régional. L'exécution de ce projet a été confiée à une structure interne du siège de la BCEAO dénommée «Mission pour la Réforme des Systèmes et Moyens de Paiement (MRSP) » qui, sur la base des préoccupations recensées en collaboration avec les Comités Consultatifs de Paiement, institués dans chaque pays membres de l'UEMOA comme représentants locaux des utilisateurs et consommateurs, et sur la base des avis et recommandations émis par un Panel International d'Experts (PIE) en systèmes de paiement mis en place, a élaboré les bases de cette réforme. De manière synthétique, les principaux objectifs assignés à MRP était de parvenir à :

- la réduction de l'utilisation des paiements en espèce dans l'espace UMOA au profit des paiements scripturaux;
- l'augmentation de la bancarisation dans l'espace UMOA;
- la modernisation des systèmes de paiement dans l'espace en prenant en compte les implications des TIC et d'internet;

[1113] C'est la Loi uniforme de 1975, portant règlementation du chèque qui consacra cette réforme. Sa mise en vigueur était laissée à l'initiative de chaque État. Le Burkina Faso, c'est par une Ordonnance de 1975 publié au journal officiel du 2 octobre qu'elle est entrée en vigueur. Cette loi avait mis un accent particulier sur le chèque sans provision et sa répression.

[1114] Par contre la Loi de 1996-1997 qui était aussi une loi Uniforme pris concomitamment par l'UMOA et la BECEAO, se focalisait en général sur les instruments de paiement. Là aussi l'initiative était laissée à chaque pays membres selon sa procédure législative d'intégrer cette loi dans l'ordonnancement interne. Le Burkina Faso l'a mise en vigueur par une Ordonnance n° 037/97/AN du 17 décembre 1997

- La collaboration effective et opérationnelle entre les banques par la mise en place de l'interbancarité;
- L'amélioration de la sécurité des opérations liées à l'utilisation des moyens de paiement modernes qui soit en phase avec les exigences technologiques actuelles;
- La prévention des infractions bancaires.

2°) Les fondements de la réforme de 2002

Pour donner les gages de réussite à la réforme, les réformateurs se sont appuyés ont mis les bouchers doubles pour la réaliser éléments. Cette reforme, matérialisée par le règlement du 19 septembre a été bâti sur des fondements que l'on peut qualifier de solides.

D'abord, la charpente des textes de la réforme, est portée par un «Règlement» et non une «Directive» ce qui est très caractéristique car ceci révèle, d'une part, l'importance accordée à la réforme, et d'autre part, montre les grandes ambitions des acteurs bancaires de l'UEMOA et des États de rendre très performant le système bancaire à travers des systèmes de paiement modernes. Il est important de rappeler que suivant le principe de la hiérarchie des normes, le règlement a une force supérieure à la Directive dans le système communautaire de l'UEMOA. De même, le volume du texte (Règlement) composé de deux cent quarante huit (248) articles traduit la volonté des autorités de l'UEMOA de prendre en compte tous les aspects des systèmes de paiement en intégrant les TIC.

Ensuite, le règlement traitent plus largement des «systèmes de paiement» que des «instruments de paiement» à connotation plus restreinte ce, à l'opposé du règlement de la CEMAC. En se focalisant sur la preuve électronique en s'inspirant des lois canadienne, française et la CNUDI[1115], l'intéropérabilité et la sécurité des systèmes de transaction électronique, la législation UEMOA de 2002 est plus que jamais moderne.

B/ CARTOGRAPHIE DES SYSTÈMES DE PAIEMENT DE L'ESPACE UEMOA ISSUE DES RÉFORMES

1°) Le Système Interbancaire de Compensation Automatisée de l'UEMOA

(SICA-UEMOA)

«Le Système Interbancaire de Compensation Automatisée de l'UEMOA (SICA-UEMOA) est un outil d'échange et de règlement par compensation des opérations des opérations de paiement de détail résultant de l'usage des instruments de paiement (chèque, billet à ordre, lettre de change)[1116]». Le SICA-UEMOA est aussi définit comme «*un système de paiement net, qui assure la compensation multilatérale des transactions entre les participants, l'échange d'instruments dématérialisés, la réduction des délais et coûts des échanges interbancaires, le respect du délai maximum de règlement sur le compte de la clientèle…Le SICA-UEMOA est un outil d'échange et de règlement automatique des opérations de paiement de petits montants inférieurs à cinquante (50) millions de francs CFA entre*

[1115] Commission des Nations Unies sur le Droit Commercial International
[1116] V. SAWADOGO (F.) et TRAORÉ (A.) op. cit. p.45

établissements participants au niveau national et sous-régional[1117]» Le SICA est fondé aussi sur un dispositif conventionnel et non règlementaire, même s'il faut relever que l'article 26 de la BCEAO faisant partie du traité UMOA du 14 novembre 1973 a prévu que sur une base règlementaire «la banque centrale organise et gère les chambres de compensation sur les places où elles le juge nécessaire».

Avec ses quarante et sept (47) articles, la convention SICA, prévoit au titre de l'identification des parties qu'il ya, d'une part, la banque centrale, et d'autre part, la banque au sens usuel, le trésor public ou les services financiers de la poste. Tout comme le STAR, le SICA UEMOA est un contrat obligatoire pour toutes les banques et établissements financiers dès leur adhésion Les droits et obligation de chaque établissement financier et bancaire participant sont prévus exhaustivement dans la convention de compensation du SICA UEMOA.. Le SICA-UEMOA est organisé autour de trois fondements qui sont l'interopérabilité, la multilatéralité et l'interbancarité. Géré et contrôlé par la BCEAO, le SICA concerne les paiements effectués par et pour les clients des banques. Sur le terrain Les séances de compensation consistent à regrouper les opérations, qui sont présentées aux établissements participants. A la fin, le solde net des différences entre les débits et les crédits est réglé par imputation au compte courant des banques auprès de la Banque Centrale.

2°) Le Système de Transfert Automatisé et de Règlement de l'UEMOA (STAR-UEMOA) ;

Le Système de Transferts Automatisés et de Règlement de l'UEMOA (STAR-UEMOA) est une infrastructure qui permet d'effectuer des Transferts de fonds et Échanges de titres d'importance systémique dans la zone UEMOA, qui a été rendu opérationnel à partir du 25 juin 2004. Aux termes de l'article 3 du règlement «*la Banque Centrale veille au bon fonctionnement et à la sécurité des systèmes de paiement. Elle prend toutes les mesures requises en vue d'organiser et d'assurer l'efficacité et la solidité des systèmes de paiement par compensation interbancaire et des autres systèmes de paiement au sein de l'Union et avec les pays tiers*». C'est une convention-cadre de droit privé, et plus précisément un contrat d'adhésion qui fixe les conditions de fonctionnement des services. Il est obligatoire pour tous les acteurs financiers et bancaires de l'espace UEMOA la BCEAO, en l'occurrence les banques et établissements financiers agréés par décision du Ministère chargé des finances dans chaque État membre de l'UMOA et les Sociétés de Gestion et d'Intermédiation agréées. Concrètement la participation au STAR peut se faire de manière directe, de manière indirecte, par la représentation, par la sous participation[1118.]

Certains principes gouvernent la réalisation des règlements de la STAR-UEMOA : l'irrévocabilité des ordres de virement et d'échange de titres (consacrée aussi par l'article 12 du CNUDI, le traitement des opérations selon leur niveau de priorité et leur ordre d'arrivée, le contrôle de la provision d'où découle le caractère inconditionnel de l'ordre, l'imputation en temps réel ou immédiate dans les livres de la BCEAO aux Comptes des Participants. Faut-il le

[1117] CISSÉ (A.) op. cit

[1118] Pour plus de précision. V. CISSÉ (A) ,«Systèmes de paiement électronique», Cours de Master 2 en Droit du cyberespace africain

préciser le STAR-UEMOA complète les prérogatives de la BCEAO dont les statuts habilitent (article 19), dans le cadre de la politique monétaire dans les États membres, à ouvrir dans ses livres des comptes aux banques, établissements financiers…

3°) Le système régional de paiement par carte bancaire ou système interbancaire de paiement par cartes bancaires

A l'examen du contenu de ce système, il traduit l'un des axes majeurs de la réforme de 2002 qui objecte de parvenir à l'enracinement de l'interbancarisation entre les banques et établissements financiers de l'UEMOA. La mise en place effective et opérationnelle du système de paiement par carte bancaire ne ferait que traduire un ancien projet de la BCEAO de parvenir, à l'image de la liberté d'aller et de venir concernant les hommes, à une liberté de transaction monétaire au niveau des banques. Concrètement, la mise en place d'une carte bancaire commune à l'ensemble des banques de la zone, portant un logo propre et acceptée par les commerçants affiliés sur le territoire de l'Union devrait incontestablement renforcer l'intégration sous-régionale et la coopération interbancaire dans l'espace. Il suit que ce système peut permettre de booster le commerce et l'économie si les tarifs de transaction ne sont pas élevés et si la BCEAO parvient à éviter au niveau des banques nationales le système de la préférence nationale. C'est à la lumière des difficultés éprouvés par les usagers, des difficultés de «circulation monétaire» intracommunautaire marqué par l'absence d'un réseau interbancaire de référence soutenu par les États qu'un tel système de paiement bancaire a été mise en place. La réussite de la réforme en dépend.

C'est pourquoi dans le cadre de sa mission fédératrice la BCEAO à mis en place un cadre institutionnel qui comprend deux niveaux : d'abord, la BCEAO a mis en place dès février 2003 un Groupement Interbancaire Monétique (GIM), une structure sous sa tutelle fonctionnant sous la forme d'un groupement d'intérêt économique qui a en charge la normalisation du système monétique interbancaire dans l'espace UEMOA. Des cartes GIM possédant un microprocesseur EMV est au cœur de ce dispositif régional; ensuite, elle a mis en place une structure plus opérationnelle dénommée Centre de Traitement Monétique Interbancaire fonctionnant sous forme de société anonyme qui a pour mission d'assurer la gestion des moyens techniques communs à travers des services interbancaires, des services complémentaires et des services interbancaires par délégation. Au plan national, et notamment dans chaque État membre de l'UEMOA, un réseau interbancaire a été mis en place pour assurer la liaison et les échanges interbancaires entre les banques et établissements financiers participants et la BCEAO.

CONCLUSION

Le Règlement N° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine parce qu'il vise la modernisation des systèmes de paiement à travers l'interopérabilité, la sécurisation des opérations et transactions bancaires, la dématérialisation des outils de paiement et de crédit, l'adoption d'une monnaie électronique et parce qu'il a intégré les exigences universelles des systèmes de paiement, constitue, la source référentielle en matière de systèmes de paiement en Afrique de l'Ouest. Sa modernité peut lui garantir sa survie, pour peu que tous les acteurs

impliqués y compris les États prennent toutes les dispositions idoines que cette législation, reflet d'une Afrique qui scintille puisse connaître un essor sempiternel. Parmi ces précautions, il y a l'information et la sensibilisation des usagers sur les possibilités innovantes qu'offre la règlementation dans l'espace UEMOA pouvant leur assurer, sécurité, efficacité, rapidité dans les transactions. L'interprétation de la règlementation doit aussi constituer une préoccupation parce qu'elle conditionne la réussite de la réforme. L'innovation ne doit pas être ici perçu comme un danger qui apeure les citoyens mais bien plus comme un « sésame ouvre-toi» en matière bancaire.

SOURCES LÉGISLATIVES

- Règlement n° 15/2002/CM/UEMOA relatif aux systèmes de paiement dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA
- Traité du 14 novembre 1973 instituant l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine
- Directive N° 07/2002/CM/UEMOA relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA.
- Directive n° 04/2007/CM/UEMOA relative à la lutte contre le financement du terrorisme dans les États membres de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine.
- Directive N° 08/2002/CM/UEMOA portant sur les mesures de promotion de la bancarisation et de l'utilisation des moyens de paiement scripturaux,
- Loi (Uniforme) n° 12-96/ADP du 2 mai 1996 portant règlementation bancaire en Afrique de l'Ouest, promulguée par le Décret n°96-180 du 11 juin 1996, JOBF du 4 juillet 1996.

BIBLIOGRAPHIE

- **CISSÉ (Abdoullah),** «Système de paiement pour les IMF au Sénégal», Cadre juridique et institutionnel, PDF, 6 p.
- **CISSÉ (Abdoullah), «**Systèmes de paiement électronique», Cours M2 en droit du cyberespace africain
- **SAWADOGO (Filiga Michel) et TRAORÉ (Alain)**, Instruments de paiement et de crédit, Collection Précis de droit burkinabé, Université de Ouagadougou, Nov. 2008
- **FRANÇOIS (Abel),** Les systèmes de paiement, « Séminaire d'économie » IPAG de Strasbourg
- Novembre 2007, PDF
- **MAY (Benjamin) et BRETEAU (Lise),** La Directive sur les services de paiement transposée en droit français, source internet

WEBOGRAPHIE

- http://hei.unige.ch/mpfsrp/papersmpfsrp/devo-pap.pdf
- http://www.bceao.int/internet/bcweb.nsf/pages/regr
- Moyens et systèmes de paiement et de titres français
- http://www.banque-france.fr/fr/systemes-de-paiement-et-de-titres/moyens-et-systemes-de-paiement-et-de-titres-francais/moyens-et-systemes-de-paiement-et-de-titres-francais.htm
- http://droit-finances.commentcamarche.net/legifrance/60-code-monetaire-et-financier/154665/definition-des-moyens-de-paiement

Heurs et malheurs de l'article 4 de l'acte uniforme Ohada portant organisation des suretés.

KODJO GNINTEDEM Marie Duvale

Docteur en Droit privé

La méfiance de ceux qui prêtent a conduit au développement de nombreuses techniques de réduction du risque d'impayé. Il s'agit des garanties. Ces mécanismes qui accompagnent le crédit ou en facilitent l'obtention sont devenus d'incontournables instruments économiques. Le développement économique et technologique, la fluctuation des biens et patrimoines ont contribué à leur diversification et à leur adaptation aux activités, incitant les législateurs à intervenir afin de concilier soutien du crédit et impératif de protection[1119].

L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)[1120] ne s'est pas faite priée. Le 15 décembre 2010, elle a opéré une réforme d'envergure de son droit des sûretés, domaine dans lequel les leitmotive contemporains d'accessibilité et de lisibilité du droit sont particulièrement importants[1121]. L'objectif de la réforme était moins de limiter le morcellement de la matière que de fixer ses principes directeurs et de les moderniser. Le droit des sûretés en vigueur était en effet sujet à un certain nombre de critiques tant sur le plan théorique que sur le plan pratique. Sur le plan théorique, il lui a été reproché l'éparpillement de ses dispositions entre plusieurs actes uniformes ou entre plusieurs sections, la désuétude des terminologies employées, l'inexploitation des biens du débiteur[1122]. Sur le plan pratique, l'on décriait un excès de formalisme, une ignorance des grandes évolutions en matière de

[1119] Tels sont les deux enjeux du droit des suretés, identifiés par T'Kint. Vr. F. T'Kint**,** *Sûretés et principes généraux de droit de poursuites des créanciers*, Bruxelles, 4e éd., Larcier, 2004, n° 2.

[1120] L'OHADA regroupe actuellement 17 États membres qui sont : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, les Comores, la République Centrafricaine, le Congo, la Cote d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée Équatoriale, la Guinée Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo, et récemment la République Démocratique du Congo. Elle est fondée sur le traité signé à Port-Louis le 17 octobre 1993 et révisé au Québec le 17 octobre 2008. Malgré les doutes que son domaine d'action pourrait susciter quant à sa nature juridique, l'esprit de l'organisation fait d'elle non une organisation d'intégration économique, mais une organisation d'intégration juridique qui accorde une place importante à tous les champs favorables au développement économique. Dès lors, tandis que les institutions économiques n'abordent le droit des affaires que de façon parcellaire, le juridique accompagnant le principal économique, l'OHADA veut, par ses règles, accompagner le développement économique. Cf. Paul-Gérard Pougoué, et al. , *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Editions Lamy, 2011, Actes uniformes, n° 10 ; Joseph Kamga, *L'apport du droit OHADA à l'attractivité des investissements étrangers dans les Etats parties*, Revue des juristes de sciences politiques, 2012, n° 5, pp. 43-51. Cette instrumentalisation du juridique au service de l'économique est la conséquence de l'interdépendance des disciplines et ne devrait donc pas affecter la nature juridique de l'OHADA.

[1121] M. Farge, *Les sûretés*, Grenoble, PUG, col. « *Le droit en +* », 2007, n° 6.

[1122] Joseph Issa-Sayegh, *Note de relecture du projet de rapport Clifford chance sur l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés*. Pour le Professeur, ces critiques ne sont pas des lacunes et sont mêmes inévitables dans la réglementation des sûretés.

garantie[1123], l'ignorance de certaines garanties très prisées dans la pratique, un manque de fiabilité dans les mesures de publicité des sûretés réelles, notamment du fait des défauts de fonctionnement des registres du commerce et du crédit mobilier (RCCM), des difficultés chroniques lors de la réalisation de la garantie. Ces éléments ont été présentés comme les obstacles à la réalisation des objectifs du droit des sûretés, qui sont d'inciter les prêteurs et les fournisseurs de crédits à octroyer des financements par un système efficace de garantie, et arriver à la prospérité économique de l'Etat par la création et la croissance des entreprises au moyen des financements sécurisés.

Le nouvel acte uniforme est entré en vigueur le 16 mai 2011 et a abrogé l'acte uniforme portant organisation des sûretés du 17 avril 1997. Le régime des sûretés est profondément remanié, avec des innovations certaines. La garantie des créanciers se trouve presque partout renforcée, tant en matière de sûretés personnelles que de sûretés réelles. L'on assiste à l'introduction de nouvelles sûretés jusque-là ignorées de l'AUS en vigueur, ainsi que de l'agent des sûretés. La réforme s'étend à la modification de la définition de certaines sûretés ; la modification de la structuration formelle de l'AUS pour prendre en compte les nouvelles sûretés introduites ; l'ajout de nouvelles dispositions pour préciser un régime juridique ou prévoir un nouveau régime ; le déplacement de certaines dispositions pour assurer la mise en cohérence d'un domaine ; la suppression d'articles devenus sans objet ; l'organisation des renvois internes ou externes pour préciser le champ d'application d'une disposition ou faire un renvoi à une définition.

Sur le plan structurel, l'AUS s'articule autour de 5 titres : Sûretés personnelles, Sûretés mobilières, Hypothèques, Distribution des deniers et classement des sûretés, Dispositions transitoires et finales. Ils sont précédés d'un titre préliminaire consacré aux définitions et domaine d'application de la réglementation. Ce titre comporte la nouvelle définition de la sûreté, aux reflets de la conception fonctionnelle actuellement en vogue[1124]. Ainsi, aux termes

[1123] La réforme intervenue le 15 décembre 2010 est le résultat d'un long processus visant à analyser tous les aspects des garanties susceptibles de promouvoir et faciliter l'accès aux financements dans la région. Le droit des sûretés qui en est issu vise alors le soutien des établissements de crédit dans les financements apportés aux opérateurs économiques pour leurs investissements et aux particuliers pour soutenir la consommation des ménages, condition essentielle du développement du secteur privé. Il s'inscrit par ailleurs dans la réforme générale du droit OHADA, dont les objectifs sont de renforcer l'adaptabilité, l'effectivité et l'attractivité du droit des affaires harmonisé, et de faciliter son utilisation par les agents économiques opérant dans les 17 États membres de l'OHADA. Il contribuera ainsi à garantir davantage la sécurité juridique et judiciaire des activités économiques et transactions financières et à favoriser l'essor de celles-ci en encourageant l'investissement local et étranger. V. L. Yondo, *Note d'Orientation relative à la Relecture de l'Acte Uniforme OHADA portant organisation des sûretés*, Août 2009.

[1124] Pour déterminer le cadre conceptuel des sûretés, deux conceptions opposent la doctrine majoritaire. Une conception extensive de la notion de sûreté conçoit celle-ci comme *tous les procédés tendant directement à la garantie de l'exécution des obligations*. Dès lors, apparaîtraient comme des sûretés tous les mécanismes qui peuvent avoir d'autres fonctions, même si au sein de celles-ci la fonction de garantie est secondaire. Inversement, une conception stricte distingue les sûretés des garanties, en considérant les premières comme une catégorie spécifique des secondes. Vr. P. Simler, P. Delebecque, *Les sûretés, La publicité foncière*, Paris, Précis Dalloz, 5ème éd, 2009, n° 37, p. 28, Minkoa She identifie quant à lui trois conceptions. La première, la conception étroite ou classique, considère les sûretés comme une catégorie finie, correspondant à des critères techniques précis. La seconde, intermédiaire, regroupe les auteurs qui considèrent que si toute sûreté est une garantie, toute garantie n'est pas une sûreté. La sûreté ne serait alors qu'un sous-ensemble de l'ensemble garantie. A l'opposé de cette approche, une autre conception, plus large, s'est développée et tend à dilater la notion de sûreté pour y

de l'article 1, la sûreté est « *l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant* »[1125]. L'acte uniforme précise ensuite les sûretés qu'il entend régir en son article 4 en ces termes : « *Les sûretés personnelles, au sens du présent Acte uniforme, consistent en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie.*

Sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, les seules sûretés réelles valablement constituées sont celles qui sont régies par cet Acte. Elles consistent soit dans le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation.

Les sûretés réelles peuvent être constituées par le débiteur lui-même ou un tiers en garantie de l'obligation sous réserve des dispositions particulières du présent Acte uniforme.

Les sûretés propres au droit fluvial, maritime et aérien, les sûretés légales autres que celles régies par le présent Acte uniforme, ainsi que les sûretés garantissant l'exécution de contrats conclus exclusivement entre établissements de financement, peuvent faire l'objet de législations particulières ».

Dans son contenu, cet article ne saurait, à première vue, surprendre. En effet, il est classique, après avoir définit la sûreté de façon générale, de préciser ce que c'est qu'une sûreté personnelle ou réelle et quel est le champ d'application de la réglementation. L'ancien acte uniforme l'avait déjà fait dans son article 2. L'aspect nouveau est la mise en commun de la classification traditionnelle des sûretés et de ce qui antérieurement pouvait être considéré comme le domaine d'application de la réglementation. Ce qui nous conduit sur le chemin de l'identification du fil conducteur de cet article.

Au regard de la minutie avec laquelle l'acte uniforme a été préparé, il est difficile de penser que la structure de l'article 4 soit un fait du hasard. Comme toute réglementation digne de ce

---

faire entrer toutes les prérogatives permettant de se prémunir contre l'insolvabilité. Vr. A. Minkoa She., *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, les garanties personnelles*, Paris, Dianoïa, t. 1, Col. Jus Data, 2010, n° 31 et s.

[1125] On peut retrouver dans cette définition les critères proposés par Crocq. A la différence de l'ancien acte uniforme, le nouvel acte uniforme fait du critère d'affectation le critère essentiel de définition de la sûreté. Il abandonne l'ancienne définition plus large de la sûreté comme tous « *moyens accordés au créancier par la loi de chaque Etat partie ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations, quel que soit la nature juridique de celle-ci*.» Certes le nombre des sûretés s'est accru, mais la préférence pour une interprétation stricte des sûretés est marquée. C'est du moins ce qu'on peut déduire de l'article 4 al 3 qui dispose que « *sauf disposition contraire du présent acte uniforme, les seules sûretés réelles valablement constituées sont celles qui sont régies par cet acte* ». Dès lors, seule la loi peut qualifier un mécanisme de sûreté. Mais l'acte uniforme semble également reconnaître l'existence des sûretés – au sens de sa définition – ou des garanties légales ou non, constituées par les institutions financières ou établissements de crédit. Cf arts 4 al 4 et 5 AUS. Toute chose qui laisse avancer que l'acte uniforme opte pour une conception intermédiaire de la sûreté.

nom, l'AUS est l'aboutissement de longs travaux où chaque article a été soumis aux cribles d'experts les plus aguerris. L'ambition est d'en faire un modèle de réglementation en matière de sûretés et surtout de formuler des solutions novatrices et équilibrées[1126]. Ainsi, au-delà du contenu, la qualité formelle de la rédaction n'a pas été négligée. Pourtant, l'analyse des travaux préparatoires révèle que l'attention n'a pas été portée sur la coordination des alinéas de l'article 4. On peut se demander si celui-ci ne serait pas le grain de sable qui viendrait entacher la qualité de notre réglementation. Ne vient-il pas affecter la clarté et la cohérence de différentes sûretés si chères à notre législateur ?

Les analyses exégétique et comparative de l'AUS peuvent nous aider à apprécier l'originalité de l'article 4. Si l'assemblage des alinéas ne se justifie *a priori* pas, leur signification s'avère très intéressante. On peut tenter l'élaboration des grandes catégories de sûretés. L'article 4 donne ainsi le ton de la réglementation par les catégories qu'il identifie. A ce titre, on peut distinguer les sûretés selon la technique et selon l'origine. Dans un cas on a la classique opposition sûretés réelles et personnelles, dans un autre, on distinguera les sûretés générales et particulières ainsi que les sûretés constituées par le débiteur et un tiers ; l'acte uniforme s'appliquant à toutes ces sûretés.

En soi, les classifications annoncées par l'article 4, ainsi que les définitions qui en émanent se veulent à l'image des évolutions récentes des sûretés. Comme quoi, nul besoin de recourir à des inventions si les vielles outres peuvent contenir du vin nouveau[1127]. Seulement, la suite de la réglementation n'est pas aux couleurs annoncées par l'article 4. Ce qui fait penser à l'inutilité de la distinction fondée sur la technique (I), alors même que celle fondée sur l'origine s'avère d'un intérêt certain par le dynamisme que lui a impulsé le législateur (II).

L'inutilité de la distinction classique sûreté personnelle – sûreté réelle

La distinction entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles comporte des enjeux qui vont au-delà du simple droit des sûretés. Cela pourrait justifier la réticence du législateur à l'abandonner. Cette distinction est cependant de plus en plus critiquée, et l'AUS ne semble pas avoir arrangé les choses en la laissant inachevée.

Les enjeux dépassés

Les sûretés sont variées et susceptibles d'une multitude de classification. Elles peuvent être réparties en fonction de leur source ou de leur évolution. Selon la source, on oppose les sûretés légales, judiciaires et conventionnelles. Selon l'évolution, on oppose aujourd'hui les sûretés traditionnelles aux sûretés nouvelles[1128]. A côté de ces classifications, la classification généralement retenue et consacrée est celle des sûretés réelles et des sûretés personnelles.

[1126] P. Crocq, Bile-Aka, Brizoua-Bi & Associe, Lovells LLP, *Rapport de présentation des amendements relatifs à l'Acte uniforme portant organisation des sûretés*, Rapport pour le Secrétariat permanent de l'OHADA, 15 Novembre 2009, p. 7.

[1127] M. Cabrillac, *Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vielles outres*, Mélanges Catala, Le droit privé français à la fin du 20ème siècle, Litec, 2001.

[1128] A. MINKOA SHE., *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, les garanties personnelles*, *op. cit.*, n° 17 et s.

La sûreté personnelle est ainsi désignée parce qu'elle fait naître, au profit du créancier, un droit personnel contre un tiers. Sa définition est restée inchangée, la proposition d'élargissement du champ des sûretés personnelles pour intégrer la lettre d'intention n'ayant pas été retenue[1129]. Elle n'emporte ni affectation de bien, ni rang préférentiel. Aussi, le créancier se voit adjoindre un second débiteur et de fait un second patrimoine sur lequel il a un droit de gage général.

Il existe deux grandes catégories de sûretés personnelles. D'une part, les sûretés personnelles accessoires, dont le cautionnement est le modèle. D'autre part, les sûretés personnelles autonomes, qui portent ce nom parce qu'elles font peser sur le garant un engagement plus ou moins indépendant de celui du débiteur principal. L'AUS n'envisage que la garantie et contre-garantie autonomes.

La sûreté réelle est celle qui a subi une profonde modification afin d'intégrer les nouvelles sûretés. A ce titre, la catégorie intègre non seulement le critère d'affectation d'un bien, mais également celui de rang préférentiel ou de libre disposition du bien dont on est propriétaire. L'on range dans cette catégorie les diverses sûretés mobilières à savoir le droit de rétention, le gage des meubles corporels, le nantissement des meubles incorporels, les garanties-propriétés, l'hypothèque immobilière et les privilèges.

L'opposition entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles a toujours été présentée comme une *summa divisio*. Elle présente l'avantage de rassembler la pléthore des sûretés en deux blocs seulement, de nature et de régime distincts. Elle fait par ailleurs écho à l'opposition entre le droit personnel et le droit réel[1130]. L'intérêt pratique de la distinction est de rechercher la reine des sûretés, la sûreté idéale. Seulement, la garantie idéale n'existe pas. « *Tous les débiteurs ne peuvent offrir les mêmes sûretés et tous les créanciers n'ont pas besoin des mêmes sûretés*».[1131] Aussi, il est difficile d'opposer sur le plan de l'efficacité les sûretés personnelles aux sûretés réelles, chacune présentant des avantages et des inconvénients. La meilleure sûreté ne dépend donc pas de cette subdivision, mais d'autres critères[1132].

L'intérêt de la classification tendant à s'estomper, les critères même de distinction se trouvent ébranlés[1133]. L'on note que certaines sûretés sont à la fois réelles et personnelles, tel le cautionnement réel, tandis que d'autres ne sont ni réelles, ni personnelles, tels les privilèges

---

[1129] P. Crocq, Bile-Aka, Brizoua-Bi & Associe, Lovells LLP, *Rapport de présentation des amendements relatifs à l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, op. cit.*, p. 11.

[1130] La division des droits réels et droits personnels, qui a son origine dans le droit romain, est considérée comme la division suprême des droits. Vr. A. Weill, *Droit civil, Introduction générale*, Paris, Dalloz, 3ème éd., 193, n° 201.

[1131] P. Malaurie, L. Aynes, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Paris, Cujas, t. 9, 8e éd, 1996, n° 15.

[1132] Cabrillac et Mouly dotent la sûreté idéale de quatre caractères : la simplicité de constitution, la capacité d'évolution en même temps que la ou les créances sur le débiteur, l'atteinte parcimonieuse au crédit du constituant, l'exécution efficace, simple et à faible coût. Vr M. Cabrillac, C. Mouly, *Droit des sûretés*, Paris, Litec, 3e éd, 1995, n°7. Les mêmes attributs sont cités par Malaurie et Aynes en des développements presque identiques. Vr. P. Malaurie, L. Aynes, *op. cit.*, n°8.

[1133] P. Jeztaz, *Les sûretés réelles en droit français : études de quelques notions marquantes*, Revista catalana de dret privat (sociÉtat catalana d'estudes juridis), vol. 3, 2004, p. 28.

généraux. A l'intérieur de chacune des catégories, l'existence des sûretés spéciales fragilise les subdivisions. Si la différence entre l'hypothèque et le gage est fondée sur l'assiette, on aura du mal à classer l'hypothèque mobilière. Si le critère essentiel de la sûreté réelle est le paiement préférentiel, le droit de rétention pourrait n'en être pas une.

La doctrine propose d'abandonner cette *summa divisio* qui ne permet plus de rassembler les sûretés. Certains avancent l'existence d'une troisième catégorie, celle des sûretés mixtes[1134]. La classification jugée révolutionnaire[1135] est celle élaborée par Crocq. Pour sa part, il identifie deux critères de distinctions pour obtenir quatre catégories de sûretés. Ainsi, selon le droit préférentiel ou l'affectation d'un bien, on peut avoir les sûretés sans droit préférentiel ni affectation, les sûretés avec droit préférentiel et affectation, les sûretés avec droit préférentiel et sans affectation et les sûretés sans droit préférentiel et avec affectation[1136].

Cette classification a le mérite de mettre fin aux sûretés mixtes. Mais elle a été largement ignoré tant en droit français qu'en droit OHADA. Peut-être est-on habité, comme l'a suggéré un auteur, par la crainte du travail fastidieux qu'est la réécriture des textes et traités[1137]. Même si l'on peine à se détacher de la tradition, il faut reconnaitre que le maintien de cette subdivision n'a plus d'intérêt dans notre contexte. Les différentes contradictions que laisse apparaître la structure des sûretés renforcent cette conviction.

Les contradictions rencontrées

L'AUS n'arrive plus à concilier la classification bipartite et toute la gamme des sûretés, toute chose qui concoure à dire qu'elle devrait être abandonnée comme *summa divisio*. Concrètement, deux arguments démontrent le forçage vain qui tente d'être opéré. Ils sont relatifs à la structure formelle que l'AUS adopte et à la définition de la sûreté réelle qu'il donne.

L'inadéquation de la distinction à la structure des sûretés

Comme antérieurement, l'acte uniforme n'a pas consacré un titre aux sûretés réelles comme il l'a fait avec les sûretés personnelles. Ce qui n'est pas le cas en droit français où la distinction reste clairement établie. Le législateur OHADA, lui, a consacré plusieurs titres, à la suite de celui relatif aux sûretés personnelles, qui traitent respectivement des sûretés mobilières et des hypothèques.

Sur le plan de la présentation formelle, un tel choix ne se justifie pas, sauf à dévoiler les réticences à regrouper toutes les sûretés sous un même titre. On peut penser que cela relève d'un choix de politique législative, et, à cet effet, relativiser la portée de la situation. Ce qui n'est plus le cas lorsqu'on aborde les définitions des différentes catégories.

L'inadéquation de la définition de la sûreté réelle au droit de rétention

[1134] D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, Paris, LGDJ, 7ème éd., 2009, n° 19.
[1135] M. Farge, *Les sûretés*, Grenoble, PUG, col. « Droit en + ».
[1136] P. Crocq, *Propriété et garantie*, , LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », 1995, t. 248.
[1137] P. Jestaz, art. préc., p. 29.

L'article 4 alinéa 2 définit la sûreté réelle comme le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, ou le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation. Cette définition est novatrice en ce sens qu'elle intègre les nouvelles propriétés-garanties consacrées par l'OHADA, à savoir la réserve de propriété, la cession de créance à titre de garantie, le transfert fiduciaire de somme d'argent.

Le critère de rang préférentiel, cher à la sûreté réelle a été maintenu[1138]. Dans l'ancienne rédaction, la liste des sûretés réelles qui suivaient comportaient toutes un droit de préférence. L'originalité de l'AUS résidait surtout dans sa réglementation du droit de rétention. En effet, alors qu'en droit français le droit de rétention place le rétenteur dans une situation d'exclusivité qui lui permet d'échapper au concours de tous les autres créanciers de son débiteur, l'art. 43 de l'AUS prévoyait, lui, que " *si le créancier ne reçoit ni paiement ni sûreté, il peut, après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage* ". A la différence du droit français, l'acte uniforme faisait du droit de rétention une sûreté complète, tranchant ainsi avec les multiples débats que soulevait cette sûreté[1139].

L'option du législateur de supprimer le droit de suite et le droit de préférence au créancier rétenteur, nous replace dans la situation du droit français. Pour soutenir ce revirement, l'on fait valoir les avantages du droit de rétention et le contexte économique de son utilisation. S'agissant des avantages que confère le nouveau droit de rétention, ils sont importants, même s'ils demeurent critiquables[1140]. Le créancier rétenteur a un pouvoir réel sur la chose, puisqu'il peut s'opposer à sa restitution. La doctrine lui reconnaît même un pouvoir d'action, qui peut être assimilé à un privilège[1141]. Le droit de rétention retrouve toute l'efficacité que le classement prioritaire avait atténuée, notamment en période de procédures collectives. Il

[1138] Pour les auteurs, il constitue l'essence de la sûreté réelle. L'on dit même que « *la sûreté réelle, c'est le droit de préférence* ». Vr. J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, Paris, LGDJ, 1996, n° 132.

[1139] En droit français, les débats continuent. On hésite toujours entre les qualifications de droit réel, d'exception d'inexécution, de compensation, de sûreté réelle. La controverse autour de la nature du droit de rétention s'explique dans la mesure où la législation terrestre française ne l'a pas expressément réglementé; seul certains textes l'admettent (C. civ. Art. 1612, 1749, 1943, 2280 et 2086 ; C. com. Art. L 145-29, etc.). vr. J. Kodo, *Le régime juridique du droit de rétention dans l'OHADA et en droit français*, www.institut-idef.org, 1er août 2005. C'est la jurisprudence qui a déterminé ses effets ainsi que ses conditions d'exercice. Vr. B. Mercadal, *Contrats et droit de l'entreprise, Droit des affaires*, Paris, Mémento pratique Francis Lefebvre, 7e éd, 1999, n° 4976. Pour la doctrine, il n'est pas sûr que le législateur ait voulu trancher une fois pour toute sur la question de la nature du droit de rétention. Vr. P. Simler, P. Delebecque, *op. cit*., n° 582, p. 510.

[1140] Quel que soit le pouvoir matériel du créancier sur le bien, il sera toujours habité par un sentiment d'insatisfaction, puisque son objectif est d'être payé, et non de garder la possession du bien. Ce qui a fait dire que le droit de rétention confère en réalité une « *situation passive d'attente* ». vr. Paul-Gérard Pougoué, et al. , *Encyclopédie du droit OHADA*, Paris, Editions Lamy, 2011, Droit de rétention, n° 6.

[1141] Mestre et a., *Droit commun des sûretés réelles, op. cit.*, n° 72 : « *la sûreté donne toujours au minimum un pouvoir d'action au créancier, et la sûreté réelle se traduit par un prélèvement préférentiel de la valeur d'n ou plusieurs biens répondant de la dette. Or le droit de rétention ne correspond à aucun de ces caractères. Ce n'est pas un pouvoir d'action, mais un pouvoir d'inertie lié à la situation de détenteur, un droit d'expression passive. On peut même le qualifier de droit d'expression négative. C'est un pouvoir de dire non, de refuser la restitution et de se soustraire au concours avec les autres créanciers* ».

s'éteint néanmoins en cas de destruction ou de perte matérielle de la chose, et ne peut se reporter sur l'indemnité d'assurance. Sur le plan pratique, on a relevé que le droit de rétention était très utilisé[1142]. Dès lors, il est préférable, pour les besoins du crédit, d'avoir un droit de rétention au domaine étendu mais qui ne produise pas plus d'effet qu'un gage qu'un droit de rétention au domaine d'application plus restreint mais qui confère au rétenteur une véritable situation d'exclusivité.

L'ambition est aujourd'hui très clairement affirmée de faire du droit de rétention une véritable sûreté et de ne pas prendre les effets classiques d'une sûreté pour un critère de qualification[1143]. Pourtant, la définition que donne l'article 4 place le droit préférentiel au premier rang de la qualification de la sûreté réelle.

Pour résoudre la contradiction entre la définition de la sûreté réelle et celle du droit de rétention, deux possibilités s'offrent au législateur. Il peut revenir sur le régime antérieur du droit de rétention, ou aménager une nouvelle définition de la sûreté réelle. La première option nous semble illusoire, même si nous militons en faveur d'un retour à l'ancienne rédaction en ce qui concerne les droits du créancier rétenteur. La seconde option est la plus probable, encore qu'au regard de la structuration de l'acte uniforme, il n'est plus opportun de consacrer un article à la classification des sûretés réelles si on ne peut la suivre par la suite.

L'article 4 pourrait tout simplement s'en tenir aux seuls alinéas relatifs au domaine d'application de la réglementation qui a été habillé de couleurs nouvelles

La dynamisation des distinctions complémentaires

En regroupant le domaine d'application de l'acte uniforme sous la définition des différentes sûretés qu'il régit dans un même article, l'acte uniforme a, à notre avis, favorisé d'autres distinctions entre les sûretés fondée sur leur origine. Tel n'était peut-être pas l'objectif recherché. Mais au regard de leurs avantages, nous ne pouvons que féliciter le législateur. Il nous permet ainsi de nous appesantir sur des distinctions généralement négligées. Il s'agit de la distinction fondée sur le droit applicable et de celle fondée sur le constituant.

L'intérêt de la distinction sûretés de droit commun – sûretés de droit spécial

Une différence doit être établie, à notre avis, entre le droit commun des sûretés et les sûretés de droit commun. S'agissant du droit commun des sûretés, le foisonnement actuel des sûretés laisse penser qu'il ne puisse plus exister de principes généraux applicables à toutes les sûretés, mais une multitude de droits spéciaux. Ce ne serait là qu'une autre manifestation de la

[1142] *cf. Crocq et Lovells,* Etude portant sur l'Acte Uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, solutions aux difficultés pratiques de mise en œuvre, rapport final révisé du 12 mai 2009, p. 13.

[1143] En ce sens, P. Simler, P. Delebecque, *op. cit.* A l'opposé de cette doctrine, l'on a Minkoa She qui reste attaché au fait que, c'est le droit de préférence qui parachève une sûreté. V. A. Minkoa She *op. cit*., n° 499.

tendance à la spécialisation des droits décriés par les auteurs[1144]. L'on a néanmoins pu démontrer qu'il existait encore un véritable droit commun des sûretés[1145]. Celui-ci serait constitué de l'ensemble des règles applicables à toutes les sûretés. C'est à ces principes généraux qu'il est ajouté les règles propres à chaque sûreté.

Les sûretés de droit commun seraient quant à elles l'ensemble des sûretés habituellement étudiées dans le cadre du droit civil. Ces sûretés pourraient être utilisées dans tous les domaines de la vie, civile ou commerciale. A côté d'elles, le droit commun a toujours reconnu l'existence de sûretés particulières, relevant de législations spéciales, adaptées à un domaine particulier.

Pendant longtemps, ces sûretés étaient expressément exclues du droit commun. Ce qui favorisait leur délaissement par les études consacrées aux sûretés. L'article 4 de l'acte uniforme vient en quelque sorte les restaurer. En effet, il se fait moins radical et précise que certaines sûretés « *peuvent* » faire l'objet de législations spéciales. Il s'agit de sûretés propres au domaine fluvial, maritime, aérien, qui, jusqu'ici, se limitent aux privilèges et hypothèques mobilières. Il s'agit aussi de certaines sûretés légales, tel que le crédit-bail. Une mention importante est consacrée pour la première fois aux sûretés constituées par les établissements de financement.

Pour certains, ce ne sont pas les sûretés exclues, mais les biens particuliers sur lesquels portent ces sûretés qui ont été ramenées dans l'acte uniforme. Ainsi, « *le financement d'un avion, d'un navire et les garanties y afférentes ne se trouvent plus exclus du droit créé par le Traité de l'OHADA* ». Ce qui « *constitue un éventail supplémentaire au profit des banquiers et des établissements de financement* »[1146].

On peut aussi affirmer que l'article 4 de l'AUS établit un pont entre les sûretés de droit commun et les sûretés relevant de législations spéciales. En effet, il signifie que si de telles sûretés ne sont pas réglementées, on peut leur appliquer, dès lors qu'elles sont reconnues, les dispositions de l'acte uniforme. Un doute aurait pu être émis à la lecture de l'alinéa 2 de l'article 4 qui fait état de ce que l'acte uniforme s'applique aux seules sûretés réelles qu'il énumère. Il faut plutôt comprendre dans cet article un effort de mettre un frein à ce qui tend à être une véritable anarchie en matière de création de sûreté. Dès lors, l'autonomie de la volonté ne saurait créer de sûretés réelles. De tels mécanismes seraient des garanties, et non pas des sûretés, au sens de la conception intermédiaire.

Pour finir, la nouvelle formulation de la distinction entre les sûretés de droit commun et les sûretés spéciales invite la doctrine à accorder un peu plus d'attention, dans leurs ouvrages, à ces sûretés particulières, au même titre que les différentes sûretés énumérées par l'acte

[1144] A. Montas, *Le rapport du droit maritime au droit commun, entre simple particularisme et véritable autonomie*, DMF, 2008, p. 314.
[1145] Du moins en ce qui concerne les sûretés réelles. Vr. J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, Paris, LGDJ, 1996.

[1146] Vr. F. Chifflot Bourgeois, *Les garanties de paiement : l'apport des sûretés dans l'espace OHADA*, Revue de Droit bancaire et financier n° 1, Janvier 2011, étude 2.

uniforme. Une place de choix sera également accordée à la nouvelle distinction sûreté soi-même et sûreté pour autrui.

L'opportunité de la distinction sûreté pour soi-même – sûreté pour autrui

L'article 4 ne manque pas d'intriguer. Il mentionne expressément que la sûreté réelle peut émaner du débiteur ou d'un tiers, alors que cela ne faisait l'ombre d'aucun doute. Seulement, la nature de l'engagement du tiers n'était pas précisée. Au sein de la doctrine et de la jurisprudence, notamment françaises, les positions divergeaient sur la question de savoir si l'engagement du tiers était constitutif d'un cautionnement, d'une sûreté réelle ou d'une construction *sui generis*. Certes la qualification de cautionnement réel était retenue, même par les textes, mais le régime n'était pas établi. Ce qui a conduit à parler de la nature juridique mixte du cautionnement réel[1147], pour justifier l'application concomitante des règles du cautionnement et de la sûreté réelle.

Par un arrêt du 02 décembre 2005, la cour de cassation a clairement spécifié que la constitution par le tiers d'une sûreté n'impliquait aucun engagement personnel de sa part[1148]. Cette position est confortée par l'ordonnance du 23 mars 2006, qui consacre le gage pour autrui.

En droit OHADA, le législateur avait déjà pris le parti de faire du cautionnement dit réel une modalité du cautionnement. Cette option a été maintenue dans la réforme. Aux termes de l'article 22, « *la caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs biens. Elle peut également limiter son engagement à la valeur de réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une telle sûreté* ». Ces dispositions sont annonciatrices du régime juridique mixte de cette modalité du cautionnement. Elle combine alors les techniques des sûretés personnelles car la personne s'engage d'abord comme caution et les techniques des sûretés réelles car le bien peut être affecté en garantie suivant diverses modalités telles que l'hypothèque ou le gage[1149]. L'on a certes relevé les difficultés de cette combinaison, mais non sans avoir félicité l'audace du législateur OHADA[1150].

La réglementation du cautionnement réel ne permettant néanmoins pas de se prononcer sur le sort de la sûreté constitué en dehors de tout contrat de cautionnement, la réforme a remédié à cette lacune. Elle entend lever tout obstacle à la constitution de la sûreté réelle pour autrui. Ce qui permet de distinguer, à côté de la sûreté personnelle qu'est le cautionnement assorti d'une sûreté réelle, la sûreté réelle constitué par un tiers. Ainsi, toute sûreté réelle peut être constituée par le débiteur ou par un tiers.

[1147] M-T Atangana Malongue, *Le cautionnement réel dans l'acte uniforme OHADA*, Penant, 120 (872), juil.-sept. 2010, p. 282.
[1148] Cass., Chambre mixte, 02 décembre 2005, recueil Dalloz, 2006, Cahier Droit des affaires, page 61.
[1149] Paul-Gérard Pougoué, et al. , *Encyclopédie du droit OHADA*, *op. cit*., Cautionnement, n° 34.
[1150] M-T Atangana Malongue, art. préc.

Pour certain, il faut voir dans la nouvelle réglementation une suppression du cautionnement réel[1151]. En réalité, c'est l'expression qui est supprimée, et certaines équivoques sur le régime levées. La sûreté peut être constituée par un tiers sans que cela ne constitue un cautionnement réel. Autrement dit, la sûreté réelle peut être constituée par un tiers sans engagement personnel de sa part. Le tiers ici n'est pas l'agent de sûreté, nouvelle institution consacrée par la réforme[1152]. Les raisons de son engagement sont fort diverses. Il peut rendre un service d'ami ou être en relation d'affaires avec le débiteur.

La distinction entre la sûreté réelle constituée par le débiteur et la sûreté réelle constituée par un tiers vient, tout comme celle relative aux sûretés spéciales, élargir l'éventail des possibilités de crédit. La consécration de la sûreté pour autrui participe également de la simplification des formalités de constitution des sûretés. Le tiers ne sera pas soumis au formalisme de la caution. Mais pratiquement, pour sa sécurité, étant donné qu'il ne bénéficie pas des mécanismes de protection de la caution, relativement à la mise en demeure et à l'obligation d'information, il est à craindre qu'il puisse être dépossédé de son bien à un moment où il ne s'y attendait pas. Si l'on soutient que le législateur OHADA a privilégié à ce sujet la liberté contractuelle, il faudrait penser que les tiers constituants seraient assez conscients de la précarité de leur situation et s'aménageraient des techniques conventionnelles de protection.

En définitive, l'article 4 est à lui seul un complexe. Un complexe de dispositions sans lien apparent ; un complexe d'avancées et de reculées du législateur OHADA. Le choix de l'envisager sous le prisme de la classification des sûretés nous a permis de nous rendre compte de l'inopportunité actuelle de la distinction entre sûreté réelle et sûreté personnelle. Par ailleurs, l'étude des autres distinctions, très intéressantes, nous ramène essentiellement au domaine des sûretés. A ce titre, nous pensons que l'article 4 devrait être simplifié, pour se limiter à la précision des sûretés que l'acte uniforme régit, qu'elles relèvent du droit commun ou du droit spécial, ou qu'elles soient constituées par le débiteur ou par un tiers.

Ce ne sont là que des propositions d'améliorations, qui viennent s'ajouter au travail de clarté et de précision qu'a opéré le législateur OHADA. Nous sommes en effet de l'avis de Jestaz que le droit des sûretés sera par la force des choses, très touffu, compliqué et encombré[1153]. Mais pas « *toujours* ».

[1151] Mactar 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, *Législation.*

[1152] L'Agent des sûretés est un mandataire qui agit en son nom, mais pour le compte du créancier en constituant la garantie. Il est tenu comme un mandataire salarié, de défendre les intérêts du créancier (voir article 5 à 11 AUS).

[1153] P. Jeztaz, *Les sûretés réelles en droit français : études de quelques notions marquantes*, Revista catalana de dret privat (sociÉtat catalana d'estudes juridis), vol. 3, 2004, p. 41.

JURISPRUDENCE

Le contentieux du droit pénal des affaires devant les hautes juridictions nationales et devant la CCJA.

Dr. KITIO Edouard,

Magistrat, Substitut du Procureur de la République près le Tribunal de Grande Instance du Mfoundi, à Yaoundé (Cameroun)

S'unir pour réagir ou résister, tel fut l'objectif de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) face à la mondialisation de l'économie lancée dans les années 1990[1154]. Il fallait dans tous les cas trouver un droit des affaires spécifique et adapté au sol africain, afin de corriger les insuffisances du droit commercial hérité de la colonisation et devenu désuet face aux réalités de la nouvelle donne économique mondiale.

Le droit OHADA se devait alors d'être pour l'entreprise, un élément stratégique pour le développement de l'économie et un outil de performance. Cette évolution ne pouvait se faire ni dans le désordre, ni dans l'immoralité. Pour canaliser les comportements susceptibles de compromettre l'activité économique et de porter atteinte aux objectifs poursuivis par la réforme, le législateur communautaire[1155] a envisagé des infractions pénales tout en restant prudent quant à la fixation des peines. Une telle prudence s'explique par la particularité et la complexité du droit pénal qui touche à l'ordre public interne de chaque Etat Partie au Traité portant harmonisation du droit des affaires.

Si à travers l'OHADA les Etats Parties ont « sacrifié » une partie de leur souveraineté en matière civile et commerciale, ils sont restés réticents tant que la matière pénale était en jeu. En effet, le prononcé d'une sanction pénale se présente comme le domaine réservé du juge national en cas de violation de la réglementation communautaire et/ou d'intégration économique[1156]. On a expliqué cela par le fait que si le juge communautaire venait à prononcer des peines privatives de liberté, la communauté ne disposerait pas de structure pour accueillir les pensionnaires de cette nature en attendant d'éventuels textes à ce sujet[1157]. Mais, la question va au-delà du problème des prisons communautaires pour atteindre l'essence même du droit pénal. Le droit pénal est un droit essentiellement « *sanctionnateur* », et chaque

---

[1154] POUGOUE (P-G), *Doctrine OHADA et Théorie juridique,* Revue de l'ERSUMA, Numéro spécial, novembre-décembre 2011, pp. 6 et s.

[1155] L'OHADA étant considérée exclusivement comme un outil technique, certains ont refusé de lui prêter l'idée d'un droit OHADA communautaire. V° sur ce point, DOUMBE-BILLE (S), *A propos de la nature de l'OHADA,* Mélanges en l'honneur du Professeur MADJID BENCHIKH, éd. PEDONE, Paris, 2011, pp. 423 et s.

[1156] KENFACK (J.), *Les actes des communautés et organisations internationales d'intégration en Afrique Centrale et Occidentale,* Thèse de Doctorat en droit, Université de Yaoundé II, 2003, pp. 282 et s.

[1157] TOGOLO (O.), *Le juge camerounais et le juge de la CEMAC : Un regard prospectif,* Juridis Périodique n° 63, juillet-août-septembre 2005, pp. 76 et s.

législateur national prend des dispositions pénales en tenant compte de l'atteinte que l'infraction peut porter à son ordre public interne. Le problème est donc de savoir si un Etat peut laisser le soin à une organisation, fût-elle communautaire, de décider de la sanction à infliger à celui qui a enfreint ses dispositions d'ordre public. Cette question innerve tout le droit répressif, car un comportement puni d'une peine criminelle dans un Etat peut n'être puni que d'une peine correctionnelle ou contraventionnelle dans un autre Etat, ou ne même pas être puni du tout. Tel est par exemple le cas de l'homosexualité qui au Cameroun est une infraction prévue par l'article 347 bis du code pénal[1158], alors que dans d'autres pays, elle participe de la liberté sexuelle. C'est dans ce sens qu'il faut situer la pensée de Portalis selon laquelle « *la lecture des lois pénales d'un peuple peut donner une juste idée de sa morale publique et de ses mœurs privées* ».

Les auteurs relativisent cette conception en affirmant que rien n'empêche les Etats de fédérer leurs conceptions philosophico-juridiques pour mettre en place un dispositif répressif commun en laissant aux juges une marge d'appréciation permettant de moduler les peines prévues au moment de leur application en fonction des particularités de l'espèce[1159]. Ces auteurs reconnaissent tout de même les limites de leur critique, en faisant valoir que l'uniformisation des peines au niveau communautaire pourrait se heurter au problème de niveau de développement[1160]. En tout état de cause, la recherche de l'efficacité de la répression commande que la norme soit rapprochée au maximum du citoyen, car pour les destinataires de la loi pénale, celle-ci doit être le reflet de leurs profondes aspirations et de leur volonté propre[1161]. Ainsi, les auteurs estiment que la matière pénale, de par sa spécificité, apparaît généralement comme l'un des bastions de la résistance des ordres juridiques internes à une pénétration « sauvage » du droit international[1162]. On reproche au droit international de charrier le flou, l'incertain, des énoncés vagues, là où au contraire l'on a besoin d'infractions définies et assorties de peines précises[1163].

Engagé à assurer la moralité des affaires, le législateur OHADA s'est arrogé le pouvoir le déterminer les incriminations pénales, laissant aux Etats Parties le soin de déterminer les sanctions y afférentes. Le contentieux du droit pénal des affaires devient donc un contentieux biface, qui change en fonction de l'origine de la norme en cause.

Que signifie alors le contentieux du droit pénal des affaires OHADA ? A notre sens, il s'agit des problèmes juridiques que soulève la mise en œuvre des infractions contenues dans les actes uniformes et des sanctions y afférentes, prises par les Etats Parties. Cela dit, on peut

[1158] L'article 347 bis du code pénal camerounais punit d'un emprisonnement de six mois à cinq ans et d'une amende de 20.000 à 200.000 francs toute personne qui a des rapports sexuels avec une personne de son sexe.

[1159] ANOUKAHA (F) et autres, *OHADA Sociétés commerciales et G.I.E.* Collection droit uniforme, Juriscope 2002, p. 235.

[1160] Ibid.

[1161] Ibid.

[1162] OLINGA (A-D), *Réflexion sur le droit international, la hiérarchie des normes et l'office du juge au Cameroun*, Jurisdis Périodique n° 63, juillet-août-septembre 2005, pp. 3 et s.

[1163] Ibid.

constater que le législateur OHADA n'a pas défini le droit des affaires, préférant énumérer de manière non limitative les matières entrant dans le champ d'application du Traité. Selon l'article 2, « *pour l'application du Traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des 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 ci-après* ».

Cette énumération restrictive, n'inclut pas d'autres matières qui relèvent du droit des affaires, telles que le droit de la consommation, le droit de la concurrence, le droit bancaire, le droit des marchés publics, le droit des assurances, le droit pétrolier, le droit de la propriété intellectuelle, le droit des changes, etc. On comprend que le contentieux pénal objet de la présente étude est le contentieux du droit pénal des affaires OHADA et non le contentieux du droit pénal des affaires des pays de l'espace OHADA[1164].

Aux termes de l'article 5 alinéa 2 du traité, « *les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ». Qu'elle soit heureuse ou malheureuse, cette répartition de compétence entre l'OHADA et les Etats Parties ne manque pas de poser des problèmes sur le plan du contentieux. Quelle est, en effet, la haute juridiction compétente pour connaître du contentieux du droit pénal des affaires OHADA ? La réponse à cette question ne saurait être univoque. Elle est essentiellement tributaire du problème juridique soulevé par le contentieux. S'il s'agit d'une question relevant de la qualification des infractions pénales, le contentieux sera en principe réglé par la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA). En revanche, s'il s'agit d'une question relevant de l'application des sanctions pénales, les Hautes juridictions nationales retrouveront leur domaine de prédilection. Il en résulte indubitablement un éclatement du contentieux (I), qui sera forcément difficile à mettre en œuvre (II).

I- L'éclatement du contentieux du droit pénal des affaires OHADA entre les Hautes Juridictions Nationales et la CCJA

La dualité législative n'entraîne-t-elle pas la dualité juridictionnelle ? Telle est la question qui vient à l'esprit lorsqu'on s'interroge sur la nature du contentieux qui peut être soulevé dans le cadre de l'application du droit pénal des affaires OHADA. Aussi curieux que cela puisse paraître, il y a un législateur qui définit les comportements répréhensibles et un autre qui définit les sanctions applicables. Cette situation est révélatrice du fait que la rencontre entre le droit pénal et le droit communautaire est une rencontre difficile, même si elle est inévitable[1165]. La dichotomie ainsi créée, interdit à l'un d'empiéter sur le domaine de l'autre,

[1164] Sur cette différence, v° SOCKENG (R), Droit pénal des Affaires OHADA, Collection LEBORD, Presses MINSI Le COMPETING, UNIDA, p.3.

[1165] NDIAW Diouf, *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.

en respect du principe de la répartition des compétences entre les législateurs nationaux et internationaux.

La séparation entre la définition de l'infraction et la fixation de la peine aboutit à la décomposition de l'élément légal des infractions d'affaires qui se manifeste par la différence de la base légale de ses deux principales composantes. Ainsi, l'incrimination sera fondée sur un texte communautaire, supranational, alors que la sanction relèvera, quant à elle, des législations nationales[1166]. C'est ce que Jacques BORE a appelé la *« mobilisation du droit national au service du droit communautaire* »[1167].

Toutefois, ce partage est inégalitaire parce que l'un dicte sa loi sur l'autre. Le législateur OHADA étant un législateur supranational, impose ses normes aux législateurs étatiques, créant du coup une situation de dépendance et de subordination. La suprématie des actes uniformes sur les actes dérivés étatiques est donc affirmée, contraignant le législateur étatique à n'édicter que des normes qui sont en droite ligne des directives communautaires. L'article 10 du Traité va dans ce sens lorsqu'il dispose que « *les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ». Cette situation innerve le contentieux, dont il convient d'étudier les deux principales articulations, en faisant la part entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (A) et les Cours Suprêmes Nationales (B).

A- La CCJA : Juge du contentieux de la définition des incriminations pénales

Il importe ici non seulement de montrer que la compétence de la CCJA en matière du contentieux de la qualification des incriminations pénales est reconnue de manière feutrée par le Traité OHADA (1), mais également de déterminer le mode de saisine de cette Haute Juridiction communautaire en cette matière (2).

1)- La reconnaissance feutrée de la compétence contentieuse de la CCJA en matière pénale

La compétence juridictionnelle de la CCJA est consacrée par l'article 14 du Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires[1168]. Selon ce texte révisé, « *la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure dans les Etats Parties l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des Règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions.*

…Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité ***à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales****…*».

[1166] ANOUKAHA (F) et autres, op. cit. p.228.

[1167] Jacques BORE, « *La difficile rencontre du droit pénal et du droit communautaire* », Mélanges en l'honneur d'André VITU, Droit pénal contemporain, Cujas, 1989, p. 25-49.

[1168] Ce Traité a été révisé à Québec le 17 octobre 2008.

Lorsqu'on ne prête pas attention à la lecture de cette disposition, on peut penser qu'elle confie tout le contentieux du droit pénal des affaires aux Hautes Juridictions Nationales. Dans cette optique, un auteur a pu écrire que le législateur aurait mieux fait de dire simplement « *à l'exception des décisions en matière pénale* »[1169]. Pourtant, une telle généralisation violerait le principe posé par l'article 5 alinéa 2 du Traité, en créant une dévolution de tout le contentieux du droit pénal des affaires aux Hautes Juridictions Nationales, alors qu'elles ne devraient connaître que des décisions appliquant des sanctions pénales. Il faut bien comprendre que le texte parle de décisions appliquant des sanctions pénales, excluant celles qui statuent uniquement sur la qualification. Or il faut d'abord qualifier les faits avant de prononcer la peine applicable. Les problèmes peuvent alors surgir lorsque les parties litigantes ne s'accordent pas sur la qualification à retenir. Le juge national, chargé seulement d'appliquer la sanction, sera obligé de renvoyer la question de la qualification au juge de la CCJA, chargé d'assurer l'harmonisation de l'interprétation et de l'application des actes uniformes définissant les incriminations pénales. Pour mieux comprendre la portée de l'article 14, il importe de le lire en tenant compte de l'article 5 alinéa 2 susvisé.

Selon l'article 5 alinéa 2 du Traité, « ***les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale…*** ». C'est dire que le législateur communautaire peut assortir certains actes uniformes de la définition des comportements susceptibles de compromettre la moralité des affaires. L'OHADA se donne alors pour mission de définir les éléments matériels et moraux de l'infraction, même si elle n'a pas consacré un acte uniforme au droit pénal[1170], se donnant la tâche de définir les incriminations dans pratiquement tous les actes uniformes[1171]. Cela étant, et en vertu de l'article 14 alinéa 1, seul la CCJA assure dans les Etats Parties l'interprétation et l'application communes desdits actes. Il en résulte qu'elle seule est compétente pour juger de la qualification des faits relevant des incriminations de l'OHADA. En cas d'acquittement ou de relaxe par le juge national, la CCJA pourra être saisie en cassation pour réexaminer la qualification des faits. Cette situation consacre l'effectivité du partage des compétences juridictionnelles entre la CCJA et les Hautes juridictions nationales[1172]. Une telle division du contentieux amène à se demander comment la CCJA pourra être saisie en matière pénale.

2)- Les modes de saisine de la CCJA en matière pénale

De la lecture de l'article 14 du Traité, on relève que la CCJA a une fonction consultative et une fonction juridictionnelle. Saisie pour consultation, elle peut émettre des avis pour assurer

[1169] SOCKENG (R), *Droit pénal des affaires OHADA*, Collection LEBORD, UNIDA, 2007, p. 31.

[1170] KOM KAMSU (M), *Le droit pénal des sociétés commerciales dans l'acte uniforme OHADA*, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 1999.

[1171] Issa-Sayegh (J) et autre, *Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p.141.

[1172] Issa Sayegh (J) et autres, *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2002, p.44.

l'interprétation et l'application communes du Traité et des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions. Saisie par la voie du recours en cassation, elle peut casser les décisions rendues par les juridictions de fond des Etats Parties, évoquer les affaires en cause et statuer à nouveau. Elle se transforme ainsi en un troisième degré de juridiction. Il importe d'examiner d'une part, la saisine de la CCJA par la voie du recours en cassation (a) et d'autre part, la saisine de la CCJA par la voie consultative (b).

a)- La saisine de la CCJA par la voie du recours en cassation

En application de l'article 14 alinéa 3 du Traité révisé, lorsque la CCJA est saisie par la voie du recours en cassation, elle est incompétente pour statuer sur *les « **décisions appliquant des sanctions pénales*** ». Que faut-il entendre par « décisions appliquant des sanctions pénales » ? Faut-il penser que le législateur a voulu parler des décisions en matière pénale ? Nous ne le pensons pas. Les décisions appliquant des sanctions pénales sont évidemment des décisions de condamnation. Une décision d'acquittement ou de relaxe se limite sur la culpabilité et n'applique aucune sanction pénale. Celle-ci n'est appliquée que lorsque le tribunal a retenu une qualification pénale à l'encontre de la personne poursuivie.

De même, une décision de requalification ou de disqualification prise par le tribunal ne prononce aucune sanction pénale. D'ailleurs, au Cameroun, l'article 362 du code de procédure pénale dispose que « *si le tribunal estime que les faits tels qu'exposés par l'accusation doivent être autrement qualifiés, il précise la nouvelle qualification et la notifie au prévenu…Si la nouvelle qualification ne relève pas de sa compétence, le tribunal se déclare incompétent…* ». Le Ministère public ou le prévenu peut donc élever le débat à ce niveau, surtout s'il n'est pas d'accord avec la qualification retenue par le tribunal. Puisqu'il s'agit de caractériser les éléments constitutifs d'une infraction prévue par les actes uniformes, c'est la CCJA qui connaîtra en cassation, cette question de qualification.

On le voit, la CCJA peut être saisie en cassation en matière pénale tant que la question soulevée ne concerne pas l'application d'une peine répressive. Il convient alors de s'interroger sur les suites d'une telle procédure. Si la Cour confirme la décision de la juridiction nationale statuant en dernier ressort, il n'y a aucun problème. Mais, en cas de cassation, est-elle habilitée à évoquer ? Selon l'article 14 alinéa 5 du Traité, en cas de cassation, la Cour évoque et statue sur le fond. En application de cette disposition, la CCJA pourra évoquer et statuer sur le fond. Mais sa décision se limitera sur la culpabilité ou sur la qualification. Elle devra alors renvoyer aux juridictions nationales pour l'application des sanctions pénales. Dans ce contexte, la suggestion du professeur ISSA SAYEGH selon laquelle le « *législateur OHADA aurait dû étendre le pouvoir d'évocation aux procédures en cause, les parties devant produire le texte pénal applicable* »[1173], perd sa portée. Tant que le problème juridique reste celui de l'application des actes uniformes, la CCJA n'a pas besoin de connaître la législation pénale nationale sur la peine, dont l'application ne relève pas de sa compétence d'attribution. Ce faisant, le principe de la répartition des compétences juridictionnelles est sauvegardé.

[1173] Ibid.

En ce qui concerne les personnes habilitées à former les pourvois en cassation devant la CCJA, l'article 15 du Traité précise que les pourvois en cassation sont portés devant la CCJA, soit par l'une des parties à l'instance, soit sur renvoi d'une juridiction nationale statuant en cassation saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes. Le recours formé par l'une des parties est l'hypothèse la plus fréquente, alors que le recours sur renvoi est assez rare[1174].

La saisine de la Cour par renvoi, est une procédure de coopération judiciaire entre le juge national et le juge communautaire permettant au premier de saisir le second chaque fois qu'il a des difficultés sur l'interprétation ou sur la validité d'une norme communautaire[1175]. Par ce moyen, la Haute Juridiction de Cassation Communautaire assure aux juridictions suprêmes nationales une interprétation et une application harmonieuses des actes uniformes édictant les incriminations pénales. Cette procédure n'est pas l'apanage du seul droit OHADA. Dans le cadre de la CEMAC, le renvoi préjudiciel est prévu par les articles 26 et 27 de la convention régissant la Cour de Justice de la CEMAC, adoptée à Libreville le 30 janvier 2009[1176].

Mais on peut se demander si la procédure du renvoi est applicable non seulement en matière d'interprétation, mais également en matière de choix de qualification, lorsque les faits sont susceptibles de recevoir plusieurs qualifications. Cette question se pose, car au Cameroun, le débat est encore vif sur la qualification à retenir entre l'abus des biens sociaux qui est puni des peines correctionnelles[1177] et le détournement de deniers publics qui devient un crime lorsque la valeur des biens en cause est supérieure à 100.000 FCFA et inférieure ou égale à 500.000 FCFA. On estime que lorsqu'un dirigeant d'une société à capital majoritairement public a abusé des biens de la société à ses fins personnelles, l'infraction à retenir prend la qualification de détournement de deniers publics, avec les distinctions prévues par l'article 184 du code pénal camerounais[1178]. La Cour Suprême du Cameroun ne s'est pas encore prononcée sur la question.

[1174] Ibid.

[1175] ZANKIA (Z), *L'influence du droit communautaire sur l'évolution du système judiciaire des Etats membres en Afrique noire francophone*, Annales de la Faculté des Sciences juridiques et Politiques de l'Université de Dschang, Tome 14, 2010, pp. 191 et s.

[1176] Ibid. Pour plus de détails sur les juridictions communautaires, V° 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 Faculté des Sciences Juridiques et politiques de l'Université de Dschang, Tome 3, 1999, pp. 67-86.

[1177] L'article 9 de la loi camerounaise de n°2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes dispose : **«** *En application de l'article 891 de l'acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, sont punis d'un emprisonnement de un à cinq ans et d'une amende de 2.000.000 à 20.000.000 FCFA, le gérant de la société à responsabilité limitée, les administrateurs, le président directeur général, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint qui, de mauvaise foi ont fait, des biens ou des crédits de la société, un usage qu'ils savaient contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles, matérielles ou morales, ou pour favoriser une autre personne morale dans laquelle ils étaient intéressés, directement ou indirectement* ».

[1178] L'article 184 du code pénal camerounais dispose: « 1) *Quiconque par quelque moyen que ce soit obtient ou retient frauduleusement quelque bien que ce soit, mobilier ou immobilier, appartenant, destiné ou confié à l'Etat*

En principe, lorsqu'un même fait est susceptible de recevoir plusieurs qualifications, le juge choisit la qualification relative à l'infraction la plus sévèrement réprimée. Mais lorsqu'il y a une loi spéciale qui réprime un fait, celle-ci déroge aux dispositions générales contenues dans le code pénal. Le contentieux en cassation, qui n'est pas celui de la qualification ou de l'interprétation, mais plutôt celui du choix de la qualification, relèverait de la compétence des Hautes juridictions nationales de cassation, tout comme le contentieux de l'application des peines. Cela dit, la CCJA peut aussi être saisie par la voie consultative.

b)- La saisine de la CCJA par la voie consultative

Conformément à l'article 14 alinéa 2 du Traité, la faculté de solliciter l'avis consultatif de la CCJA est reconnue aux Etats Parties, au Conseil des Ministres de l'OHADA, et aux juridictions nationales saisies du contentieux relatif à l'application des actes uniformes.

Lorsque la Cour exerce sa fonction consultative, elle se prononce par des avis, sur l'interprétation et l'application de tous les textes du droit uniforme OHADA. Elle peut donc émettre des avis sur des questions de qualification des incriminations pénales. On peut se demander quels sont les effets de ces avis. S'agissant des avis consultatifs, ils ne s'imposent pas en principe à leur demandeur. Mais la doctrine pense qu'une distinction devrait être faite entre les avis que la Cour est amenée à donner sur les avant-projets d'actes uniformes dans les délais (art. 6 et 7 du Traité), et les demandes d'avis émanant des Etats ou des juridictions[1179].

Il faut seulement regretter le fait que la faculté de saisir la Cour pour consultation n'ait pas été directement reconnue, ni aux auxiliaires de justice, ni à leurs organisations professionnelles, ni aux opérateurs économiques[1180]. Il reste aux juridictions nationales de développer le reflexe de demandes d'avis lorsqu'elles se heurteront aux difficultés d'interprétation en matière pénale, afin de contribuer à une meilleure communautarisation du droit pénal des affaires en Afrique. Une telle démarche devrait aussi s'imposer, lorsque les juridictions nationales statuent sur le contentieux relevant de l'application des peines accessoires contenues dans certains actes uniformes.

B- Les Cours Suprêmes Nationales : Juges du contentieux de l'application des sanctions pénales

La compétence des Cours Suprêmes nationales pour statuer sur le contentieux relevant de l'application des peines est clairement reconnue par le Traité OHADA (1), mais il s'agit d'une compétence subordonnée à la volonté étatique (2).

---

fédéral ou fédéré, à une coopérative, collectivité ou établissement, ou publics ou soumis à la tutelle administrative de l'Etat ou dont l'Etat détient directement ou indirectement la majorité du capital, est puni :
a) Au cas où la valeur de ces biens excède 500.000 francs, d'un emprisonnement à vie ;
b) Au cas où cette valeur est supérieure à 100.000 francs et inférieure ou égale à 500.000 francs d'un emprisonnement de quinze à vingt ans… ».

[1179] ISSA SAYEGH (J), POUGOUE (P-G) et autres, *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2002, p. 43.

[1180] Ibid. p. 42.

1)- Une compétence clairement reconnue par le traité OHADA

En interdisant à la CCJA saisie par la voie du recours en cassation de connaître des décisions appliquant des sanctions pénales, le législateur OHADA a, *a contrario*, clairement confié la connaissance en cassation de ces décisions aux Hautes Juridictions nationales de cassation. Toutefois, ce contentieux reste rare dans la pratique, semble-t-il à cause du retard pris par les Etats pour édicter des sanctions pénales. De même, les sociétés hésitent encore à développer le reflexe d'engager la responsabilité pénale de leurs responsables (directeurs généraux, commissaires aux comptes, administrateurs, etc.). Les recherches faites à la Section Pénale de la Cour Suprême du Cameroun sur les arrêts rendus de 2008 à 2012 n'ont pas permis de mettre en évidence une décision pénale mettant en cause l'application des infractions prévues par les actes uniformes.

Il importe tout de même de relever qu'avec la disparité des textes répressifs au niveau des Etats, l'application des sanctions pénales peut de heurter au problème de l'entrée en vigueur des textes (a), de la territorialité (b) et de la coopération judiciaire (c).

a)- Le problème de l'entrée en vigueur des lois pénales d'affaires OHADA

La mise en œuvre du droit pénal OHADA ne manquera pas de se heurter à la question de savoir quel est le point de départ de l'application de la loi pénale. Faut-il le situer au jour de l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme ou plutôt au jour où l'Etat Partie a promulgué le texte fixant les sanctions pénales ? La question se pose au regard du principe de la non rétroactivité des lois pénales de fond, posé par l'article 3 du code pénal camerounais. Selon ce texte, « *ne sont pas soumis à la loi pénale les faits commis antérieurement à son entrée en vigueur ou ceux qui n'ont pas été jugés avant son abrogation expresse ou tacite* ». Ce principe internationalement reconnu, aura de la peine à s'appliquer. Si l'on met en avant l'entrée en vigueur du texte définissant les infractions d'affaires, les dates d'entrée en vigueur seront celles des actes uniformes portant ces incriminations. Ces dates varieront selon l'ancienneté de chaque acte uniforme concernant les incriminations pénales.

Mais, une incrimination sans sanction reste un vœu pieux. Le principe de la légalité des peines et des délits veut que non seulement le délinquant connaisse le texte d'incrimination qui définit le comportement répréhensible, mais également la sanction qui y est attachée. C'est au regard de cette sanction qu'il doit réguler sa conduite en connaissance de cause. Vu sous cet angle, seule l'entrée en vigueur du texte fixant les sanctions doit être prise en considération pour l'application du principe de non rétroactivité des lois pénales d'affaires OHADA. Elle permettra en outre de déterminer la loi pénale plus douce qui s'appliquera immédiatement aux faits commis et non définitivement jugés avant son entrée en vigueur, et la loi pénale plus sévère qui ne sera pas rétroactive.

b)- L'effritement du principe de la territorialité des lois pénales

La définition des infractions par le législateur communautaire brise les barrières entre Etats, et fait tomber le principe de réciprocité d'incrimination[1181]. Au Cameroun, ce principe est

[1181] SOCKENG (R), Droit pénal des affaires OHADA, Collection LEBORD, UNIDA, 2007, p.24.

exprimé par l'article 10 du code pénal selon lequel « *la loi pénale de la République s'applique aux faits commis à l'étranger par un citoyen ou résident, à condition qu'ils soient punissables par la loi du lieu de leur commission, et soient qualifiés crimes ou délits par les lois de la République* ». Avec le droit OHADA, cette question ne sera plus soulevée devant les juridictions nationales en raison du caractère communautaire des incriminations. Ainsi, pour réprimer un comportement relevant du droit pénal des affaires OHADA, on n'aura plus besoin de vérifier si ce comportement est puni par la loi du lieu de commission. Dès lors, les juridictions deviennent compétentes en raison de la qualité de l'auteur du délit ou du lieu de commission de l'infraction[1182]. Il y a « *effritement du principe de la territorialité dans sa facture classique* »[1183]. Désormais, le territoire pénal du droit des affaires s'étend dans tout l'espace OHADA qui compte dix-sept (17) Etats[1184]. Mais la diversité des peines applicables au niveau des Etats ne manquera pas de porter un coup sur la coopération judiciaire.

c)- L'enjeu de la coopération judiciaire

En laissant la latitude à chaque Etat Partie de légiférer sur les peines applicables aux infractions d'affaires, chaque législateur national n'édicte que des sanctions applicables à son territoire pénal. Cette situation peut donner lieu à une répression en dent de scie, selon les territoires pénaux concernés et la diversité des peines applicables.

La conséquence se fera sentir sur le plan de la coopération judiciaire. Au Cameroun, selon l'article 642 du code de procédure pénale, le fait servant de base à la demande d'extradition doit être « *au regard de la loi de l'Etat requérant et de la loi camerounaise, soit une infraction passible d'une peine privative de liberté dont le minimum est au moins égal à deux ans et dont la poursuite n'est pas rendue impossible par la prescription, l'amnistie ou toute autre cause légale, soit une peine privative de liberté encore légalement susceptible d'exécution, de six (6) mois au moins, compte tenu de la contrainte par corps…* ». Il en résulte qu'un Etat ne pourra pas demander au Cameroun l'extradition d'un dirigeant de société qui a commis une infraction d'affaires si dans les deux pays, le fait n'est pas punissable d'une peine privative de liberté d'au moins deux (2) ans.

Cette nouvelle donne nécessite une évolution notable de la coopération judiciaire entre Etats Parties. Pour véritablement assainir les affaires et promouvoir le développement des pays de l'espace OHADA, chaque Etat devrait se sentir concerné par les infractions d'affaires commises dans un autre Etat. Toute dénonciation de la criminalité d'affaires par un Etat Partie devrait donc faire l'objet d'une poursuite systématique par l'Etat requis. Cette démarche permettrait d'ailleurs de lutter contre la criminalité transnationale dans le milieu d'affaires.

Mais une telle analyse ne va pas sans poser de problèmes. Comment faire lorsque l'un des Etats concernés n'a pas pris des sanctions relatives aux infractions d'affaires résultant des actes uniformes ? Il va sans dire que le principe de la réciprocité devrait reprendre son cours

[1182] ANOUKAHA (F) et autres, *OHADA Sociétés commerciales et G.I.E.* Collection droit uniforme, Juriscope 2002, p.231.
[1183] SOCKENG (R), op. cit.
[1184] La République Démocratique du Congo (RDC) a déposé ses instruments de ratification du Traité OHADA le 13 juillet 2012 à Dakar (Sénégal).

ici, et qu'un Etat ne pourra saisir l'autre pour poursuivre et réprimer de tels comportements que lorsque lui-même a pris un arsenal de sanctions répressives en la matière.

2)- Une compétence subordonnée à la volonté étatique d'édicter des sanctions pénales d'affaires

Si l'article 5 alinéa 2 du Traité de l'OHADA dispose que les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale, il ajoute que « *les Etats Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales applicables* ». Le législateur communautaire avait-il besoin de préciser que les Etats Parties « *s'engagent* » à déterminer les sanctions applicables, alors même qu'en signant et en ratifiant le Traité, ils se sont engagés à l'exécuter de bonne foi conformément à l'article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (*pacta sunt servanda*) ?

On comprend que le législateur a entendu exercer une sorte de pression morale sur les Etats pour prendre des sanctions pénales d'affaires. De là, certains auteurs ont écrit que « *le législateur n'a pas imaginé que certains Etats hésiteraient à accomplir cette noble tâche* »[1185]. Pourtant, c'est justement parce que le législateur pressentait des résistances qu'il a davantage engagé les Etats Parties à prendre des sanctions pénales. Mais fallait-il s'arrêter à cette exigence pour croire que le tour est joué ? N'y avait-il pas moyen de prendre des dispositions plus contraignantes pour amener les Etats à se conformer au droit communautaire dans son ensemble, notamment en instituant le recours en manquement d'Etat tel que prévu par le nouveau Traité de la CEMAC ? La réalité montre que le législateur a été naïf en comptant sur la seule bonne foi des parties contractantes. Ainsi, sur les neuf (9) actes uniformes actuellement en vigueur, six (6) ont défini les agissements punissables que les Etats Parties se doivent de compléter en prenant des sanctions pénales[1186].

Plus d'une décennie après la définition de certaines de ces infractions, seuls le Sénégal, le Cameroun, et la République Centrafricaine ont élaboré et publié des lois portant répression des infractions y relatives[1187]. Les autres Etats restent dans l'attentisme, créant ainsi des dysfonctionnements dans l'administration de la justice communautaire. Il se crée ainsi, de manière concomitante, des « paradis pénaux » et « des enfers pénaux »[1188]. L'investisseur, peu enclin à respecter le droit communautaire, se déportera vers le pays le moins répressif ou « pays refuge ». C'est le « *forum shopping* » qui s'installe, pouvant mettre en place de véritables organisations criminelles en matière d'affaires.

[1185] SOCKENG (R), op. cit. p. 26.

[1186] Acte uniforme sur le droit commercial général, acte uniforme sur les sûretés, acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises, acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique, acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif, acte uniforme sur les sociétés coopératives.

[1187] TCHANTCHOU (H) et AKOUETE AKUE (M), *L'état du droit pénal dans l'espace OHADA*, Revue de l'ERSUMA, n° spécial, novembre-décembre 2011, pp. 20 et s.

[1188] ANOUKAHA (F.) et autres, *OHADA Sociétés commerciales et G.I.E.* Collection Droit uniforme, 2002, pp.236-237.

Quoiqu'il en soit, les Hautes Juridictions nationales ne connaîtront du contentieux en matière pénale que si les sanctions réprimant les infractions d'affaires ont été prises. Lorsque c'est le cas, elles sont seules compétentes pour connaître du contentieux relevant des textes pris par leurs législateurs. Elles connaissent d'ailleurs mieux que quiconque ces textes, et sont plus à l'aise pour les appliquer puisqu'ils relèvent de la philosophie ou de la politique répressive de leurs Etats. Ainsi, l'admission des circonstances atténuantes ou la prise en compte des circonstances aggravantes dépendra du trouble que l'infraction aura causé dans le milieu d'affaires et de la dangerosité du délinquant. On tombe alors de plein fouet sur le choix de la peine applicable. Selon l'article 93 du code pénal camerounais, « *la peine ou la mesure prononcée dans les limites fixées ou autorisée par la loi doit toujours être fonction des circonstances de l'infraction, du danger qu'elle présente pour l'ordre public, de la personnalité du condamné et de ses possibilités de reclassement et des possibilités pratiques d'exécution* ». Il y a là un souci de protection de la souveraineté des Etats Parties au Traité[1189]. Le juge est proche du justiciable, de sa loi, et de sa société. Cette cohérence permet de doser la répression en toute connaissance de cause, en tout cas de punir pas plus qu'il n'est juste et pas plus qu'il n'est nécessaire. Mais, la mise en œuvre de la répartition des compétences répressives décidée par le législateur communautaire reste une équation difficile à résoudre.

II- La difficile mise en œuvre de la répartition des compétences répressives entre les Hautes juridictions nationales et la CCJA

La répartition des compétences répressives entre les hautes juridictions nationales et la CCJA présente de sérieuses difficultés dans son application[1190]. Celles-ci se mesurent à l'aune du risque de conflit qui peut naître à partir du critère de répartition (A) du risque de lenteurs procédurales (B), et même de déni de justice (C).

A- Le risque de conflit de compétence entre les Hautes Juridictions nationales et la CCJA

De toute apparence, la répartition des compétences répressives par l'article 5 alinéa 2 du Traité est suffisamment claire et ne donne pas lieu à interprétation. Mais les problèmes peuvent survenir non seulement dans le cas où les actes uniformes édictent certaines sanctions relatives aux infractions définies (1), mais également lorsque le législateur national, au lieu de se contenter de fixer les peines, a créé de nouvelles incriminations (2).

1)- La fixation des peines répressives par certains actes uniformes

Le risque de conflit de compétence entre la CCJA et les juridictions nationales de cassation n'est pas une hypothèse d'école. La définition des domaines respectifs du législateur OHADA et des législateurs nationaux semble ne pas être étanche. Cette situation se révèle lorsque les actes uniformes définissent les sanctions relatives à certaines infractions d'affaires ou qu'ils

[1189] KENFACK DOUAJNI (G), *L'abandon de souveraineté dans le Traité OHADA*, Recueil Penant, n° 830, Mai-Août 1999, p.125.
[1190] NDONGUE EDIMO (E-P), *Le droit pénal des affaires à travers les actes uniformes de l'OHADA*, Mémoire ENAM, section Magistrature, année 2000.

renvoient à des infractions existantes dans les Etats Parties. On sait que tout législateur d'un Etat Partie à l'OHADA a le pouvoir, en vertu de sa compétence d'attribution définie par les actes uniformes, de déterminer un régime général de peines susceptibles d'être prononcées contre le délinquant, en distinguant de manière abstraite entre peines principales, peines complémentaires, peines accessoires et/ou mesures de sûreté[1191].

Les entreprises commerciales, soucieuses de préserver leur image de marque, redoutent particulièrement les mesures qui peuvent nuire à leur réputation vis-à-vis de leurs partenaires économiques et de leur clientèle. Parmi ces mesures, on peut citer la publication du jugement et la fermeture d'établissement. D'autres mesures telles que l'interdiction d'exercer directement ou indirectement une ou plusieurs activités rentrant dans l'objet social, l'interdiction de faire appel public à l'épargne, l'interdiction de soumissionner les marchés publics, l'interdiction du droit de vote dans les assemblées générales, (…) sont également d'une gravité certaine.

L'examen des actes uniformes montre que le législateur uniforme a prévu certaines de ces mesures, dépouillant ainsi les législateurs nationaux d'une partie de leur compétence d'attribution en matière de fixation des peines. L'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif est assez révélateur de cette situation. Ainsi, les mesures comme la publication du jugement, l'interdiction d'exercer la profession, l'interdiction d'exercer une fonction élective, administrative, judiciaire ou de représentation professionnelle, les déchéances et incapacités résultant de la faillite personnelle en application de l'article 203 de l'AUPCAP, relèvent des peines accessoires prévues par le code pénal camerounais. Si une législation nationale prévoit les mêmes sanctions en cas d'infraction d'affaires, il faut bien se demander si c'est la Cour suprême nationale ou la CCJA qui connaîtra du contentieux résultant de l'application de ces peines.

Par ailleurs, au lieu de laisser le législateur national décider en toute liberté, les actes uniformes lui ont donné une compétence liée dans certaines infractions, en renvoyant aux sanctions déjà prévues en droit interne. Aux termes de l'article 226 de l'AUPCAP, « *les personnes coupables de banqueroute et délits assimilés à la banqueroute sont passibles des peines prévues pour ces infractions par les dispositions du droit pénal en vigueur dans chaque Etat Partie* ». Dans le même registre, l'article 241 dudit acte uniforme dispose que « *le conjoint, les descendants ou les collatéraux du débiteur ou ses alliés qui, à l'insu du débiteur, auraient détourné, diverti ou recelé des effets dépendant de l'actif du débiteur en état de cessation des paiements, encourent les peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque Etat Partie pour les infractions commises au préjudice d'un incapable* ». Ce renvoi aux peines prévues par le doit pénal interne des Etats Parties est également contenu dans les articles 243 et 244 de l'AUPCAP. Par ailleurs, l'article 246 de cet acte uniforme prévoit la publication du jugement en ces termes : « *sans préjudice des dispositions relatives au casier judiciaire, toutes décisions de condamnation rendue en vertu des dispositions du présent Titre sont, aux frais des condamnés, affichées et publiées dans un journal habilité à recevoir les annonces légales ainsi que, par extrait sommaire, au Journal Officiel*

[1191] NTONO TSIMI (G), « *Le devenir de la responsabilité pénale des personnes morales en droit camerounais. Des dispositions spéciales vers un énoncé général ?* », Juridis Périodique n°89, Janv-fév-mars 2012, pp. 82 et s.

mentionnant le numéro du journal d'annonces légales où la première insertion a été publiée ».

On le voit, la cloison n'est pas étanche entre les deux compétences juridictionnelles. Bien évidemment, La CCJA a été conçue, à titre principal, comme l'expression d'un pouvoir judiciaire commun aux Etats Parties à l'OHADA et le dépositaire suprême de la sauvegarde de l'espace juridique intégré[1192]. Les dispositions du Traité et du Règlement de procédure posent clairement le principe de la supranationalité judiciaire[1193]. Là où les actes uniformes ont légiféré, la compétence de la CCJA est affirmée, et il revient aux juridictions suprêmes des Etats de se plier. Ainsi, si une question se pose devant les Cours suprêmes nationales relativement aux sanctions pénales prévues par les actes uniformes, c'est encore la CCJA qui en connaîtra, soit par la procédure du renvoi, soit par la voie consultative.

On a à cet effet affirmé que le modèle d'intégration juridique OHADA apparaît comme une technique originale d'abandon massif de souveraineté et de supranationalité qui ne va pas laisser quelques doutes sur son avenir[1194]. Comme l'affirme avec pertinence le Professeur POUGOUE Paul-Gérard, si l'institution de la Conférence des Chefs d'Etats par le Traité révisé à Québec fait craindre le risque de transformation de l'OHADA en une union politique, il n'en reste pas moins que l'esprit et la lettre des articles 3 et 27 du Traité instituant la Conférence limitent celle-ci à un rôle d'impulsion[1195]. Il est surtout question de prendre le taureau par les cornes, en impliquant directement les Chefs d'Etats dans le processus de renforcement de l'intégration entreprise. Les directives communautaires répercutées directement par les Chefs d'Etats à leurs organes internes ne sauraient souffrir d'inexécution, et c'est tant mieux pour le succès de l'intégration. Mais celle-ci ne sera véritablement effective que si les Etats parties ne créent pas de nouvelles incriminations relatives au droit des affaires.

2)- La définition par les législateurs nationaux des incriminations relatives aux actes uniformes OHADA

Nous avons déjà relevé que trois pays seulement : le Sénégal[1196], le Cameroun[1197], et la République Centrafricaine[1198], ont jusqu'ici pris des textes portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes. Les législateurs camerounais et centrafricains, à la différence de leur homologue sénégalais, ont repris les incriminations déjà définies par les actes uniformes avant de leur affecter des sanctions correspondantes. Cette manière de légiférer a été fortement critiquée par certains auteurs, qui estiment qu'il y a violation de la

[1192] POUGOUE (P-G), *Doctrine OHADA et théorie juridique*, op. cit.
[1193] TCHANTCHOU (H), *La supranationalité judiciaire dans le cadre de l'OHADA : Etude à la lumière du système des communautés européennes*, Thèse, Droit, Poitiers, 2008, 446 pages, Paris, l'Harmattan, 2009.
[1194] POUGOUE (P-G), op.cit. p.10.
[1195] Ibid.
[1196] Loi n°98-22 du 26 mars 1998 fixant les peines afférentes aux infractions prévues dans certains actes uniformes.
[1197] Loi n° 2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains actes uniformes.
[1198] Loi n°10.001 du 06 janvier 2010 portant code pénal centrafricain, JORCA, N° spécial, 2010.

délimitation des compétences de l'article 5 du Traité, créant un déphasage avec le principe de l'effet direct et immédiat de la norme OHADA[1199].

Cette critique ne peut tenir que si au lieu de reprendre les incriminations, le législateur national a ajouté au texte des nouvelles incriminations. La reproduction des incriminations définies par les actes uniformes en les assortissant de sanctions semble plus conforme au principe de la légalité criminelle. Au lieu que le délinquant potentiel aille se renseigner sur le texte OHADA qui prévoit une infraction, avant d'aller chercher le texte de loi interne qui la réprime, il a à la fois l'incrimination et la sanction.

Dans le contexte africain où l'analphabétisme est encore ambiant et où même les praticiens du droit ont de la peine à trouver les textes applicables à cause de leur caractère épars, il est de bon ton que le législateur reprenne les infractions et les assortisse de sanctions correspondantes. Il n'y a rien d'anormal à cela, car les actes uniformes sont d'office considérés comme lois internes de chaque Etat Partie. Leur reprise dans un texte interne, loin de constituer une violation de compétence législative, n'est que la consécration de l'internalisation de leurs dispositions. Cette reprise ne crée donc pas une dévolution du contentieux de l'interprétation aux Cours Suprêmes des Etats concernés, mais simplement la recherche de la cohérence entre l'incrimination et la sanction, pour éviter que le « dogme » du respect du droit communautaire porte atteinte aux droits et libertés individuelles.

Le problème peut se poser en cas d'erreurs ou d'omissions lors de la reproduction du texte communautaire. S'agissant d'une simple reproduction, les erreurs ou omissions pourraient être corrigées par les actes uniformes eux-mêmes, considérés comme version authentique du texte d'incrimination. Dans tous les cas, les infractions définies par les actes uniformes s'insèrent dans la sphère du droit pénal interne et épousent leur contour relatif aux peines fixées.

En ce qui concerne l'imputabilité, les juridictions nationales sont tenues de se conformer au cadre fixé par les actes uniformes. Là où l'infraction est rattachée à la fonction, le législateur interne ne pourra pas l'imputer à une personne qui ne remplit pas la fonction considérée. La société personne morale ne pourrait pas écoper des sanctions là où le législateur communautaire n'a rattaché l'infraction qu'au dirigeant social. A ce niveau, on se rend compte que le législateur OHADA n'a visé comme auteurs des infractions en matière de sociétés commerciales que les personnes physiques, dirigeants sociaux, sans envisager l'hypothèse où la personne morale peut être poursuivie avec ses dirigeants. Dès lors, le droit pénal OHADA se démarque du droit pénal moderne qui a édicté des incriminations et des peines adaptées aux personnes morales[1200]. Cela dit, le partage des compétences juridictionnelles pourrait entraîner des lenteurs procédurales.

[1199] TCHANTCHOU (H) et AKOUETE AKUE (M), *L'état du droit pénal dans l'espace OHADA*, Revue de l'ERSUMA, n° spécial, novembre-décembre 2011, p. 25.
[1200] NTONO TSIMI (G), « *Le devenir de la responsabilité pénale des personnes morales en droit camerounais. Des dispositions spéciales vers un énoncé général* », Juridis Périodique n°89, pp.82 et s.

B- Le risque de lenteurs procédurales

La complexification du procès par le partage de compétences répressives peut se répercuter non seulement sur les libertés individuelles, mais également sur la continuité de l'exploitation commerciale.

1)- Risque lié à la situation pénale de la personne poursuivie

Il est évident que si la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, saisie en interprétation d'une qualification pénale doit d'abord se prononcer avant de renvoyer l'affaire à la Cour Suprême nationale initialement saisie, un temps suffisamment long devra s'intercaler entre la commission de l'infraction et le jugement effectif du délinquant. Cette situation se complique du fait qu'on est en matière pénale où la présomption d'innocence et la liberté individuelle commandent que l'affaire soit jugée dans un délai raisonnable[1201]. Si le prévenu est détenu, le temps d'attente risque de lui être très préjudiciable au cas où la procédure aboutit à une décision d'acquittement ou de relaxe. Comme l'affirme Joseph FOMETEU, la répartition des compétences répressives entre la CCJA qui devra connaître de l'interprétation des textes d'incrimination et les Cours suprêmes nationales qui devront connaître de l'application des sanctions pénales sans s'immiscer dans le contenu de l'infraction, est « *aberrante sur le plan intellectuel et peu commode sur le plan procédural* »[1202].

Le Professeur ISSAH SAYEGH n'a pas manqué de s'inquiéter sur cette situation, se demandant « *comment admettre en effet que la CCJA doive d'abord se prononcer sur la bonne application des dispositions d'incrimination pénale et renvoyer ensuite (en cas de cassation) à la juridiction nationale pour qu'il soit statué sur la sanction* »[1203] ? A cause de cette aberration qui, en plus, serait source de lenteur et de complexité inutile, l'auteur estime qu'il serait « *sage d'admettre que la CCJA ne peut connaître d'aucune décision pénale, même si une question de dommages et intérêts y est attachée* »[1204].

Seulement, une telle possibilité passe par la modification des dispositions des articles 5 et 14 du Traité. Cela n'irait pas sans conséquences, car ce qu'on aura gagné en harmonie sur le plan juridique créerait des dissensions jurisprudentielles. Chaque Cour Suprême nationale serait à mesure de donner son propre contenu aux diverses incriminations sans aucun contrôle de la CCJA. Le caractère supranational et transnational de cette Haute juridiction communautaire s'en trouverait gravement affecté. Pourtant, c'est en son sein que l'on ressent l'émergence d'un véritable « *ordre judiciaire* ». Les justiciables des Etats Parties peuvent se prévaloir des droits issus des actes uniformes et ces Etats ont l'obligation de protéger ces droits. La CCJA

[1201] ONGOLO FOE (J-E), *Le délai raisonnable dans la procédure pénale camerounaise*, Miroir du droit, n°003 juillet-août-septembre 2010, p. 67.

[1202] FOMETEU (J), *Le clair-obscur de la répartition des compétences entre la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA et les juridictions nationales de cassation*, Juridis Périodique n°73, janvier-février mars 2008, pp.89 et s.

[1203] ISSA SAYEGH (J), *La fonction juridictionnelle de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage*, OHADATA, D-02-16

[1204] Ibid.

affirme l'ordre juridique OHADA en dégageant des principes généraux du droit à partir du fonds commun de valeurs et de normes de l'espace OHADA[1205].

Cette compétence supranationale n'a pas toujours été bien vue par les juridictions nationales d'appel et de cassation. Dans le cadre de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF), elles ont fait onze recommandations portant quasi exclusivement sur les rôles respectifs de la CCJA et les Juridictions Suprêmes nationales des Etats parties[1206]. L'essentiel de ces recommandations consistait dans la rétrocession des compétences aux juridictions nationales de cassation en matière de droit OHADA, assortie d'un délai de douze (12) mois au bout duquel la juridiction nationale pourrait être dessaisie par pourvoi du justiciable, au profit de la CCJA. Une telle proposition ne saurait tenir, car elle alourdirait gravement le procès, en créant une période d'impasse au terme de laquelle le justiciable doit saisir la CCJA si la juridiction nationale n'a pas apporté de solution au litige. Dans tous les cas, revenir de manière générale sur la compétence actuelle de la CCJA ne pourrait qu'aggraver l'insécurité juridique[1207].

En matière pénale notamment, il est souhaitable que toutes les dispositions des actes uniformes qui édictent des infractions pénales soient assorties des sanctions, lesquelles peuvent être déterminées soit par renvoi aux peines réprimant les infractions similaires dans les Etats Parties, soit par l'adoption d'un texte spécifique pris à cet effet[1208]. On peut d'ailleurs observer que les autres organisations d'intégration juridique (OAPI, CIMA, UEMOA, CEMAC…) ont eu le courage de déterminer les sanctions relatives à certaines infractions qu'elles ont définies[1209]. Il faut donc déplorer le fait que le droit pénal des affaires OHADA soit incomplet du fait de l'interdiction faite par le Traité à cette organisation d'édicter les sanctions pénales des délits qu'elle se contente seulement de définir sans les réprimer. Un auteur n'a d'ailleurs pas manqué de qualifier cette situation de « *fuite de responsabilités* » du législateur communautaire[1210]. Les lenteurs qui résultent du partage des compétences législatives et juridictionnelles peuvent même nuire à la continuité de l'exploitation commerciale.

2)- Risque lié à la continuité de l'exploitation commerciale

L'allongement des délais de procédure lié à la saisine de deux juridictions pour connaître d'une même affaire pénale peut nuire à la continuité de l'activité commerciale concernée. Le principe de la présomption d'innocence posé par l'article 8 du code de procédure pénale camerounais postule que « *toute personne suspectée d'avoir commis une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui seront assurées* ». Il en résulte que le dirigeant social poursuivi peut ne pas être facilement remplacé, en attendant la décision de

[1205] POUGOUE (P-G), op.cit. p.10.
[1206] ISSA SAYEGH (J) et POUGOUE (P-G), *Communication : L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions*, Revue de droit uniforme, 2008, p.455 et s.
[1207] Ibid.
[1208] Ibid.
[1209] Exemple : les articles 333 et suivants du code CIMA édictent des sanctions pénales applicables aux dirigeants d'entreprise, aux liquidateurs et autres.
[1210] V° FOKO (A.), *Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA*, Penant n°859, p.198.

la juridiction répressive. Mais ce genre de cas sera rare, car la société qui veut préserver son image de marque prendra le risque de se débarrasser de son dirigeant poursuivi sans attendre, sauf si elle bénéficiait de l'activité criminelle de ce dirigeant.

D'autre part, si les sanctions telles que la fermeture d'établissement, l'interdiction d'exercer la profession ou la publication de la décision ont été ordonnées et exécutées, le temps d'attente devant les Hautes Juridictions de cassation ne manquera pas de causer un préjudice important aux activités de l'entreprise. Un établissement qui est fermé pendant longtemps suite à une décision de justice qui sera éventuellement réformée perd la clientèle, les marchés et même son crédit. Cette situation peut être le début de sa descente aux enfers, alors que la célérité voulue par la mise en place d'un droit uniformisé[1211] avait justement pour but d'éviter ce genre d'écueil. Mais, même lorsque le législateur national a légiféré, il faut éviter le déni de justice.

C- Risque de déni de justice

Selon l'article 4 du code civil applicable au Cameroun, « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Cette disposition s'applique aussi bien en matière civile qu'en matière pénale. Lorsque le juge a un sérieux doute sur le texte applicable en matière pénale, il ne peut refuser de juger, sous peine de déni de justice. Mais il doit prononcer l'acquittement ou la relaxe de la personne poursuivie, en vertu du principe de la légalité criminelle selon lequel les peines et les mesures sont fixées par la loi et ne sont prononcées qu'à raison des infractions légalement prévues[1212].

La question se pose lorsque le législateur national a fixé les peines relatives à certaines infractions prévues dans les actes uniformes et a oublié de fixer les peines réprimant d'autres infractions. Cette situation a été dénoncée à propos de l'article 69 de l'acte uniforme sur le droit commercial général qui prévoit des infractions relatives au défaut d'immatriculation ou à la fraude en matière d'immatriculation au Registre de Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM). Selon cette disposition, « *toute personne tenue d'accomplir une des formalités prescrites au présent acte uniforme, et qui s'en est abstenue, ou encore qui a effectué une formalité par fraude, est punie des peines prévues par la loi pénale nationale, ou le cas échéant par la loi pénale spéciale prise par l'Etat partie en application du présent acte uniforme…* ».

[1211] Le Professeur H-D MODI KOKO BEBEY fait clairement ressortir la différence entre l'harmonisation et l'uniformisation des législations. Selon lui, l'harmonisation laisserait une certaine marge de manœuvre aux Etats qui pourraient conserver leurs textes nationaux en veillant simplement à ce qu'ils ne soient pas contraires au droit issu du Traité. L'uniformisation quant à elle implique une réglementation identique que les Etats concernés tendent à instaurer dans une matière juridique donnée, en abandonnant l'ensemble de leurs législations internes sur ladite matière. En ce sens, l'uniformisation a pu être considérée comme un « mode d'intégration plus poussé que l'harmonisation, la coordination ou le rapprochement de législations ». Sur l'ensemble de la question, V° H-D MODI KOKO BEBEY, op. cit. p. 14.

[1212] Article 17 du code pénal camerounais.

Les auteurs ont relevé que ni la loi sénégalaise, ni la loi camerounaise qui édictent des sanctions relatives aux infractions prévues dans certains actes uniformes, n'ont prévu des sanctions pénales relatives à la violation des prescriptions en matière de Registre de Commerce et du Crédit Mobilier[1213]. Certains ont proposé en l'espèce l'application de l'article 332 alinéa 2 (b) du code pénal[1214]. Cet article dispose en substance : « *est puni d'un emprisonnement de un à deux ans tout commerçant qui, en état de cessation de paiement, ou avant cette cessation dans les cas où elle en est la conséquence…enfreint la réglementation en vigueur relative au registre de commerce…* ».

D'autres ont pensé que le défaut d'immatriculation au RCCM est une fraude qui s'apparente à un faux, passible des sanctions prévues par l'article 314 du code pénal camerounais qui punit le faux en écriture de commerce[1215].

Un troisième courant de pensée a critiqué tous ces choix, préférant proposer l'application « *des peines jadis applicables* », prévues par le Décret du 17 février 1930 instituant un registre du commerce dans le territoire placé sous mandat de la France, modifié par la loi du 15 avril 1954. Pour ces auteurs, il importe d'adapter les peines prévues dans ce texte, en convertissant le franc français en franc CFA dévalué pour obtenir le montant actuel des amendes qui y sont prévues[1216]. Cette manipulation des peines s'accommode très mal du principe de la légalité criminelle. Tout délinquant potentiel en la matière sera-t-il suffisamment instruit pour convertir la monnaie prévue dans ce vieux texte d'incrimination déjà dépassé et laissé aux oubliettes par le droit uniforme? A notre sens, à défaut d'appliquer l'article 332 alinéa 3(b) du code pénal, une réforme législative s'impose pour fixer les sanctions applicables en matière d'immatriculation au RCCM.

En tout état de cause, cette situation est révélatrice du contentieux qui peut être soulevé devant les Hautes juridictions nationales à propos de l'application des textes prévoyant des sanctions pénales dans certains actes uniformes. Une telle situation peut amener le juge étatique à constater que ces infractions ne sont pas réprimées et à prononcer la relaxe de leurs auteurs. Il est donc urgent de repenser le système du droit pénal des affaires OHADA pour lui donner plus de cohérence.

Au terme de cette étude, il est loisible de remarquer que le partage des compétences répressives est sources de problèmes. Mieux vaut centraliser les incriminations et les sanctions au niveau de la CCJA pour réduire le risque de lenteurs procédurales. Cette solution vaut mieux que celle consistant à créer une structure chargée de centraliser la répression des infractions d'affaires[1217].

[1213] KEUBOU (Ph.) et KAMLA FOKA (F-C), « *La sanction pénale du non respect des formalités relatives au RCCM dans l'espace OHADA : Le cas du Cameroun* », Revue de l'ERSUMA n°1, juin 2012, pp. 189 et s.

[1214] NGUEBOU TOUKAM (J.), *Le droit commercial général dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, Yaoundé, 1998, p. 33.

[1215] SOCKENG (R.), *Droit pénal des affaires OHADA*, op. cit. p. 58.

[1216] KEUBOU (Ph.) et KAMLA FOKA (F-C), op. cit. p. 205.

[1217] ANOUKAHA (F) et autres, op. cit. p. 232.

Par ailleurs, il faut envisager la nécessité de procéder à une vérification générale et permanente de la conformité entre la législation communautaire et les législations nationales dans les matières qui font l'objet de l'harmonisation. Cela permet d'éviter que le droit pénal communautaire évolue à plusieurs vitesses, selon qu'un Etat partie a pris des sanctions pénales y relatives ou non. On pourrait même à la longue, comme c'est déjà le cas au niveau de la CEMAC, envisager le mécanisme du recours en manquement d'Etat, permettant de sanctionner tout Etat Partie qui ne se conforme pas dans les délais au droit communautaire[1218].

Cette solution n'est pas à négliger, contrairement à l'opinion d'une certaine doctrine qui pense que la clé du problème se trouve entre les mains des juges, qui doivent assurer la primauté du droit communautaire sur le droit interne[1219]. Que peut bien faire le juge communautaire en l'absence d'un recours en manquement, lorsqu'une loi comme la loi camerounaise du 19 avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécution, viole le principe du double degré de juridiction pourtant prévu par l'article 49 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution ? Seule l'existence d'un recours en manquement est de nature à permettre à la CCJA de condamner l'Etat camerounais à modifier sa législation.

Comme autre conséquence de l'absence d'un tel recours, on constate que depuis l'apparition des premiers actes uniformes en 1998, la majorité des Etats Parties manifestent encore leur aversion à l'égard des sanctions pénales qu'ils sont censés prendre pour compléter les infractions définies par les actes uniformes. Tout laisse donc croire que le droit pénal des affaires OHADA et le contentieux en résultant, ont encore du chemin à faire...pour que vive et se consolide l'intégration juridique et judiciaire.

[1218] J. LOHOUES-OBLE, *Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope 1999, p. 27. L'auteur s'interroge sur l'inexistence dans le Traité d'un recours en manquement à l'instar de celui du droit communautaire européen où la CJCE a compétence pour sanctionner les Etats coupables de manquement.

[1219] Pour le Doyen MODI KOKO BEBEY, *« l'existence de [la CCJA] rendrait de facto inutile tout recours en manquement contre un Etat qui aurait maintenu ou adopté dans sa législation interne, des dispositions contraires au Traité. La sanction d'un tel manquement étant l'inapplication par les tribunaux et, à défaut par la CCJA, des dispositions incriminées. A moins d'imaginer alors que l'Etat récalcitrant donnerait la consigne à son administration* de ne pas exécuter les arrêts de la CCJA contraires aux dispositions contraires de son droit interne ». Cf. H-D MODI KOKO BEBEY, *L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : regard sous l'angle de la théorie générale du droit, in* Site OHADA.

L'application de l'article 39 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution par le juge congolais

Roland BEMBELLY

Docteur en Droit,

Avocat à la Cour, Barreau du Congo

Cabinet d'avocats Vincent GOMES, Membre de JUFI Consulting
(rolandbembelly@yahoo.fr).

La République du Congo est l'un des ETATS membres de l'espace OHADA. A cet effet, tous les Actes Uniformes de l'OHADA s'appliquent directement sur le plan judiciaire et juridique. Plus précisément, l'Acte Uniforme du 10 Avril 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution inscrite dans le J .O. du 01 juin 1998 notamment son article 39 pose notion du délai de grâce que peuvent bénéficié les personnes physiques et les personnes morales en vue de faire échec à une exécution immédiate.

Ainsi, l'article 39 précité prévoit : *« Le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible. Toutefois, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments cambiaires, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année. Elle peut également décider que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital ».*

Elle peut en outre subordonner ces mesures à l'accomplissement, par le débiteur, d'actes propres à faciliter ou garantir le paiement de la dette. »

Le sens que donne la doctrine communautaire sur le contenu de cette disposition ne souffre pas d'ambigüité. En clair, sauf pour les dettes d'aliments et cambiaires, le juge congolais peut, à l'instar du juge communautaire, accorder un délai ne dépassant pas 12 mois, soit une année.

Le juge doit mettre « sur la balance » et prendre en considération, les besoins du créancier et la situation du débiteur.

Le juge peut soit reporter la dette, soit échelonner le paiement dans la limite d'une année. Il peut aussi décider que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital[1220].

[1220] Lire ISSA-SAYEGH, Répertoire Quinquennal 2000-2005 sur la présentation générale de l'AUPSRVE, page 122.

Favorable au débiteur, le juge peut lui demander d'accomplir des actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de sa dette. Telle est la signification singulière de cette disposition communautaire[1221].

A ce stade, on peut s'interroger sur l'interprétation du juge congolais de l'application de l'article 39 précité.

La détermination du juge compétent (A) conduira à analyser l'application de cette règle communautaire (B).

I- LA COMPETENCE DU JUGE

Au Congo, la détermination du juge n'a pas posé de difficultés. En effet, sur le plan formel ou de la détermination du juge compétent, le juge congolais, celui du civil ou celui du commerce est compétent s'il est saisi en application de l'article 39 de l'AUPSRVE.

Les juridictions congolaises ont fait une application rapide, rigoureuse et juste de la détermination du juge compétent.

Que sur ce point, le juge des référés commerciaux ou le juge civil statuant en matière des réfères qui ont été saisi dès l'application de l'article 39 précité. Le juge l'a réaffirmé dans la décision DOREY-IBRAHIM Contre Mme NANI et autres (rôle civil n°1218, répertoire n°564, Ordonnance du 21 octobre 2009)[1222].

Par ailleurs, sur le mode de saisine du juge, le juge congolais n'a pas toujours fait application de la jurisprudence communautaire qui consiste à saisir la juridiction par assignation (Affaire BOUAKE, Ch. Civ. arrêt n°117 du 18 juillet 2001, B. C/B. et J.OHADA.com/OHADATA, J-03-200).

Très récemment, en 2012, saisi par voie de requête, le juge a déclaré irrecevable une requête parce qu'elle fut saisie par voie de requête (Voir Ordonnance du juge des référés dans l'affaire DINGA Contre MABIALI et autres, Ordonnance rendue par le juge des référés du 16 mars 2012, non publiée) ;

Curieusement dans de nombreuses ordonnances rendues (que nous analyserons infra) soit devant le Juge des référés civil ou commercial, les juridictions congolaises ont été dans la plupart des cas saisies par voie de requête alors que la saisine du juge doit se faire par voie d'assignation[1223].

[1221] Cf. Les commentaires sous l'article 39 du Code Vert, page 778 et suivants, notamment sur les mesures d'aménagement de la dette. L'application des dispositions sur l'article 40 de l'Acte uniforme qui prévoit le dépôt ou la consignation de sommes, effets ou valeurs, qui peuvent conférer au créancier un droit de préférence ne sont pas utilisés par le juge congolais dans la mesure, sauf à le retrouver, aucune ordonnance n'a été rendue pourtant cela pourrait donner une argument supplémentaire des spécialistes du droit que sont les conseils et avocats. Cette procédure, rappelons-le, se fait par voie de justice à titre de garantie ou de titre conservatoire.

[1222] Les ordonnances qui seront présentées ne se feront pas sous forme de commentaire d'arrêt mais nous privilégions une présentation sur la base des faits, des arguments et surtout de la motivation et la décision du juge.

[1223] Cf. les notes sous l'article 39 de l'AU/RVE sur le contentieux de l'aménagement de la dette, Code Vert page 778.

Y a-t-il des limites au pouvoir du juge congolais ? Oui, le juge n'a pas, à notre connaissance, été confronté à une demande de délai de grâce en matière de dettes d'aliments et des dettes cambiaires qui sont exclues de l'article 39 précité et ce, contrairement au juge communautaire (TGI de Ouagadougou, 14 janvier 2003, Ouédraogo C/Société Burkinabé de Financement, Ohada.com/Ohadata j-04-45).

Qu'en définitive, le juge congolais doit demeurer ferme, rigoureux et strict sur le respect des dispositions formelles de la détermination du juge comptent et du mode (type ou procédé) de sa saisine.

II- l'APPLICATION CONCRETE DE L'ARTICLE 39 SUR LE DELAI DE GRACE

L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées et des voies d'exécution, comme nous la savons, est entré en vigueur dès l'année 1998. Or, force est de constater que l'une des premières décisions du juge congolais dans l'application de cette disposition date de 2001. Cela traduit pour nous un tâtonnement et non une forme de non respect ou de « rébellion » du juge à appliquer ces nouvelles dispositions lorsque l'on sait que depuis 1983, ce sont les anciennes dispositions sur les saisies, héritées de la colonisation, contenues dans le Code de Procédure Civile, Commerciale, Administrative et Financière qui s'appliquaient avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de l'OHADA.

L'application de l'article 39 de l'AU/RVE n'a pas été aisé au Congo. On notera qu'au fil des années, le juge a essayé tant bien que mal d'affiner sa jurisprudence pour qu'elle soit constante de nos jours.

A- La non application du juge congolais de l'article 39 de l'au/rve

Cette « rébellion » est consacrée dans son application dans une ordonnance rendue le 21 novembre 2001 par le Tribunal de Grande Instance de Pointe –Noire.

Dans son ordonnance, le juge a sur la base des dispositions de l'article 1244 du Code Civil accordé un délai de grâce de deux ans.

En effet, l'affaire a opposé Mr NDOMBI à la Caisse Congolaise d'amortissement en sigle le C.C.A. Monsieur NDOMBI était débiteur de la CCA, et le 19 juin 2001 fut sommé par la Caisse de rembourser sa dette. Qu'il a saisi le juge en arguant de son incapacité de se désengager immédiatement de son obligation de solder sa dette. Qu'il a prétendu, par ailleurs, qu'il était de bonne foi et voulait obtenir les délais de grâce conformément à l'article 1244 du Code Civil ;

Que le juge des référés lui a accordé un délai de 2 ans en motivant sa décision de la manière suivante : « Attendu que la demande du requérant parait justifiée aux regards de la loi, en ce sens que la conjoncture économique actuelle et les difficultés de trésorerie du requérant sont parfaitement motivées pour servir de support à l'octroi d'un délai de grâce, tel que sollicité par Monsieur NDOMBI ; »

Il appert de cette motivation et des circonstances de l'espèce que le juge des référés, alors que le droit communautaire s'applique au Congo, ne fait pas état de l'article 39 de l'AU/RVE, mais des dispositions de l'article 1244 du Code Civil.

En principe, le juge devrait faire application des dispositions du droit communautaire. C'est ce qui explique que l'on qualifia cette période de non application des dispositions communautaires de rébellion.

B- La juste application de l'article 39 de l'au/rve

Dans une série d'ordonnances rendues, soit un total de 5 décisions, allant de l'année 2003 à 2009, par le juge commercial ou civil, du Tribunal de Grande Instance ou du Tribunal de Commerce de Pointe-Noire, des Cours d'Appel, le juge congolais a accepté enfin l'application de l'article 39 de l'AURVE.

En effet, dans le juste respect des dispositions concernées il a accordé ou rejeté l'octroi d'un délai de un an (12 mois).

Nous apprécierons la juste application des dispositions de l'article 39 précité à la lumière des décisions de justice.

1- Arrêt commercial du 7 novembre 2003, affaire Sté Entirouille Contre Pharmacie de l'Océan :

L'arrêt rapporté est une illustration remarquable de l'application du droit communautaire de l'article 39 sur le délai de grâce. A cet égard, il présente l'intérêt et le mérite d'assigner les limites dans l'usage du délai de grâce accordé aux personnes. En l'occurrence, par jugement en date à Pointe Noire du 16 juillet 2003, le Tribunal de Commerce de Pointe Noire a constaté qu'une ordonnance rendue par le juge commercial le 4 septembre 2001 a accordé un délai de grâce de 12 mois à la Sté Entirouille et, constaté que le délai de garce a expiré ;

En effet, par sa requête du 6 juillet 2001, la Pharmacie Océan a attrait la société Entirouille devant le Tribunal de commerce en validation de saisie et sollicité la condamnation de la partie adverse à lui payer diverses sommes d'argent ;

Qu'en réponse, la société Entirouille reconnait être débitrice de la Pharmacie avec laquelle elle a établie un échéancier ; elle expose que malgré sa bonne foi, les difficultés économiques ont fait qu'elle n'a pas honoré ses engagements ;

Que nonobstant cela, le juge a rendu son ordonnance du 16 juillet 2003 qui constate l'octroi d'un délai de grâce de 12 mois et constaté que le délai avait expiré ;

Que la société Entirouille a relevé appel de cette décision ;

Statuant sur l'appel formé par la société Entirouille contre cette décision, au terme d'un arrêt soigneusement motivé, la Cour d'appel de Pointe –Noire a confirmé la décision rendue par les premiers juges en toutes ses dispositions.

Qu'elle a estimé que les difficultés financières dont Entirouille se prévaut fait constituent un prétexte pour justifier le non paiement de sa dette et la société ENTIROUILLE N'A PAS RESPECTE SES ENGAGEMENTS ; QUE LE JUGE VA UN PEU PLUS LOIN EN JUGEANT QUE LA SOCIETE ANTIROUILLE FUT RECLACITRANTE.

IL EST REGRETTABLE QUE LE JUGE DANS CETTE AFFAIRE AIT PRIS EN COMPTE A LA FOIS LES DISPOSITIONS DE L'ARTICLE 1244 DU CODE CIVIL ET DE L'ARTICLE 39 DE L'AU/RVE POUR MOTIVER SON ARRET.

2- De même, deux ans plus tard, dans la capitale congolaise notamment à Brazzaville, le juge a rendu une ordonnance en accordant un délai de grâce d'un an (douze mois) dans une affaire inédite : *Société SARE du 17 janvier 2005, Audience des réfères, Tribunal de Grande Instance de Brazzaville.*

Dans le cas d'espèce, la SARE a saisi le juge des réfères à l'effet de solliciter des délais de paiement conformément aux dispositions de l'article 39 de l'acte uniforme du 10 avril 1998 sur les procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution.

Qu'elle allègue que depuis la fin de la guerre civile de 1997, elle est en proie à de sérieuses difficultés économiques due à la perturbation du trafic ferroviaire et, elle ne peut faire face à ses obligations contractuelles ;

Qu'elle met en avant des raisons économiques pour solliciter des délais de grâce ;

Que le juge des référés lui a accordé des délais de grâce aux motifs qu'il ne faut pas aggraver sa situation économique et assurer la sauvegarde des intérêts de ses créanciers.

Le délai de grâce fut accordé dans la limite d'une année ;

Il apparait que le juge congolais a attendu sept années pour faire une application rigoureuse de l'article 39 sur le délai de grâce et a expressément visé dans son dispositif l'article précité.

3- Dans la recherche de la clarification de sa jurisprudence, le juge n'a pas changé sa position. Il en fait une nouvelle illustration dans l'affaire Société GRACE Contre Divers créanciers, Tribunal de Commerce de Pointe –Noire, Ordonnance rôle commercial, 18 mai 2006, répertoire n°110 ;

Les faits : la société GRACE est une société ayant des activités dans le secteur du commerce général, l'importation et l'exportation des produits alimentaires et denrées de tout genre. Dans le cadre de ses activités commerciales, son groupe électrogène a été débranché lors d'une coupure de courant pendant une semaine. Tous les produits alimentaires d'une valeur de 400.000.000 F Cfa se sont retrouvés avariés causant une perte pour elle et ses clients. Ayant déjà réglé la somme de 339.000.000 F CFA à ses créanciers, il lui reste la somme de 545.920.633 F CFA.

C'est pourquoi, elle sollicite un délai de grâce d'une année sur le fondement des articles 1244 du Code Civil et 39 de l'acte uniforme précité.

Le Tribunal a rendu une ordonnance selon le dispositif qui suit : « …Constatons que la société GRACE a remboursé les dettes dues à ses divers créanciers pour plus de la moitié des sommes…Accordons à la société GRACE un délai de paiement d'une année pour le paiement de ses dettes…Ordonnons le sursis à exécution de toutes les poursuites… »

Que la motivation du juge était la suivante : la société a payé plus de la moitié de sa dette, sa bonne foi est manifeste nonobstant la volonté des créanciers de rentrer dans leurs droits,

L'arrêt GRACE rendu par le Tribunal de Commerce de Pointe –Noire le 18 mai 2006 est important et présente un intérêt pratique. En ce sens qu'il donne la possibilité à un débiteur d'obtenir un délai de grâce dans le respect des dispositions des articles 39 et suivants de l'OHADA.

Par ailleurs, la recherche de construction de sa jurisprudence a poussé le juge à rendre des ordonnances qui sont parfois critiquable malgré l'application de l'article 39 de l'AU/RVE. En claire, le juge congolais a rendue une ordonnance « légère » dans l'application de cette disposition parce que les créanciers n'ont pas comparu et qu'il n' pas tenu compte de la situation des créanciers.

1-Affaire JO CARRAT/Dame MILELE et autres, rôle commercial 218, répertoire, n° 223, du 06 décembre 2007 ;

Les faits, arguments et dispositif de l'ordonnance : Attendu que par requête en date du 22 octobre 2007 Monsieur JO CARRAT a saisi le juge des référés aux fins d'obtention de délai de grâce d'un an (12 mois). Armateur de deux navires de pèches donnés en gestion suivant un contrat d'affrètement à une société de la place, dans la ville de Pointe -Noire. Qu'il avait entretenu des relations d'affaires avec des personnes qui l'ont abandonné par la suite. Que ses activités et celles des navires ont connu des difficultés (arrêt des activités).

Que cela lui a entrainé de se retrouver en surendettement ; qu'il s'est retrouvé avec des dettes à payer.

Que le juge lui a accordé un délai de grâce de 12 mois au motif pris de ce qu'il excipa « …des difficultés économiques dues à un surendettement. »

Que ceci, sans que le juge ait obtenu la situation économique des créanciers, c'est pourquoi, nous estimons la légèreté du juge congolais dans l'application de l'article 39 de L'AUPSRVE précité dans cette affaire.

Le juge congolais n'a pas toujours accordé, dans la juste application de l'article 39 de l'AUPSRVE, des délais de grâce. En effet, le juge a rejeté une demande dans ce sens.

En effet, dans une ordonnance en date du 24 Décembre 2009, Affaire AKOUALA Contre Divers créanciers, il nous offre une illustration certaine.

Dans cette décision, Dame AKOUALA opposée à ses créanciers a vu sa demande de délai de grâce rejetée par le juge conformément à l'article 39 de L'AUPSRVE portant organisation des procédures simplifiées et des voies d'exécution au motif que Dame AKOUALA ne rapporte pas la preuve de sa situation financière ;

Qu'elle n'a pas versé aux débats aucune pièce permettant d'analyser sa situation financière ;

Qu'en outre, elle n'a pas accompli des actes propres à faciliter ou à garantir le paiement de ses créances, en conformité à l'article 39 de l'Acte Uniforme ;

Que dans ces conditions, il est difficile d'apprécier sa situation financière, sa capacité à réorganiser sa solvabilité et à désintéresser ses créanciers ;

Qu'elle ne fait pas de propositions sérieuses et précises.

Le raisonnement du juge me semble logique puisqu'il prend pour appliquer la règle de droit non pas seulement la volonté d'un quelconque requérant mais aussi leurs situations économiques respectives dans l'application stricte de l'article 39.

Au fil de la lecture des ordonnances rendues depuis 2001 jusqu'en 2009, nous avons pu comprendre que c'est à partir de l'année 2009 que l'on peut affirmer que le juge congolais a fait asseoir sa jurisprudence en matière de délai de grâce.

En effet, les ordonnances rendues les 26 octobre et 02 novembre 2009 nous offrent l'occasion de faire une synthèse sur l'affirmation de la maturité du juge dans l'interprétation de l'article 39 de l'AUPSRVE.

D'une part, dans la première ordonnance du 26 octobre 2009 concerne l'affaire Ets FLOGI C/SOCOFIN :

Que par requête en date du 2 juin 2009, les Ets FLOGI ont saisi le juge aux fins d'obtention d'un délai de grâce ; qu'ils étaient à l'origine débiteurs à l'égard de la Société Congolaise de financement (SOCOFIN) d'un montant de 77.108.346 F CFA relatif à un bail contracté auprès de cette dernière. Qu'un protocole avait été conclu pour le respect des engagements de la partie débitrice.

Que les Ets FLOGI opérant dans la vente et la distribution de boisson a connu des difficultés en raison de l'arrêt de la production de la Brasseries du Congo (BRASCO) ;

Qu'ils sollicitent l'octroi d'un délai de grâce à l'effet de mieux s'organiser à éteindre sa dette sur une durée de 12 mois. Que la SOCOFIN fait valoir au juge des référés que les ennuis financiers des Ets FLOGI sont dus à la panne de leur véhicule de transport qui se trouva être abandonné dans une station de lavage de la ville de Pointe-Noire. Cette information fut obtenue auprès de la compagnie d'assurance Gras Savoye.

Or, le juge ne fit pas droit à la demande des ETS FLOGI pour le simple fait que la raison invoquée par elle pour obtenir le délai de grâce n'est pas fondée dans la mesure où la Brasseries du Congo avait arrêtée sa production que pour deux semaines et non pour des mois ; Que le stock adéquat a été prévu pour éviter tout désagréments aux consommateurs. Que le juge congolais a refusé, à bon droit, d'accorder la mesure sollicitée par les Etablissements FLOGI.

Qu'il ne suffit pas de solliciter des délais de grâce, mais encore qu'il faut présenter un dossier consistant (avec tous éléments économiques de la personne physique ou morale) devant le juge afin de convaincre le juge du bien fondé de sa demande.

C'est l'affirmation également Mr Sorel KUETE TAMEGHE : « …le débiteur ne saurait se prévaloir d'un droit au délai de grâce, il n'est plus discuté que le juge dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation de la demande porté à sa connaissance. [1224]»

D'autre part, la seconde décision est l'Arrêt du 2 novembre 2009, rôle commercial n° 093, répertoire N°221 opposant la Société BENE CONFECTION INDUSTRIELLE à la Banque Commerciale Internationale (B.C.I.).

L'ordonnance rendue par le Tribunal de Commerce de Pointe – Noire s'avère particulièrement sévère à l'encontre de la débitrice qui sollicita un délai de paiement.

En effet, par une requête en date du 13 mai 2009, la BENE CONFECTION a saisi le juge des référés aux fins d'obtention d'un délai de grâce. Elle expose qu'elle est un établissement de couture, spécialisé dans la confection industrielle des vêtements de travail ;

Que dans le cadre de son objet et pour les besoins de fonctionnement, elle s'est vue dans l'obligation de solliciter une ligne de crédit auprès de la BCI. Elle a bénéficié d'un crédit de 20.000.000 F CFA. Qu'elle s'est trouvé en difficultés afin de rembourser sa dette et, la BCI a initié une procédure de saisie conservatoire de ses biens meubles corporels.

Dans une ordonnance rendue le 2 novembre 2009, le juge a rejeté la demande présentée par la BENE Confection industrielle aux motifs qu'elle n'a pas produit des éléments de nature à justifier ses difficultés économiques ; qu'il incombe à celui qui allègue un fait d'en rapporter la preuve. Ce qui n'a pas été fait la société BENE Confection.

En outre, elle n'a pas proposé un échéancier pour s'acquitter de sa dette envers la Banque Commerciale Internationale ;

Que dans ces conditions, le juge a rejeté sa demande d'obtention de délai de grâce.

Il ressort de la lecture de cette ordonnance que le juge congolais a fait une application pragmatique des textes de loi (article 39 précité).

Cette décision s'inscrit dans un courant jurisprudentiel constant exigeant l'application rigoureuse des dispositions des articles 39 de l'Acte Uniforme OHADA sur l'obtention des délais de grâce. Que le juge a pris en considération la situation tant du débiteur que du créancier avant de statuer, ce qu'il n'avait pas souvent eu l'occasion au début des années 2000.

Par ailleurs, le juge n'a pas seulement accordé un délai de douze mois. Il lui déjà arrivé, en 2008 et 2009, de réduire le délai légal.

[1224] KUETE TAMEGHE, in Paul Gérard POUGOUE et KUETE TAMEGHE, Les Grandes décisions de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, Harmattan, Commentaire de l'arrêt n°035/2005, 02 juin 2005, Madame KHOURI C/ Société SAMAH et HASSAN dite Induschimie et SGBCI, pages 569 et suivants.

C- Application rigoureuse de l'article 39 de l'au/rve

Nous analyserons ici, deux arrêts afin de conforter notre argumentation du caractère rigoureux de l'appréciation du juge congolais dans l'application de l'article 39 précité.

La première illustration de l'application rigoureuse de l'article 39 précité sera donnée par l'affaire DIEUVEUT/UNEPCO, rôle commercial n°169, répertoire n°157 du 16 octobre 2008.

Par requête en date du 19 septembre 2008, M. DIEUVEUT sollicita un délai de grâce, sans préciser la durée. Il est débiteur de l'UNEPCO à hauteur de la somme de 5.200.000 F CFA. Il a, en outre, « hypothéqué » la parcelle se son père.

Qu'il a amorcé le remboursement de la dette en procédant à un versement d'un montant de 1.000.000 F CFA ;

Que compte tenu des pièces du dossier, le juge lui a accordé dans son ordonnance un délai de grâce de 5 mois pour le paiement de sa dette.

En l'absence du créancier, l'UNEPCO, ses besoins n'ont pu être considérés. Eu égard à la situation financière du débiteur et à l'existence d'une hypothèque garantissant le paiement de la dette et au délai sollicité, le juge a considéré qu'il convient de faire droit à la demande du requérant et en conséquence lui accorder un délai de grâce de cinq mois.

On peut déduire que c'est la bonne foi de Monsieur DIEUVEUT (et non une volonté divine) qui a poussé le juge à réduire le délai de grâce de 5 mois.

De même, le juge a pu également faire application de la faculté que lui donne la loi de réduire la durée sollicitée.

Dans une ordonnance du 27 octobre 2010, RC n°1143, Répertoire n°749, Affaire ANFE Contre la B.C.I., le juge a rendu une décision rigoureuse et intéressante sur le plan du droit, à mon sens.

En effet, en octobre 2010, Monsieur ANFE a saisi le juge des référes afin d'obtenir un délai de grâce pour une période de 12 mois ; Qu'a l'appui de sa demande, il a demandé et obtenu un prêt important auprès de la BCI.

Que connaissant des difficultés énormes, il n'a pas pu honorer ses engagements.

La banque a pratiqué une saisie immobilière sur le bien que Monsieur ANFE à hypothéquer au bénéfice de sa créance. Monsieur ANFE a pu effectuer deux versements de sommes importantes, c'est pour cela qu'il sollicite un délai de grâce.

La banque, en réponse, souleva à juste titre sur le fondement des dispositions des articles 39 de l'Acte Uniforme OHADA sur les procédures simplifiées l'irrecevabilité de la demande de Monsieur ANFE au motif que sa dette est par nature cambiaire.

Attendu selon le juge, la dette de Monsieur ANFE découle d'une convention portant prêt immobilier assorti d'une affectation hypothécaire ; et non d'une lettre de change, traite, billet à ordre, chèque et warrant ;

Que c'est en raison de certains de ses investissements à l'Etranger que Monsieur ANFE rencontra d'énormes difficultés.

Qu'au vu des pièces du dossier, in fine, le juge lui a accordé un délai de grâce de six mois.

En définitive, le Congo à l'image des autres pays Membres de l'espace OHADA, applique et rend des décisions qui sont évoquées assez rarement dans les manuels de jurisprudence OHADA[1225].

L'analyse de la jurisprudence du juge congolais est satisfaisante à bien des égards.

Elle illustre une évolution de l'application de l'article 39 de l'AUPSRVE.

L'appréciation juste, rigoureuse et pragmatique du juge congolais apparait comme la réponse à la non application au Congo du droit OHADA sur le point précis de l'octroi ou non des délais de grâce. Ces analyses ont un intérêt pratique car depuis plus d'une décennie, le juge congolais à l'image du juge communautaire, a abandonné l'application de l'article 1244 du Code Civil. Nous l'exhortons d'inscrire dans le visa de ses ordonnances la mention claire et nette des dispositions de l'article 39 précité.

Qu'une prise en compte de la situation du créancier et du débiteur, des moyens prévus pour l'aménagement de la dette se fasse également dans l'application de ces dispositions. Ce sont des éléments de la protection des entreprises.

Il ressort de l'analyse des ordonnances rendues par le juge congolais, en excluant la jurisprudence de la CCJA, les ordonnances rendues sont conformes ou vont dans le sens des décisions rendues par les juridictions des autres pays membres de l'OHADA.

Très brièvement, les juges des autres pays membres de l'OHADA ont abordé les points de droit suivants : la bonne foi du débiteur, la situation difficile du débiteur et des mesures et garanties suffisantes décidées par le juge. Les points relatifs aux exceptions au délai de grâce (dettes cambiaires et créances alimentaires), les effets du délai de grâce et les voies de recours sont absentes des ordonnances rendues par le juge congolais[1226].

Qu'il reste encore, au juge congolais, un chemin à faire dans l'application des dispositions communautaires.

[1225] Nous avons constaté que dans le Répertoire Quinquennal OHADA, il est rare de trouver une décision rendue par le juge congolais en matière OHADA. Le Présent travail entend apporter sa modeste contribution. L'analyse de ces décisions conserve un intérêt « jurisprudentiel » important pour tous les praticiens du droit OHADA.

[1226] Voir ISSA-SAYEGH, Répertoire Quinquennal, op.cit. Pages 345 à 355. Le lecteur trouvera une série des décisions de justice des juridictions des pays membres de l'espace OHADA sur le délai de grâce.

Bail commercial et domaine public en droit Ohada : étude de jurisprudence

Jérémie Wambo

Assistant Juriste à la CCJA

Le bail commercial, désormais appelé *« bail à usage professionnel »* depuis la révision le 15 Décembre 2010 de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial Général, est défini comme *« toute convention, écrite ou non, entre une personne investie par la loi ou une convention du droit de donner en location tout ou partie d'un immeuble compris dans le champ d'application du présent titre, et une autre personne physique ou morale, permettant à celle-ci, le preneur, d'exercer dans les lieux avec l'accord de celle-là, le bailleur, une activité commerciale, industrielle, artisanale ou toute autre activité professionnelle ».*[1227] Cette définition traduit une opération commerciale qui met en relation des personnes contractantes dont l'objectif est la recherche du gain, du profit. Cela suppose qu'elles ont une totale maîtrise de leur opération en ce sens qu'elles ont la libre disposition des biens ou des droits objets de leur transaction et peuvent en faire ce que bon leur semble.

Cependant, cette totale liberté semble faire défaut lorsqu'au moins un élément essentiel de la transaction échappe à l'emprise d'une partie, notamment la propriété du bien, et précisément lorsque le bien appartient à tout le monde, donc à l'Etat ou une collectivité publique et relève de ce qui est communément appelé « domaine public ».

D'une manière générale, le domaine public peut se définir comme une partie du patrimoine des personnes publiques soumise à un régime de Droit public très protecteur caractérisé par la toute puissance de l'autorité publique.

Il ressort des définitions ci-dessus que le bail commercial et le domaine public sont deux réalités juridiques pertinentes dont le rôle dans les deux principaux pôles de développement de notre société (secteur privé et secteur public) n'est plus à démontrer. De nos jours, le partenariat public/privé dans la quête du développement donne lieu à une synergie qui réduit de plus en plus l'écart entre les deux.

En effet, l'évolution marquée de la société et partant du Droit qui place l'épanouissement de l'Homme au centre de toute activité de développement ne perd pas de vue qu'il faut encourager l'initiative privée. Cet encouragement de l'initiative privée qui relève des missions régaliennes de l'Etat, est assumé par ce dernier de plusieurs manières, notamment, entre autres par la mise à la disposition des opérateurs économiques de certains biens qui lui appartiennent en toute propriété, ou l'autorisation d'investissement sur des biens ou espaces qui relèvent de son patrimoine. On est alors en face d'opérations ou de transactions

[1227] Article 103 Acte Uniforme Révisé portant sur le Droit Commercial Général

économiques dont la détermination de la nature juridique n'est pas toujours aisée, à l'instar du bail. En d'autres termes, la préoccupation est celle de s'interroger sur la nature juridique des opérations ou transactions hybrides, c'est-à-dire mêlant le privé et le public.

C'est dans cette optique que l'on ne peut s'empêcher de poser une question essentielle : le bail commercial tel que ci-dessus défini peut-il être conclu sur un domaine ou une dépendance du domaine public? La réponse négative est donnée par une récente décision de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA qui a exclu la possibilité de conclure un bail commercial sur un domaine public[1228]. L'impossibilité de principe de ce type de convention (I) est néanmoins nuancée par l'admission d'un contrat sui generis non encore cerné juridiquement(II).

I – L'IMPOSSIBILITE DE CONCLUSION DE BAIL COMMERCIAL SUR LE DOMAINE PUBLIC

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA vient de dire de manière péremptoire qu'on ne saurait conclure de bail commercial sur un domaine public ou une dépendance du domaine public. Afin de mieux appréhender le sens et justifier cette position de la Haute Cour (B), il nous semble important de cerner d'entrée de jeu la notion même de domaine public (A), celle de bail commercial étant à notre sens sans ambigüité.

A – La notion de domaine public

Le Droit Administratif définit le domaine public comme une *« partie du patrimoine des personnes publiques soumise à un régime de Droit public très protecteur »*[1229] et qui comprend *« le domaine public naturel et le domaine public artificiel »*. Il désigne en effet les biens qui appartiennent à une personne morale de droit public et qui lui sont rattachés, soit par détermination de la loi, soit par affectation à l'usage direct du public, soit par affectation à un service public.

Cette définition quelque peu laconique ne permet pas à elle seule d'avoir une vue d'ensemble plus claire sur cette notion. C'est sans doute la raison pour laquelle les législations nationales des Etats de l'espace OHADA dans leur ensemble trouvent plus approprié non d'en donner une définition, mais d'énumérer ce qui le constitue, ou plutôt partent d'une énumération pour en donner le sens.

Ainsi, l'article 2 de l'Ordonnance n° 74 – 02 du 06 Juillet 1974 fixant le Régime Domanial au Cameroun dispose que *« font partie du domaine public, tous les biens meubles et immeubles qui, par nature ou par destination, sont affectés soit à l'usage direct du public, soit aux services publics … »*. C'est ce qui ressort aussi de la Loi n°76 – 66 du 02 Juillet 1976 portant Code du Domaine de l'Etat au Sénégal, qui après avoir indiqué en son article 1er que *« le domaine de l'Etat comprend le domaine public et le domaine privé »*, précise à l'article 2 *« le domaine public et le domaine privé de l'Etat s'entendent de tous les biens et droits mobiliers*

[1228] CCJA, Arrêt n°045/2012 du 07 Juin 2012 : Aff. Sté AFRICARS C/ SN PAD, inédit

[1229] Lexique des termes juridiques Dalloz, 13ème Ed. P. 211

et immobiliers qui appartiennent à l'Etat. Ceux de ces biens qui, en raison de leur nature ou de la destination qui leur est donnée, ne sont pas susceptibles d'appropriation privée, constituent le domaine public… ».

Les dispositions suivantes font une énumération de tous les biens qui relèvent du domaine public. La réglementation ivoirienne[1230] elle aussi fait plutôt une énumération des biens qui *« font partie du domaine public dans les Colonies et Territoires de l'Afrique-Occidentale Française »*.

L'Ordonnance n°00-027/P-RM du 22 Mars 2000 portant Code Domanial et Foncier au Mali stipule en son article 1er *« Le domaine national du mali, qui englobe l'espace aérien, le sol et le sous-sol du territoire national, comprend : a) les domaines public et privé de l'Etat du Mali ; b) les domaines public et privé des collectivités territoriales ; c) le patrimoine foncier des autres personnes, physiques ou morales »*, avant d'indiquer à l'article 2.a) que le domaine public est *« composé de tous les immeubles et meubles déterminés comme tels par la loi ou ayant fait l'objet d'une procédure spéciale de classement »*.

Il résulte de ce qui précède que les définitions laconiques, suivies d'énumérations d'éléments rentrant dans la notion de domaine public, ne suffisent pas à rendre compte de ses contours réels. Force est de constater cependant que c'est surtout au niveau de ses caractéristiques que la notion de domaine public prend tout son sens et son intérêt. C'est d'ailleurs ce qui fonde la décision de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage sus spécifiée.

B – La justification de l'impossibilité du bail commercial sur le domaine public ou une dépendance du domaine public

Les principes qui gouvernent la gestion du domaine public, dictés par l'intérêt général, en restreignent l'usage, dans le but entre autres de le préserver des assauts ou velléités d'appropriation privative, d'enrichissement au détriment de la collectivité. C'est ce qui justifie l'indication de la loi Malienne selon laquelle *« les particuliers ont le droit de jouir du domaine public suivant les conditions spécifiques à chaque nature de biens, l'usage auquel ils sont destinés et ce dans les limites déterminées par voie réglementaire »*[1231]. Mais avant d'en arriver là, il est nécessaire d'évoquer les principes ci-dessus indiqués tels qu'élaborés par les législations nationales.

En effet, l'article 9 de la loi Sénégalaise sus citée édicte que « *le domaine public est inaliénable et imprescriptible »*. Cela ressort également de la loi camerounaise qui va plus loin en martelant en son article 2 in fine que *« les biens du domaine public sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables (…) Ils sont insusceptibles d'appropriation privée »*. Cette démarcation entre les biens qui appartiennent à l'Etat ou aux personnes publiques et les biens qui ne lui appartiennent pas pose un problème réel sur leur utilisation et notamment le type de

[1230]Le Décret du 29 Septembre 1928 portant Réglementation du Domaine d'utilité publique et des servitudes publiques tel que modifiés par les Décrets du 07 Septembre 1935 et du 03 Juin 1952

[1231] Art. 20 Ordonnance n°00-027 du 22 Mars 2000 portant Code Domanial du Mali

contrats dont ils peuvent faire l'objet à l'occasion de leur exploitation, étant entendu que de par leur nature ils sont hors commerce.

La doctrine et la jurisprudence françaises sont beaucoup plus fixées sur la question. En effet, la doctrine indique que *« la conclusion des baux commerciaux statutaires est exclue sur les dépendances du domaine public. Cette exclusion est motivée par le principe de précarité qui s'applique aux occupations du domaine public, ce principe découlant du caractère incessible et inaliénable du domaine public… »*[1232]. Mais la jurisprudence quant à elle va plus loin en estimant que cette impossibilité de conclure des baux commerciaux demeure, quand bien même le contrat serait conclu par des personnes privées *« attendu que, pour déclarer le bail valable et condamner la société Quimper plaisance à payer à la SCI une certaine somme au titre des loyers échus du 1er mars 1995 au 30 juin 1997, l'arrêt retient que, s'il est interdit à tout gestionnaire du domaine public de concéder un bail commercial sur un terrain dépendant du domaine public maritime, aucune disposition légale n'empêche deux personnes privées de soumettre, au statut des baux commerciaux, les conditions d'occupation d'un bâtiment construit, avec l'autorisation du concédant, sur le domaine public maritime ;* ***qu'en statuant ainsi, alors que le statut des baux commerciaux ne s'applique pas aux conventions ayant pour objet des biens dépendant du domaine public, la cour d'appel a violé…*** *»* [1233].

C'est d'ailleurs cette position qu'adopte expressément la Haute juridiction communautaire dans un attendu significatif *« …attendu au demeurant que le statut des baux commerciaux ne peut s'appliquer aux conventions ayant pour objet des biens dépendant du domaine public, même lorsque le bail est conclu entre deux personnes privées... »*[1234].

Cette position de la Cour Commune, qui peut paraître curieuse au regard des circonstances de l'espèce, est conforme aux principes ci-dessus développés. De quoi s'agit-il en réalité ?

En 1992, la Société Nationale du Port Autonome de Dakar (SN PAD) donnait à la Société AFRICARS à travers une convention expressément dénommée « **Procès verbal de remise** » l'autorisation d'exploiter dans l'enceinte portuaire un hangar d'une contenance superficielle de 1274 m2 et un terre plein d'une surface de 1554 m2 relevant du domaine que l'Etat du Sénégal lui avait attribué pour les besoins de ses activités, moyennant paiement d'une **redevance trimestrielle**. Il était en outre convenu entre autres que la Sté AFRICARS devait occuper ces espaces pendant une période d'une année, renouvelable par tacite reconduction, et que chaque partie pouvait dénoncer l'autorisation d'occupation à tout moment, à condition de délivrer préavis trois mois à l'avance. Le bail s'est curieusement poursuivi pendant douze années, et en 2004, la SN PAD a donné préavis à AFRICARS de libérer. Face à sa résistance elle a été assignée en expulsion par devant le juge des référés. Pour se défendre, elle a invoqué à son profit les dispositions du bail commercial.

[1232] Memento Francis Lefebvre, Baux Commerciaux, 2007-2008, n°1230 et suiv.

[1233] C. Cass., 3è Ch. Civ., 20 Décembre 2000, Sté Quimper Plaisance C/ SCI Odyssey, RJDA 3/01, n°278

[1234] CCJA, Arrêt n°45/2012 précité

En réalité, au-delà de la clarté du document signé par les parties, il est à relever que, même si elles ne l'ont pas expressément mentionné, elles se sont fondées sur la **Loi n°76-66 du 02 Juillet 1976 portant Code du Domaine Public de l'Etat** susvisée, laquelle énumère en son article 6 les biens qui relèvent du domaine public de l'Etat, parmi lesquels ***« les ports maritimes et fluviaux avec leurs dépendances immédiates et nécessaires… »*** et précise en ses articles 22 et 13 que ***le domaine public peut faire l'objet de permission de voiries, d'autorisation d'occuper, de concession et d'autorisation d'exploitation donnant lieu au paiement de redevance, l'autorisation d'occuper étant accordée à tire personnel, précaire et révocable***. Il est donc clair qu'il ne pouvait pas s'agir d'un bail commercial au sens de l'Acte uniforme sur le droit commercial général.

L'analyse de ces éléments a permis à la Cour de noter, à juste titre, que le prétendu bail n'étant pas commercial, il ne pouvait relever du Droit OHADA, seul le Droit national en vertu duquel il a été conclu pouvant le régir ainsi que l'indique la Cour *« que partant, ce type de contrat échappe à l'appréciation de la Cour de céans et ne peut relever en l'état que du Droit national du Sénégal »*[1235].

Cependant, cette décision de la Haute Cour, somme toute conforme au droit positif, amène à s'interroger sur le régime juridique des conventions autres que le bail commercial, mais conclues dans cet esprit là.

II – LE REGIME DES BAUX AUTRES QUE COMMERCIAUX SUR LE DOMAINE PUBLIC

Le bail se définit initialement comme *« un contrat générateur d'un droit personnel, offrant au preneur l'usage exclusif et continu d'une chose moyennant le versement d'un loyer »*[1236]. Si cette définition permet davantage de comprendre l'arrêt de la CCJA ci-dessus spécifié, elle amène aussi à relever que plusieurs conventions improprement qualifiées de baux ne le sont pas, et doivent être nommés autrement. En général, les législations sus évoquées des Etats de l'espace OHADA, admettent restrictivement la délivrance par l'Etat à travers ses démembrements, des autorisations ou permis d'occuper ou d'exploiter le domaine public dont la caractéristique essentielle est leur précarité (A). Toutefois, si une dépendance du domaine public venait à faire l'objet d'un déclassement pour faire partie du domaine privé de l'Etat, il ne sera davantage aisé d'y conclure que des conventions d'occupations d'occupation précaires (B). Quoiqu'il en soit, le droit OHADA ne semble pas encore avoir appréhendé ces réalités juridiques.

A – Les autorisations ou permis d'occuper ou d'exploiter

Ainsi que nous l'avons indiqué plus haut, l'usage privatif du domaine public ou d'une dépendance du domaine public ne peut se faire que dans des conditions précises déterminées par les pouvoirs publics. C'est du moins ce qui ressort clairement des articles 22 et 23 de la Loi Sénégalaise susvisée. Les conditions restrictives dont il est question ici tiennent au

[1235] CCJA, Arrêt n°45/2012 précité

[1236] François Collart D. et Philippe Delebecque : Contrats Civils et Commerciaux, 3e Ed. n°348, P. 289

caractère essentiellement précaire de l'occupation, à l'interdiction absolue d'un certain type d'usage ou d'activité, ainsi qu'aux redevances à verser à l'Administration.

La Loi Malienne susvisée précise que les autorisations d'occuper le domaine public et les dérogations aux servitudes de passage sont accordées par arrêté du Ministre en charge des Domaines[1237]. Ces autorisations peuvent correspondre soit à un besoin individuel (installations commerciales provisoires telles qu'échoppes, kiosques, abris etc.… et dans ce cas aucune condition de durée ne peut être stipulée), soit à un besoin d'ordre collectif ou général (commune, station service, entrepôts etc.… et dans cette hypothèse l'autorisation prend la forme d'un bail). La Loi Sénégalaise quant à elle subordonne l'autorisation au *« caractère prédominant d'utilité publique ou d'intérêt économique ou social »* de l'occupation ou de l'exploitation et *« sous réserve qu'elle ne constitue pas pour le bénéficiaires une source directe ou indirecte de profits»*[1238] Dans tous les cas, l'Administration conserve toujours une faculté de résiliation unilatérale[1239], toute chose qui est incompatible avec toute activité commerciale stable telle que recherchée par le droit des activités commerciales.

En effet, les autorisations délivrées, bien que revêtant un échange de volontés, ne sont et ne s'apparentent aucunement à des contrats au sens de l'article 1134 du Code Civil, leur signataire disposant du droit de les retirer à tout moment en vue d'affecter le bien public à un autre usage. La précarité des autorisations, le caractère très souvent modique des redevances, ainsi que l'interdiction de faire de gros investissements peuvent justifier la méfiance d'y recourir.

Au demeurant, la nature du bien public en lui-même, commande un usage très restrictif, qui cependant, même s'il est réglementé dans notre contexte, ignore ou ne prend pas en compte les réalités économiques qui font que les micro structures, premiers usagers de ces biens et considérées comme facteur de relance, sont prises au dépourvu parce que à peine installées, elles sont parfois obligées de fermer boutique pour aller chercher à rouvrir ailleurs. Ce qui constamment fragilise le tissu économique, quand on sait que très souvent les espaces ou biens sont récupérés pour ne pas être exploités immédiatement, et parfois réattribués à d'autres personnes après sans que les circonstances changent. Il n'est pas discutable tout de même qu'un début de solution réside dans le fait pour l'Etat de déclasser certains biens pour leur permettre d'être exploités par d'autres personnes que lui, et qui donnent lieu à des conventions d'occupation précaire.

B – Les conventions d'occupation précaire

La doctrine définit la convention d'occupation précaire comme étant « *un contrat par lequel les parties manifestent leur volonté de ne reconnaître à l'occupant qu'un droit de jouissance précaire, moyennant une contrepartie financière modique* »[1240]. Il s'agit d'un contrat innomé

[1237] Art. 21 Ordonnance n°00-027/P-RM du 22 Mars 2000 portant Code Domanial et Foncier au Mali
[1238] Art.18 Loi n°76-66 du 02 Juillet 1976
[1239] Art 21 al.2 Ordonnance n°00-027 « pour un motif d'intérêt public, ces autorisations et dérogations sont à tout moment révocables sans indemnité »
[1240] François Collart D. et Philippe Delebecque op. cit., n°361, P.299

caractérisé par deux éléments essentiels : dans un premier temps, le contrat est susceptible de prendre fin à tout moment par la volonté du propriétaire ou par la survenance d'un événement expressément envisage par les parties. Peu importe la durée du contrat, dès lors qu'il est convenu qu'il pourrait prendre fin à tout moment. En second lieu, le propriétaire n'est pas astreint aux obligations habituellement mises à la charge du bailleur, telle que la garantie des défauts de la chose, la jouissance paisible etc.… C'est d'ailleurs la raison pour laquelle la contrepartie appelée redevance est modique. Il est dénié à cette convention l'appellation de « bail » car étant un contrat sui generis, elle s'en éloigne et relève pour l'essentiel de la volonté des parties qui se doivent d'être suffisamment claires et éviter que l'opération ne soit une fraude à la loi.

Le Décret du 29 Septembre 1928 portant Réglementation du Domaine d'utilité publique et des servitudes publiques tel que modifiés par les Décrets du 07 Septembre 1935 et du 03 Juin 1952, encore applicable en Côte d'Ivoire en la matière, dispose en son article 7 *« les portions du domaine public, autres que celles qui sont affectées par décret et que les ouvrages de fortification, qui seraient reconnues sans utilité pour les services publics ou l'intérêt général, pourront être déclassées et affectées par arrêté du lieutenant-gouverneur… »*. Plusieurs législations de l'espace OHADA prévoient la possibilité de déclasser certaines dépendances du domaine public en vue de permettre leur exploitation par des personnes privées dans le cadre des conventions cette fois sur le domaine privé de l'Etat.

Il convient de relever pour le déplorer encore une fois que les conventions ainsi conclues n'offrent pas de garantie aux bénéficiaires pour la simple raison qu'elles sont essentiellement résiliables à tout moment. Il est important que soit conçu un régime suffisamment protecteur pour les utilisateurs de ces conventions, précisément en ce moment où la notion d'entreprenant[1241] voit le jour dans le paysage des affaires.

[1241] Art. 30 Acte uniforme révisé portant sur le droit commercial général

PRATIQUE PROFESSIONNELLE

Contribution au diagnostic des difficultés d'application par les établissements financiers du nouvel acte uniforme sur le droit des suretés

***Mamadou DIALLO**, Directeur Juridique et du Contentieux de la Banque Islamique du Sénégal*

Dix ans après son entrée en vigueur, l'acte uniforme vient de connaitre de profonds changements avec la consécration de nouvelles formes de garanties. Ce nouvel acte uniforme, (NAUPOS) adopté en Décembres 2010 fait déformais partie de notre droit positif depuis le 15 Mai 2011.

La présente intervention ne sera pas axée sur la revue de toutes les garanties prévues par le nouvel acte uniforme mais plutôt sur les quelques aspects qui peuvent constituer un obstacle à une optimisation de cette nouvelle réforme.

Ce choix se justifie par la nécessité de trouver en toute urgence des solutions aux problèmes que nous allons dérouler au cours de nos développements et qui découlent d une part de l'interprétation et de la compréhension de certaines dispositions de l'acte uniforme et d'autres part de la mise en œuvre par les institutions financières en particulier les banques de ces nouvelles formes de garanties.

I.Difficultés d'interprétation et d'application des dispositions relatives au transfert fiduciaire de sommes d'argent.

Le transfert fiduciaire de sommes d'argent est l'une des grandes innovations de ce nouvel acte uniforme. En effet, cette technique contractuelle, d'origine latine longtemps pratiquée par les pays anglo-saxons vient d'être consacrée par le législateur de l'OHADA à travers les dispositions 87 à 91 du NAUPOS. L 'article 87 alinéa 1 le définit comme étant « ***la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation.*** ». Les conditions de réalisation de cette garanties sont prévues par l'art 91 alinéa 2 qui dispose qu' « ***en cas de défaillance et huit jours après que le constituant en ait été dûment averti, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayées ».***

En passant en revue toutes ces dispositions, nous nous sommes rendus compte que dorénavant, à défaut de recourir au nantissement de compte bancaire qui est également une innovation de l'acte uniforme (art 136 à 139), le dépôt à terme peut servir à constituer l'assiette d'un transfert fiduciaire de sommes d'argent . Cependant, leur application dans la pratique va sans doute de poser de sérieuses difficultés pour les banque .En effet, si pour le nantissement de compte bancaire la difficulté majeure se résume en termes de couts à faire supporter au client , le transfert fiduciaire risque de susciter peu d'intérêt pour les établissements financiers du fait de sa complexité dans sa formalisation par rapport à la

réglementation et la pratique bancaire . Autrement dit les institutions financières seront confrontées aux difficultés d'interprétation et d'application des dispositions relatives au transfert fiduciaire de sommes d'argent.

En analysant de près les dispositions évoquées plus haut nous en avons déduit que le législateur de l'OHADA a dessiné les contours d'un rapport triangulaire : CLIENT /BANQUE / ETABLISSEMENT TENEUR DE COMPTE. L'on est même tenté de se demander si à travers cette réforme, le législateur de l'OHADA n'a pas voulu poser les jalons d'une consécration de l'Agent fiduciaire après celle de l'Agent de Sureté qui constitue la grande innovation de ce nouvel Acte Uniforme .En tout cas, trois expressions contenues dans ces nouvelles dispositions permettent de conforter notre position :

La première : art 87 alinéa 2 : « *Ces fonds doivent* ***être inscrits*** *sur un compte bloqué ouvert au* ***nom du créancier*** *dans les livre* ***d'un établissement de crédit habileté*** *à les recevoir ».*

La deuxième : art 89 : « *le transfert fiduciaire devient opposable aux tiers à la date* ***de sa notification l'établissement de crédit teneur de compte*** *»*

La troisième : article 91 alinéa 2 : « *en cas de défaillance du débiteur et huit jours après le constituant en ait été dûment averti, le créancier* ***peut se faire remettre*** *les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayées ».*

En d'autres termes trois idées majeures se dégagent respectivement de ces trois articles à savoir :

L'ouverture d'un compte ***au nom du créancier*** (non au nom du débiteur comme c'est le cas dans la pratique) dans un établissement de crédit habileté à recevoir les fonds objet de la garantie ;

La notification de la constitution de garantie à l'établissement teneur de compte ;

La remise des fonds au constituant en cas de défaillance du débiteur

Examinons successivement ces différentes idées et leur application dans la pratique.

D'abord sur l'expression ***l'établissement de crédit teneur de compte :*** *A ce niveau deux hypothèses peuvent se dégager :*

La première hypothèse : le créancier est ***en même temps*** l'établissement de crédit teneur de compte. D'emblée on peut présager d'une contradiction entre le plan comptable bancaire adopté par l'UMOA et ces nouvelles dispositions de l'acte uniforme. A titre illustratif, le PCB prévoit que les garanties reçues de la clientèle soient comptabilisées dans un compte rattaché au compte principal ouvert au nom du débiteur. Il s'agit simplement d'un compte auxiliaire au compte courant du client ouvert dans les livres du banquier créancier.

Or le nouvel acte uniforme précise que ces fonds doivent être logés dans un compte **ouvert au nom du créancier banquier préteur**. En cas de production d'intérêts, ces derniers sont portés au crédit du compte. Il est inutile de dire que les utilisateurs de cette réforme

notamment les banques auront de sérieuses difficultés à comptabiliser dans leur livres un actif appartenant à leur clientèle et logé dans un compte ouvert en leur propre nom en leur qualité de **créancier banquier préteur**. Cette difficulté sera plus perceptible lorsqu'un **créancier banquier préteur devra rémunérer les fonds logés dans son propre compte ouvert en son nom propre en couverture des engagements de sa clientèle.**

A titre d'exemple le banquier préteur devra justifier sur le plan comptable la rémunération d'un DAT transféré en sa faveur sur un compte ouvert non pas au nom de son débiteur mais à son propre nom dans ses propres livres.

La deuxième hypothèse : l'établissement dépositaire des fonds est différent de celui de l'établissement prêteur. Si la mise en œuvre d'une telle hypothèse est théoriquement concevable en ce qu'elle présente l'avantage de définir clairement les droits et obligations de chacune des trois parties CLIENT /BANQUE / ETABLISSEMENT TENEUR DE COMPTE (contrairement à la première hypothèse), en revanche elle est difficilement acceptable dans la pratique. En effet, il est difficilement concevable pour une banque de confier la gestion des fonds garantissant les engagements de son propre débiteur. En effet, la recherche effrénée de ressources et la rude concurrence que se livrent entre les banques sont autant de facteurs pouvant limiter l'optimisation de cette réforme.

Nous devinons déjà la réponse des initiateurs de cette réforme qui se résume à cette boutade « lex dura lex « ou « la loi est dure mais c'est la loi et qu'en conséquence il faut s'adapter au texte. Mais on oublie trop souvent qu'une loi qui ne tient pas compte des réalités sociologiques de ses utilisateurs ou de sa population d'une manière générale finit par être rangée dans les tiroirs des lois qui naissent et qui disparaissent le même jour du fait de leur non application.

La seconde expression qui nous fait croire à un rapport à l'externalisation de la garantie donc à cette seconde hypothèse ci-dessus évoquée est l'utilisation de l'expression « notification » dans les dispositions de l'article 89. En effet cet article dispose que « *le transfert fiduciaire de sommes d'argent devient opposable aux tiers à la date de sa* ***notification*** *à l'établissement teneur de compte ».* Mais que signifie le terme notification *? Si* nous nous référons à la définition retenue dans le dictionnaire du vocabulaire juridique édité sous la direction du Professeur REMY CABRILLAC, cette notion signifie : « opération par laquelle un acte judicaire ou extrajudiciaire est portée à la connaissance de son destinataire. » En toute logique la notification fait intervenir deux parties à savoir l'expéditeur et le destinataire. Et c'est le cas lorsque le banquier prêteur est différent du banquier teneur de compte.

En revanche, il est difficile d'admettre que l'expéditeur soit en même temps le destinataire de la notification ou plus précisément que le banquier préteur, étant en même temps le banquier dépositaire des fonds, se notifie à lui-même la prise de la garantie. (L'exemple le plus rarissime est à trouver dans l'hypothèse où le créancier fait une saisie conservatoire ou attribution de créance entre ses propres mains). Ce qui ne nous semble pas être l'esprit du texte si nous poussons la réflexion sur les dispositions de l'art 91 alinéa 2 relatives aux conditions de réalisation de la garantie en cas de défaillance du débiteur.

En effet, cet article précise « ***qu'en cas de défaillance du débiteur et huit jours après que le constituant en ait été dûment averti, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayées »***. Alors de deux choses l'une : soit la remise des fonds est faite par un établissement de crédit autre que le banquier prêteur dans ce cas la thèse de l'existence d'un rapport triangulaire est bien confortée ; soit la remise des fonds est faite par la banque elle-même qui est à la fois banque prêteur et banque dépositaire des fonds.

En définitive, à notre humble avis, même, si le législateur n'a pas voulu expressément consacrer une autre innovation à côté de celle de l'Agent de sûreté (innovation dans le nouvel acte uniforme), il en a néanmoins posé les jalons de l'institutionnalisation de l'agent de fiducie. Cette forme de gestion externe de garanties reçues de la clientèle portant sur des sommes d'argent est très connue de la plupart des systèmes juridiques anglo - saxon. L'utilisation de certaines expressions renvoyant au rapport triangulaire décrit pus haut nous conforte dans notre position. D'ailleurs, le choix de l'intitulé de la garantie (transfert de fiduciaire de sommes d'argent) fait le législateur de n'est pas fortuit.

Autres aspects limitatifs de la réforme : le fait de soumettre la presque totalité de toutes les garanties portant sur les meubles corporels et incorporels au régime de l'inscription au RCCM.

II.SYSTEMATISATION DE L'INSCRIPTION DES GARANTIES

A l'exception du nantissement de compte de titres financiers et le gage avec dépossession, toutes les autres garanties prévues par le nouvel acte uniforme, doivent faire l'objet d'une inscription au RCCM. A défaut de l'accomplissement par les créanciers d'une telle formalité, ces derniers ne peuvent se prévaloir leur privilèges vis-à-vis des tiers.

Le choix fait par le législateur de soustraire le gage avec dépossession au régime de l'inscription au RCCM est parfaitement compréhensible car le bien n'est pas entre les mains du débiteur mais entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties.

En revanche, concernant le nantissement du compte de titres financiers, nous ignorons les raisons qui sont avancées par le législateur de l'OHADA pour justifier une telle exception ? Est – elle due au fait que la prise de cette garantie fait appel également au droit boursier dont les dispositions ne sont pas forcément maîtrisées par les utilisateurs de cette réforme? En tout cas, sans risque de se tromper il ya eu deux poids deux mesures sur cette position du législateur. Certainement, des explications seront apportées sur cette question.

En attendant, il convient d'énoncer que les aspects limitatifs de cette réforme peuvent être surtout appréhendés à d'autres niveaux différents de cette systématisation à l'inscription des garanties au RCCM. Il s'agit entre autres :

Du fonctionnement et de la gestion des greffes dans l'espace OHADA. Le problème majeur auquel sont confrontés les greffes de l'espace OHADA est leur informatisation. A ce sujet, il ne faut point se faire d'illusion, la réussite de cette réforme passe nécessairement par cette informatisation et une bonne sensibilisation des utilisateurs de ces textes.

De même, les différents Etats membres de l'OHADA gagneraient à revoir les coûts parfois jugés trop exorbitants que supportent les clients des établissements de crédit. En effet, à titre d'exemple, un client qui accepte de consentir en faveur de sa banque une sûreté sur son dépôt à terme en couverture de ses engagements supporte un pourcentage calculé suivant le montant de la garantie ; ce qui constituera à coup sûr une situation très embarrassante pour les banques qui doivent recourir à cette forme de garantie en convainquant leurs clients leur obligation de supporter ces nouveaux frais. Autrement dit, le recours au nantissement de compte bancaire suivant les dispositions de l'article 136 et suivant du NAUPOS passe nécessairement par l'inscription de cette garantie sous peine d'être inopposable aux tiers.

A cela s'ajoutent des réalités sociologiques que les acteurs de cette réforme ont malheureusement ignoré à travers cette volonté de soumettre, par exemple, la garantie sur le dépôt à terme à l'inscription au RCCM à travers sa notification au fichier national mais surtout régional .Effet, l'inscription de cette garantie au RCCM a également pour conséquence à travers la notification faite par le greffier suivant les dispositions de l'article 52, au fichier national et partant du fichier régional tenu auprès de la Cour Commune de justice et d'arbitrage à Abidjan, une forme de publicité sur la consistance et le titulaire de ce dépôt à terme .

Or, les populations africaines de manière générale rechignent souvent à révéler la consistance de leur patrimoine surtout lorsque il s'agit des questions qui tournent autour des sommes d'argent qu'elles confient à leurs banque même si l'origine est tout à fait licite. Cette attitude de ces populations est la consécration d'un slogan très ancien qui dit : « pour vivre heureux, il faut vivre caché » ou alors » l'argent ne veut pas de bruit » même si les institutions financières ne doivent pas tomber dans ce type de piège qui peut souvent servir de moyens pour certains de leurs clients à blanchir leurs avoirs dans leurs livres.

Cela dit, nous avons également noté que le législateur de l'OHADA à travers ces innovations vient d'alourdir malheureusement le lourd fardeau que doivent supporter les greffes avec la consécration de l'obligation de notification de l'inscription ou du refus d'inscription au débiteur ou au constituant de la garantie. En effet, l'art 54 du NAUPOS dispose que « ***l'inscription ou le refus d'inscription est également notifié par le greffe ou par l'organe compétent dans l'Etat Partie, au débiteur ou au constituant de la sûreté s'il n'est pas le débiteur. Cette inscription ou ce refus d'inscription peut, dans un délai de huit jours à compter de sa notification , faire l'objet d'un recours du débiteur ou du constituant selon le cas, devant la juridiction compétente, ou devant l'autorité compétente dans l'Etat partie, statuant à bref délai »***

En respectant une telle formalité imposée au greffe avec toutes les difficultés liées à l'insuffisance de moyens à laquelle est confrontée cette institution, force est d'admettre que cela va entrainer un impact très négatif sur la qualité de relation entre les institutions financières et leur clientèle surtout lorsque l'achèvement de toutes ces formalités est une condition suspensive à la mise en place du financement.

Dans le même registre des innovations, le législateur a supprimé les formalités d'enregistrement des contrats constitutifs de sûretés mobilières. De même, la production de

contrat enregistré ne doit plus être exigée par le greffier qui ne doit désormais se contenter que du bordereau d'inscription. Cependant, cette nouvelle mesure se heurtera dans la pratique à la réticence parfois même injustifiée de certaines administrations étatiques notamment celles fiscales pour la raison simple que les formalités d'enregistrement des contrats sont l'une des nombreuses niches de recettes.

III - Les MODALITES DE REALISATION DES GARANTIES HYPOTHECAIRES

En dehors de la procédure de saisie immobilière déjà prévue l'ancien texte, le législateur de l'OHADA vient de consacrer pour les créanciers hypothécaires à travers les articles 198 à 200 du NAUPOS deux autres voies de recouvrement de leur créance à savoir la demande d'attribution judiciaire de l'immeuble et l'insertion de pacte commissoire dans les actes constitutifs de garantie.

En effet, La demande d'attribution judiciaire de l'immeuble, objet de la garantie est désormais reconnue au créancier hypothécaire à condition qu'elle ne soit la résidence principale du Constituant. Autrement dit, les créanciers ne peuvent solliciter l'attribution judiciaire que pour les résidences secondaires du ou des constituants. Cependant, en l'absence de critères définis par la loi, il n'est toujours pas facile dans la pratique d'identifier la résidence secondaire surtout lorsque l' on ' est en face d'un constituant ou d'un débiteur de mauvaise foi. C'est le cas par exemple d'une personne qui a plusieurs résidences dans les quelles vivent ses propres épouses et ses enfants. C'est le cas également lorsque le seul immeuble que détient le constituant n'est pas occupé par ce dernier mais fait l'objet d'un bail à usage d'habitation.

Sur le même registre nous estimons que bien au contraire qu'il serait plus logique et plus équitable de ne pas exclure la résidence principale de l'attribution judiciaire si toutefois on améliore les conditions de forme de sa réalisation pour préserver davantage les intérêts du débiteur. En effet, le fait que le débiteur soit conscient du risque de voir perdre son bien par cette voie beaucoup plus simplifiée mais tout de même acceptée par elle même , l'inciterait sans doute à davantage à respecter ses engagements et par la même occasion à encourager les banques à faciliter l'accès au crédit. Au demeurant, ce remboursement opéré par cette voie ne peut en aucun constituer un avantage pour la banque car l'on ne peut ignorer que les ressources immobilisées pendant tout le temps que va durer une procédure de recouvrement ne sont jamais compensées ni par le décompte des intérêts de droit encore moins par une plus value de cession. N'a-t-on pas coutume de dire que la garantie est un accessoire au remboursement du crédit ; le banquier aura forcément échoué dans sa politique d'appréciation du risque sur le client si le remboursement se fait par la garantie et non par l'activité de ce dernier. En d'autres termes, en se faisant rembourser soit par la banque a pris le risque de parier sur un client en mettant à sa disposition des fonds provenant de tiers avec lesquels il n'est établi qu'une relation de confiance. Cette situation fort préjudiciable pour l'équilibre des fonds et la rentabilité de la banque se caractérise souvent par une dotation aux provisions q' un Directeur Général qualifie de prime octroyée au mauvais payeur. L'expérience douloureuse de la crise des banques dans l'espace UMOA dans les années 80 ainsi que le volume impressionnant des portefeuilles douteux et litigieux des

banques notées à ce jour sont autant de facteurs qui nous autorisent à penser que la banque ne doit pas prendre plus de risque que son client.

Concernant le pacte commissoire, il faut d'emblée noter qu'il constitue également une des innovations majeures de cette réforme mais dont l'application soulèvera sans doute de difficultés pour les banques.

Mais que signifie pacte commissoire ?

Selon le lexique juridique élaboré sous la direction du Professeur Rémy Cabrillac, il est considéré comme étant une clause qui confère au créancier, titulaire d'une sûreté la faculté de s'attribuer par avance de plein droit, la propriété d'un bien de son débiteur en cas de non paiement à l'échéance.

Cette innovation traduit la volonté du législateur d'aider les institutions financières à contourner les difficultés liées à la longue durée des procédures de saisies immobilières ainsi que leur complexité et leur incertitude. La possibilité d'insérer un pacte commissoire dans les actes constitutifs de garantie portant sur un bien immobilier est désormais reconnue par les nouveaux testes de l'OHADA.

Cette possibilité est cependant assortie de dérogations et de conditions qui peuvent à notre humble avis susciter peu d'intérêt pour les établissements financiers à recourir à cette forme alternative de remboursement de leur crédit. En effet, le législateur précise bien que le pacte commissoire n'est admis que si :

Le constituant est une personne physique ou morale immatriculée au RCCM.

L'immeuble n'est pas à usage d'habitation.

C'est ainsi que le pacte commissoire n'est nous avons relevé que la résidence principale est exclue de l'objet du pacte commissoire. Autrement dit les résidences à usage d'habitation ne peuvent faire sont d'office exclue principale ou seule la résidence secondaire peut faire l'objet d'un pacte commissoire dans les actes constitutifs de garantie.

Qu'à cela ne tienne, malgré cette initiative du législateur de l'OHADA, nous avons également noté quelques difficultés que peuvent rencontrer les institutions financières et qui sont de nature à les décourager à recourir à cette forme de réalisation de garantie hypothécaire. Nous avons entre autres :

La désignation de l'expert par voie judiciaire au moment de la réalisation du pacte commissoire portant sur un immeuble appartenant au débiteur ou au constituant prévue par l'article 200 du NAUPOS. Cette disposition risque d'enlever tout intérêt que peur avoir tout créancier à recourir à cette forme remboursement de sa créance d'autant plus qu'il doit faire face non seulement au contentieux de recouvrement mais surtout au contentieux lié à la valeur de sa garantie. De même l'obligation faite au créancier de rétrocéder ou de consigner la somme excédant le montant les engagements de son débiteur n'est pas de nature à motiver les institutions financières. En effet, les comptables diront que l'impact que peut avoir le

remboursement en trésorerie et celui en nature (adjudication d'un immeuble par exemple) n'est pas le même dans une compte d'exploitation d'une institution surtout lorsque celle –ci s'oblige

Une autre difficulté peut également surgir lorsqu' il s'agit de déterminer la date de cette restitution tel que exigé par l'article 200 du NAUPOS. En effet, si sur le plan juridique ce problème peut être facilement réglé avec comme point de départ la mutation au nom du créancier, il reste que sur le plan comptable, la solution est assez difficile à trouver et même à justifier. En effet, la gestion comptable d'un remboursement en sommes d'argent est très différent de celui en nature .Cela est d'autant plus embarrassant pour le banquier lorsqu' il doit effectuer entre les mains du constituant ou de créanciers un reversement pour un surplus de remboursement effectué par son client alors que le bien n'est pas encore ou risque de ne jamais être revendu (crise économique et baisse du pouvoir d'achat des populations , réalités sociologiques sur les biens saisi et appartenant à autrui etc …..) A cela s'ajoutent pour le banquier d'autres charges induites par la gestion de ces immeubles acquis par voie de réalisation qui peuvent constituer une limite au recours du pacte commissoire.

En définitive nous retiendrons que le législateur de l'OHADA a voulu à travers cette réforme mettre à la disposition des établissements de crédit une nouvelle gamme de sûretés pouvant leur permettre de se prémunir contre le risque de défaillance de leur clientèle.

Cette innovation se traduira dans la pratique notamment :

- par une technique de gestions de sûretés, avec la consécration de l'Agent de sûretés ;
- par une exigence de publicité pour renforcer la sécurité des tiers avec la quasi soumission de toutes les sûretés mobilières aux formalités d'inscription au RCCM.
- par l'admission du pacte commissoire comme mode alternatif de réalisation de garantie portant sur les immeubles et les meubles.

Cependant, malgré ce mérite qui doit être quand même reconnu aux initiateurs, force est de reconnaître au vu des aspects que nous avons jugés limitatifs et que nous avons recensés au cours de nos développements, que l'application de cette réforme ne peut être optimisée sans que des efforts supplémentaires ne soient faits par les Etats membres. A ce titre nous pouvons en citer quelque uns à savoir :

Doter les services de l'administration de la justice mais surtout des greffes de moyens humains et logistiques pour une bonne prise en charge des toutes les tâches qui leurs sont dévolues dans le cadre de cette réforme. De même cette dotation doit être accompagnée d'une bonne politique de formation et de sensibilisation de tous les utilisateurs de ce nouvel acte uniforme. D'ailleurs sur ce point précis nous tenons à saluer la belle initiative des bailleurs de fonds tels que la banque mondiale qui a commencé à organisé des sessions de formations à l'intention des personnes cibles de cette réforme. C'est le cas du séminaire organisé récemment à BAMAKO qui a vu la participation de juristes de banques de certains pays de la sous région dont le Sénégal).

Veiller à une bonne application de ces nouveaux textes qui vont certainement entrer en contradiction avec certaines dispositions nationales) notamment le respect par les administrations fiscales de la suppression des droits d'enregistrement sur les contrats de garantie.

Harmoniser ces nouveaux textes avec les dispositions de l'UMOA qui régissent l'activité bancaire. D'ailleurs, nous sommes persuadés qu'il s'agit de l'équation la plus délicate à résoudre pour les établissements de crédit. L 'interprétation et l'application des dispositions sur le transfert de fiduciaire de sommes d'argent en est une parfaite illustration. A ce sujet, l'intervention de la Cour Commune de Justice d'Arbitrage sera nécessaire pour préciser le sens de ces dispositions.

Telles sont les quelques mesures urgentes à prendre pour une bonne compréhension et partant une bonne application de cette réforme qui pourra nourrir les ambitions des initiateur de ce texte et justifier l'argumentaire de Monsieur Yondo BLACK expert à la Banque Mondiale, selon lequel « un pays qui n'a pas de régime efficace et effectif sur les opérations garanties risque de se priver de précieux avantages économiques »

Conseils à un jeune avocat

Pierre BOUBOU

Docteur en droit. Avocat au Barreau du Cameroun,

Enseignant-chercheur associé. Université de Douala/Cameroun

&

Marie-Colette KAMWE MOUAFFO

Docteur en droit

Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat (Montpellier).

Enseignant-chercheur, Université de Ngaoundéré/Cameroun

Que dois-je faire pour réussir ma carrière d'avocat et plus généralement ma vie ? Cette question que pourrait se poser tout jeune avocat est légitime dans ce contexte caractérisé par le changement, une perpétuelle remise en cause et le savoir doublant dans les domaines de pointe tous les 72 jours. Selon la vision futuriste de M. Jacques ATTALI (*Brève histoire de l'avenir. Le Livre de Poche (nouvelle édition), Paris juillet 2011*). Le jeune juriste sait que son espérance de vie va approcher 100 ans, que les lois seront de plus en plus remplacées par les contrats et que les arbitres se substitueront de plus en plus aux juges. A ces données, il faut ajouter l'arrivée sur le marché du droit d'un nombre de plus en plus élevé de nouveaux confrères bien formés. Il faut également tenir compte du regard des autres : dans l'imaginaire populaire, l'avocat est souvent représenté comme un être vénal, intéressé et sans scrupules. Les arguments de procédure qu'il présente sont perçus dans le public comme des artifices qui empêchent la manifestation de la vérité. On pense qu'il utilise sans vergogne toutes les ficelles de la procédure pour faire triompher des intérêts privés. Cette image domine au point qu'il est difficile au public de remarquer un avocat qui s'oppose aux institutions judiciaires injustes avec détermination, conscient qu'il s'expose à payer de sa vie.

Dans ce contexte, l'avocat qui aspire à une vie réussie doit s'y préparer. Selon une vision que nous souhaitons partager dans cette rubrique de pratique professionnelle, une vie d'avocat complète et achevée a trois dimensions : *la longueur, la largeur et la hauteur.*

La longueur de la vie est la démarche intérieure de chaque homme en vue de ses fins et ambitions personnelles, le souci intérieur pour le bien-être et la réussite. C'est une vision de la maximisation de son talent et de la lutte contre sa médiocrité et sa paresse. Cette longueur s'apprécie principalement au regard de tout ce que l'avocat est disposé à investir pour accroitre ses potentialités et atteindre les objectifs qu'il s'est lui-même fixés. Il y a également dans la nécessité de travailler à la qualité de la longueur de sa vie, d'œuvrer à améliorer celle des autres car les limites comme l'envergure d'un confrère s'étendent sur toute la corporation.

La largeur de la vie est la préoccupation constante pour le bien-être d'autrui. Aujourd'hui, il est commun de distinguer l'avocat de « l'être » de l'avocat de « l'avoir », du fait certainement de l'avènement des avocats d'affaires, dont l'intervention est tournée aujourd'hui vers la sauvegarde des investissements ce qui semble supplanter la défense des libertés individuelles. Seulement, aucun avocat n'est personnellement sollicité par l'avoir. Toute démarche de sollicitation de l'avocat a pour point de départ l'Homme, même si le bénéficiaire final pourrait ne pas être une personne physique, mais une personne morale. Ainsi, envisager la largeur de la vie de l'avocat, invite à apprécier la part du travail sur soi-même qu'il est prêt à effectuer afin de mettre l'homme au cœur de son travail. C'est le lieu de rappeler que l'avocat est, dans ses premières heures, le défenseur de la veuve et de l'orphelin, celui qui reste présent même lorsque le vide se crée ou est organisé autour d'une personne. Ce n'est pas sans raison que l'article 7 de la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, comme l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et l'article 11 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme prescrivent l'effectivité de la défense pour toute personne. Mais le bien être d'autrui que la largeur de la vie de l'avocat nous conduit à envisager ne s'arrête pas au client. Il s'étend à la grande famille des autres juristes qui contribuent, chacun pour sa part, à la mission de la Justice. L'avocat est donc tout aussi invité à créer et à conserver des relations particulièrement saines tant avec ses confrères, avec les membres du corps judiciaire, qu'avec les autres auxiliaires de justice et officiers ministériels.

La hauteur de la vie est l'élévation spirituelle de l'avocat et la prise en compte de celle-ci dans l'exercice de sa profession. D'ailleurs, il est impossible d'occulter la part que la religion chrétienne accorde à l'Esprit-Saint, ultime don du Christ aux hommes avant son départ, Esprit-saint qui sera, devant le Créateur, notre « défenseur ». Une lecture minimaliste commande d'y voir le caractère indispensable de la défense, même devant Dieu, pourtant reconnu par toutes les religions monothéistes comme Miséricordieux, tous fautifs que nous sommes, les uns, les autres. Mais, une lecture plus approfondie invite l'avocat à voir dans cette corrélation, une sacralisation de sa mission. Il y a, au regard de cette corrélation, une dimension salvatrice dans l'intervention de l'Avocat. Elle n'est plus uniquement spirituelle. Nombre d'avocats et notamment d'avocats des Droits de l'Homme luttent, notamment aux côtés d'Amnesty International, association apolitique fondée en juillet 1961 par Peter BENENSON, avocat anglais, contre les homicides politiques, les disparitions, la peine de mort, la torture et la trop grande famille des peines inhumaines et dégradantes, déterminés par ailleurs à sortir de prison tous les prisonniers d'opinion (*AMNESTY INTERNATIONAL. Rapport 2004. P. 36*). Cependant, en raison de la nature profondément laïque de la revue dans laquelle cet article sera publié, nous nous limiterons aux deux premières dimensions, la *longueur* et *la largeur*. Néanmoins, l'honnêteté intellectuelle commande de rappeler, selon une figure tirée de l'Histoire des origines de cette noble profession, que « l'avocat est un clerc (*membre du clergé, ajouté par nous, d'ailleurs, la robe de l'Avocat, taillée comme une soutane reste l'uns des vestiges de cette dimension cléricale historique)* puisant dans sa vocation son éthique professionnelle » (*J. HAMELIN et A. DAMIEN, les règles de la profession d'avocat. 9ème éd. Dalloz. 2000, p. 3*).

Ainsi, la longueur et la largeur de la vie de l'avocat permettent de revisiter les conditions d'une vie professionnelle réussie, tant pour soi-même que pour les autres : on n'est jamais heureux tout seul.

Les règles professionnelles placées sous la bannière de la déontologie constituent le minimum exigible envers tout avocat. Seulement, enseignées comme des droits et obligations pour celui-ci, ces règles ont perdues de leur quintessence, pour devenir de simples commandements professionnels légaux qu'il s'agit de respecter pour être au-dessus de la critique voire des poursuites tant disciplinaires que judiciaires. Cependant, notre approche d'une vie professionnelle réussie, concernant ce professionnel, met les prescriptions du serment au cœur des conditions *sine qua none* de cette réussite : il faudrait les rappeler, et ce faisant, attirer l'attention sur l'identité des exigences prescrites dans le serment de la plupart des Etats francophones : « Je jure comme avocat d'exercer mes fonctions avec *dignité*, *conscience*, *indépendance*, *probité* et *humanité*». Cependant, si respecter la déontologie permet d'exercer convenablement son activité, travailler à la longueur et à la largeur de sa vie conduit, en poussant les prescriptions du serment à un haut degré d'exigence, de l'exercer avec plénitude. Il y a dans la convenance un souci de tranquillité personnelle et dans la plénitude, une exigence de perfection.

LA LONGUEUR DE LA VIE DE L'AVOCAT : LA QUALITE PROFESSIONNELLE

Comme précédemment définie, la longueur de la vie de l'avocat caractérise l'effort personnellement mis en œuvre afin d'assurer l'optimisation de son talent. La matière première de l'avocat, c'est la matière juridique. Le droit est une science. Et à ce titre, le jeune avocat doit rester en quête permanente de cette science. Son talent naturel comme ses connaissances juridiques doivent être constamment nourris afin d'en tirer le profit maximal. De même, et peut être est-ce là le vrai point de départ, il s'impose quotidiennement de lutter contre son ignorance personnelle et celle de ses confrères.

A- Lutter contre son ignorance et maximiser son talent

La mission de l'avocat a une dimension sacrée indubitable : servir la JUSTICE. Il doit rendre ce service avec passion : personne n'a jamais apporté à l'humanité de contribution importante sans un sens élevé du but et une détermination acharnée. Longfellow a écrit : « Les sommets vaincus par les grands hommes ne furent pas atteints d'un coup; mais quand leurs compagnons dormaient ils montaient en peinant dans la nuit » (cité par Martin Luther KING dans « La Force d'Aimer », édition Casterman, Belgique, Octobre 1976, 16ème édition Traduit de l'américain Jean Bruls, p.118). La justice humaine est peu stable, elle est mouvante et dispersée : elle doit être constamment recherchée. L'avocat, qui donne au juge matière à appréciation, doit être au fait de sa science. Tel Badinter se battant quasi physiquement contre la peine de mort, dans un contexte où les moyens de droit semblaient imperceptibles, maximiser son talent doit être pour l'avocat une obligation professionnelle constante. Phénomène quasi universel, justifié par la nécessité d'adapter chaque droit à sa société, la mutation constante du droit, qui a pu faire écrire, concernant le système français, que celui-ci souffrait de « réformite aiguë » : (*en référence, pour l'exemple, à la réforme des universités engagée en France en 2009 par le Gouvernement SARKOSY, trois universitaires signent :*

« Loi PECRESSE : « La réformite aiguë ». B. Beckermann et al., Lille, le 16 novembre 2007. www-gat.univ-lille1.fr), invite l'avocat à une formation continue, à une documentation actualisée, et pour plus d'efficacité voire de crédibilité, à une spécialisation.

La formation continue

Une fois sorti de l'université et plus tard, du Cabinet de son parrain, parcours règlementaire de la grande majorité des avocats des Etats membres de l'OHADA, l'avocat s'efforce de s'assurer de la connaissance du droit constant. Rien ne vaut les séances studieuses de mise à niveau. Les amphithéâtres sont libres d'accès. Certes, l'avocat se donne les moyens de réussir. Cependant, la mission de justice est une des fonctions régaliennes de l'Etat. Il lui revient d'assurer cette mise à niveau de l'avocat, notamment par le financement de la participation aux séminaires nationaux et internationaux. Les barreaux africains apportent leur contribution à cette intervention étatique. L'OHADA a mis en œuvre d'immenses projets forains de formation des avocats dans les Etats membres. Ces formations sont aujourd'hui renouvelées du fait des dernières réformes issues du traité OHADA révisé à Québec le 17 octobre 2008. Effectivement, l'avocat ira chercher la connaissance, jusqu'en Chine, s'il le faut...comme l'a dit le prophète MOHAMED. Cependant, la modernité et l'efficacité commandent d'institutionnaliser la formation continue des avocats. Cette proposition contient une double exigence : créer un Institut de formation continue mais aussi imposer celle-ci comme une obligation professionnelle des avocats. En effet, la volonté personnelle de l'avocat devrait suffire, selon l'esprit du présent propos. Cependant, cette volonté n'est pas ni universellement partagée, ni toujours réalisable, au détriment premièrement des justiciables et globalement de toute la science juridique.

A côté du droit OHADA, la floraison des nouveaux systèmes juridiques CEMAC et UEMOA, voire CEEAC, CEDEAO, presque tous dotés d'un principe de primauté, vient renforcer l'arsenal national et constituent autant d'éléments scientifiques nouveaux dont la connaissance n'est jamais optionnelle. Ainsi, c'est sans conteste que nous acceptons ces conseils avisés de SENEQUE : « *Etudie, non pour savoir plus, mais pour savoir mieux*» et allant plus loin sur l'éloge du savoir, Auguste COMTE écrira : « « *Savoir pour prévoir, afin de pouvoir* ». Cela va sans dire, la formation continue touche au droit, mais aussi à l'usage des nouveaux outils supports du droit : informatique, internet. En France, le débat sur la dématérialisation des diligences est très avancé (*d'ailleurs, cette dématérialisation est effective : sur le site internet de l'Office notarial de Baillargus, on peut lire l'annonce suivante : « Une convention a été signée par le Conseil national des Barreaux (CNB), le Conseil national des greffiers des Tribunaux de Commerce et le GIE Infogreffe, GIE éditeur du site d'information légale sur les entreprises pour étendre la modernisation de la justice commerciale à la dématérialisation des échanges entre ces différents acteurs », publié le 14 décembre 2011).*

Pour accentuer l'intérêt d'une formation constante de l'avocat, on notera des illustrations particulièrement décevantes au regard de la qualité de la jurisprudence, qui ne laissent pas de penser à la compétence de certains avocats intervenant dans ces différentes causes. La méconnaissance des règles CEMAC sont à l'origine d'un abondant contentieux rendu sur

fond d'irrecevabilité, spécialement dans le cadre du droit de la fonction publique communautaire (*Contentieux de la fonction publique communautaire : ARRÊT N° 001/CJ/CEMAC/CJ/04 Du 18/03/2004 ; Affaire: GALBERT A. ETOUA C/ CEMAC, Défaut de saisine préalable du Comité consultatif de discipline : requête en annulation irrecevable), ARRET N°009/CJ/CEMAC/CJ/07 du 14 juin 2007. Affaire madame Jeanne Lucie LACOT C/ L'EIED, Saisine du juge sans saisine préalable de l'autorité hiérarchique : requête en annulation irrecevable ; Responsabilité des institutions communautaires : RDJ-CEMAC. N° 00. Jurisprudence : ARRET N°001/CJ/CEMAC/CJ/04 DU 18/03/2004. Affaire Galbert ABESSOLO ETOUA c/ CEMAC, note Yvette Rachel KALIEU ELONGO)*. De même, la méconnaissance des règles de répartition de compétence entre le juge CEMAC et les juges nationaux a abouti à un premier arrêt préjudiciel peu glorieux (*RDJ-CEMAC. N° 00. Renvoi préjudiciel. Arrêt n°001/CJ/CEMAC/CJ/10-11 DU 25/11/2010, Affaire Ecole Inter-Etats des Douanes C / DJEUKAM MICHEL, note Marie-Colette KAMWE MOUAFFO*). Dans les deux cas, soit il s'agit de procédures menées en désespoir de cause, soit ce sont les limites de connaissance des avocats qu'il faudrait mettre en question. Parcourant la jurisprudence de la Cour Commune de Justice d'Arbitrage de l'OHADA, on est également frappé de constater le trop grand nombre de cas d'irrecevabilité en raison des vices de procédure. *(Cf. : « Répertoire Quinquennal OHADA» 2000 – 2005 et 2006 – 2010 par Issa Sayegh Joseph, distribués au Cameroun grâce au concours de Me BOUBOU ; « La saisine de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA en matière contentieuse, guide pratique à la lumière de la jurisprudence » par Me Jérémie WAMBO, avec la préface du Pr Antoine OLIVEIRA)* Quels gâchis causés par de simples vices de forme !

Il est humainement déshonorant d'afficher des lacunes substantielles de connaissances alors qu'on se présente comme un professionnel. C'est le lieu de rappeler, à l'attention des jeunes confrères, que l'incompétence professionnelle a suscité un important contentieux tant disciplinaire que judiciaire (*en exemple : une très ancienne espèce dans laquelle l'avocat méconnait les règles de droit positif : Bourges, 27 mars 1934: Gaz. Pal. 1984, 1, 376, note A. DAMIEN)*, conduisant quelques confrères hors du Barreau. Cette jurisprudence elle-même doit être connue du jeune avocat, non pas pour cristalliser sa peur du gendarme - rien de plus déshonorant comme raison d'être - mais surtout afin qu'il garde présent à l'esprit qu'il doit préserver son nom de telles issues jurisprudentielles, évitables avec une documentation actualisée.

La documentation actualisée

La pratique de la veille juridique commence à s'imposer dans nombre de cabinets africains : l'essor d'une rude concurrence dans le domaine du droit OHADA n'y est pas étranger. On s'inspire des méthodes qui ont fait leur preuve ailleurs. Suscité par l'accroissement du droit préventif, le juridique tend à devenir une part d'activité de plus en plus dominante, notamment pour l'avocat d'affaire. L'image des bureaux dont le fond décoratif est constitué d'un impressionnant rayonnage d'ouvrages souvent encyclopédiques contribue à marquer positivement l'image de ce professionnel, qui est du reste, un « obsédé textuel » selon une expression répandue dans les milieux judiciaires. Sont visés ici les textes, en général, et non essentiellement les textes de loi. La documentation de l'avocat constitue une part importante

de son investissement financier. Jamais suffisant, souvent réédité, le document, quel que soit son support, contient la science juridique qu'il prétend présenter au prétoire en vue de la défense des intérêts de son client. Le document contient également la part de culture générale que l'avocat qui tient à s'élever doit absolument posséder : que dire de l'avocat africain qui ignore qu'il existe désormais une journée internationale en l'honneur d'un autre grand avocat, fleuron d'Afrique, Nelson Mandela ?

Plus, au-delà de la documentation juridique, l'avocat s'entoure de grands auteurs dont le goût de la lecture lui a été inculqué pendant tout le cycle secondaire à travers l'étude des classiques littéraires, africains, occidentaux, ce spécialement en année de philosophie. Inoubliable, en effet, le visionnaire Cheick Hamidou Kane, qui avait déjà compris en 1961, que « l'heure des destinées singulières [était] révolue », appelant ainsi à s'unir aux autres, comme une condition désormais incontournable de la survie et de la réussite (*Cheikh Hamidou Kane, L'aventure ambiguë. 1961*). L'avocat s'efforce de lire et de faire lire à ses collaborateurs les grands auteurs de son temps. Avant le droit, il y a la philosophie. Nos connaissances actuelles sont originellement philosophiques, pour nombre d'entre elles. Suffira-t-il ici, pour vaincre les résistances, d'affirmer avec le poète LARMATINE, qu'il y a un intérêt infini à la lecture tant et si bien que « toutes les grandes lectures sont une date dans l'existence » (*Al. de LARMATINE, Cours familiers de littérature*) ? Il reste cependant une question prégnante : que lire ? L'actualité est un fil conducteur particulièrement directif quant au choix des sujets d'intérêt. Homme de son temps et de plus en plus homme de média, l'avocat s'instruit sur les grands sujets d'actualité, sachant au demeurant que, le droit s'imposant de plus en plus, peu de questions n'appellent au moins des interrogations d'ordre juridique. Il sera certainement critiqué, voire jugé, s'il est incapable de donner un avis solide sur le « printemps arabe » ou s'il ne cherche pas à décrypter l'institution démocratique des « grands électeurs » du système américain. Mais, plus en lien avec son activité, c'est ici qu'intervient un critère, qui reste encore assez prépondérant dans la détermination de la documentation à se procurer : la spécialisation, s'il reste encore un privilège, il s'agit néanmoins d'un avantage.

La spécialisation

Il est commun de s'entendre dire que c'est le client qui détermine la spécialisation de l'avocat. Il existe cependant chez chaque avocat une sensibilité pour des domaines juridiques spécifiques. Cette sensibilité est fonction d'une somme de données sur laquelle l'éducation et la psychologie peuvent avoir un pouvoir dominant : la charge d'histoire personnelle de l'avocat, son orientation spirituelle, qui l'auront conduit, encore étudiant, à apprécier telle matière du droit plus que telle autre, et corrélativement à développer des aptitudes intellectuelles adaptées. Sur le terrain, cette spécialisation embryonnaire et empirique viendra achopper sur le constat social du faible taux de recours à l'avocat, pour se voir reléguée. L'avocat acceptera les causes qui viendront à lui.

Cependant, allant de succès en succès, ou alternant succès et échecs, l'avocat de plus en plus expérimenté se définira un champ de compétence et c'est alors qu'il pourra s'imposer une spécialisation. Celle-ci lui permet d'effectuer une sélection des matières juridiques tant dans le cadre de sa formation continue, que dans la constitution de sa bibliothèque, ainsi que la gestion des fiches de veille juridique par ses collaborateurs et par lui-même. Il convient ici d'indiquer que l'exigence consumériste d'une information de qualité du consommateur a contribué, dans les systèmes juridiques avancés, à instituer une règlementation de l'usage des spécialisations. Ainsi en France, la Mention Spécialisation dans tel domaine par un avocat est consécutive à une formation et à l'obtention d'un certificat (*Décret n°91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, Article 86 et sv*).

En tout état de cause, la déontologie commande que l'avocat n'accepte que les causes pour lesquelles il dispose d'une réelle compétence : la question de la responsabilité professionnelle n'est jamais éloignée des choix qu'effectue un avocat, *a fortiori* débutant, il doit, plus qu'un autre, avec entre autres les conseils sus développés, lutter contre son ignorance et celle de ses autres confrères : l'effet tache d'huile n'épargne pas les avocats, loin s'en faut.

B- Echanger avec les confrères

La confraternité, au sens de la déontologie, ne sera sollicitée que dans le cadre de la largeur de la vie de l'avocat. Ici, nous développons un aspect nouveau de celle-ci, celle qui invite à partager les moyens d'optimisation des talents et de lutter ensemble contre l'ignorance du groupe. Internet a largement contribué à développer ces comportements d'une grande… hauteur. Nous invitons ici les jeunes confrères à apporter aux autres les connaissances qu'ils auront conquises. Il va sans dire qu'on n'ira pas seul à une conférence, si on en a l'information. Une conférence, au demeurant gratuite, doit faire l'objet d'une grande médiatisation par un jeune confrère volontaire. Ceci ne fera qu'accroitre la largeur de sa vie (V. infra). Deux pratiques sont communes, dans lesquelles les autres confrères trouveront assurément leur compte : l'avocat qui publie et l'avocat qui communique.

1)- L'avocat, une plume aujourd'hui encore plus qu'hier

La connaissance de la dynamique du droit est certes une science des livres ; mais, sa maitrise relève d'une pratique régulière. C'est le prototype, au regard du droit, de la science d'expérimentation. L'avocat, même jeune, peut avoir à partager ; et s'il n'a rien à partager, c'est qu'il n'aura pris aucune disposition d'abord pour s'instruire, comme prescrit d'entrée de jeu, mais aussi pour avoir à donner. L'essor de la doctrine des avocats dans les revues scientifiques européens participent de cet élan du cœur dont l'éloge doit être prononcé. Ils sont principalement des commentateurs d'arrêts et/ou de nouveaux textes législatifs, attirant ainsi le regard du lecteur sur la constance comme sur le renouvellement du droit, voire sur le mauvais droit. Cet essor est d'autant plus visible en Afrique (*En exemples, nous pouvons citer un auteur régulier du JURIDIS PERIODIQUE, RENE TAGNE, avocat au Barreau du Cameroun. Entre autres interventions doctrinales, on lira avec intérêt ses analyses sur : « la loi n° 2009/004 du 14 avril 2009 portant organisation de l'assistance judiciaire : le Cameroun vers l'affirmation du droit d'accès pour tous à la justice ». JURIDIS PERIODIQUE, n° 80, Oct.-Nov.-Déc. 2009, p. 115 et sv.. Autres exemples : Me Sylvain*

SOUOP, auteur de nombreux articles relatif au droit bancaire ; Me TWENGEMBO, auteur des « formulaires d'actes de procédure OHADA » et de nombreux articles en droit fiscal ; Me IPANDA, l'initiateur de « la revue camerounaise du droit des affaires » ; le regretté Me Michel KUEMO, l'initiateur de la « tribune du droit » ; Me Mamadou KONATE qui est au douzième numéro de la revue JUIRIFIS INFO qu'il distribue gratuitement sur internet avec le concours de Me Bérenger MEUKE) que dans nombre d'Etats de l'OHADA, le statut d'universitaire, fonctionnaire, est incompatible avec la profession d'avocat, état du droit au demeurant regrettable : aurait-on idée d'interdire à un médecin professeur l'accès à la clinique ?

Le jeune avocat, idéalement accompagné, peut devenir la référence d'un sujet pour lequel il se fera le devoir d'être l'enseignant des autres. Plus près que tous de la barre, l'avocat apporte à la doctrine juridique une autre lecture, plus concrète, sorte d'interface entre les réponses jurisprudentielles et les analyses notablement théoriques de l'universitaire. Exercé à la culture de l'optimisation des talents, de cette plume exercée peut naître un auteur, véritable référence de la doctrine du droit. Nous avons, pour notre part, modestement contribué à la vulgarisation du droit dans les Etats OHADA en général (voir le Droit à la Portée de Tous publié pour l'instant au Cameroun et au Bénin, Guide Juridique de l'Entrepreneur OHADA publié dans les Etats suivants : Sénégal, Bénin, Mali, Cameroun, Tchad, Congo Brazzaville, Gabon et Centrafrique, le Guide du Réfugié Africain, etc). D'autres avocats sont devenus des références médiatiques.

2)- L'avocat, un nouveau communicateur en droit

L'essor des médias a redéfini les contours de l'intervention de l'avocat. Il domine nombre de plateaux de télévision, il disserte sur les ondes audio phoniques, il est appelé à entretenir des rubriques de pages web, ou alimente lui-même le contenu d'un site internet et/ou d'un blog ; il est sollicité pour décrypter le droit dans la presse etc. L'avocat est un communicateur des temps modernes. Le jeune avocat, vivant son temps, et aspirant à maximiser son talent, trouvera sa place dans ces nouveaux créneaux, au demeurant accélérateur de notoriété dans une profession noble qui contrôle étroite le recours à la publicité, sous peine de sanctions (Ar*ticle 78 de la loi n° 84-588 du 27 juillet 1981 règlementant la profession d'avocat en Côte D'ivoire*). Bien entendu, ces interventions sont fonction d'un talent d'orateur ou d'écriture, en tout cas de rhétorique, certes, mais surtout d'une réelle compétence et de préparation quand au fond de la communication. L'intervention médiatique n'est pas dérogatoire du droit commun des règles professionnelles. Là aussi, tout comme le prétoire, l'avocat doit intervenir avec dignité, conscience, indépendance et l'humanité. Dans ces nouvelles pratiques médiatiques qui doivent leur propre réussite au « scoop » (*Information nouvelle, exclusive et, bien entendu, sensationnelle…),* là plus qu'ailleurs, il doit veiller à ses écrits et à ses paroles, le secret professionnel le suivant partout où il va, et même après la cessation de ses fonctions (*Dans quelques pays de l'UEMOA : Article 36 de la loi n° 65-6 du 29 avril 1965 instituant le Barreau de la République du Bénin ; Article 77 de la loi n° 81-588 du 27 juillet 1981 réglementant la profession d'avocat en Côte d'Ivoire ; Article 53 de la loi n° 84-09 du 4 janvier 1984 portant création de l'ordre des avocats au Sénégal ; Article 8 de l'ordonnance n° 80-11 du 9 janvier 1980 relative a l'exercice de la profession d'avocat au Togo. Dans*

quelques pays de la CEMAC : Articles 20 et 29 de la loi 90/059 du 19 décembre 1990 portant organisation de la profession d'avocat au Cameroun ; Article 52 de la loi n° 026/92 du 20 août 1992 portant organisation de la profession d'avocat au Congo-Brazzaville. Sur l'ensemble de ces textes : BEMBA (J.) La profession d'avocat dans l'espace francophone. Principaux textes et documents. Collection JUSTICE INTERNATIONALE. L'Harmattan. 2004). De même, il veille à ne pas affecter ses obligations de loyauté, de probité, de délicatesse, ainsi et surtout son honneur et celui de l'ensemble du corps (*Article 29 de la loi 90/059 du 19 décembre 1990 portant organisation de la profession d'avocat au Cameroun*).

En somme, la longueur de la vie de l'avocat sera fonction des investissements financiers et pédagogiques nécessaires pour atteindre ses objectifs. Cette longueur pour porter des fruits durables, doit conduire le jeune avocat à chercher la connaissance, à améliorer ses aptitudes et à développer la pratique du partage des connaissances. Il se dotera des moyens intellectuels et documentaires nécessaires à la fois pour éliminer l'ignorance et maximiser ses potentialités. Ayant travaillé ces qualités, il devra dès lors, contribuer au développement personnel et professionnel de ses confrères en créant souvent par lui-même des cadres d'échanges, ou en apportant sa contribution dans les institutions et espaces déjà aménagés en vue de la disponibilité d'une science rendue digeste pour tous. Malgré tout, la qualité professionnelle ainsi acquise resterait peu bénéfique pour l'avocat s'il n'avait pas, dans le même temps, travaillé à son bien-être et à celui des autres professionnels du droit, qui comme lui, au quotidien, font de la justice un ensemble empreint de cohérence et d'effectivité. Cet aspect, dans notre vision, participe de la largeur de l'avocat.

LA LARGEUR DE LA VIE DE L'AVOCAT : LE BIEN-ETRE PROFESSIONNEL

Certes, vis-à-vis de l'avocat, la science juridique est l'attente du client, voire même du juge. Cependant, « il faut départager la science et la technique. Alors que la science porte un regard lucide sur le monde, la technique ne vise que l'efficacité. Mais E=MC2, c'est merveilleux, mais la bombe atomique, c'est désastreux. Il faut réfléchir et user de morale avant de faire la science » (*A. JACQUARD. Conférence du 4 novembre 2008. Université de Laval. Canada).* Malgré une critique ouverte contre la morale, on ne peut censurer le serment, qui invite à « l'humanité ». Aucune dimension de cette humanité ne saurait être sous estimée. Les lacunes dans l'une assombrissent assurément les autres : l'avocat précautionneux envers le juge et dans le même temps indélicat avec le confrère affiche officiellement son hypocrisie, voire son penchant au moins pour la corruption passive. L'avocat qui entend réunir les conditions de sa réussite doit être édifié sur l'urgence qu'il y a à considérer l'être-client, soigner le confrère et respecter comme un membre d'une même famille les autres juristes. Au commencement de ces conditions se trouvent des prescriptions légales, que l'avocat exigeant envers lui-même est souvent amené à sublimer.

CONSIDERER L'ETRE-CLIENT

Le client n'est pas seulement un pourvoyeur de fonds. Il n'est pas seulement celui qui fait vivre l'avocat. La considération qu'il doit à celui qui le sollicite, fort éloignée de ces critères matérialistes actuels, est résolument tributaire de l'histoire de la profession.

En réalité, le métier d'avocat est un des premiers métiers au monde à se construire sur la base d'un exercice « *libéral* ». il ne faut pas y comprendre une simple profession dictée par les règles du libéralisme économique. Dans l'une des acceptions de ce qualificatif, se cache le sens de la tolérance et de la largesse d'esprit. L'avocat est en effet, dans ses premières heures, un défenseur qui, une fois son office effectué, « peut » se voir « honoré par son client ». Cette possibilité d'être honoré traduit un paiement non automatique. Pire, il ne peut, en ces temps-là, traduire son « client » devant un juge en vue du paiement d'un honoraire. Défenseur de la veuve et de l'orphelin, son honoraire est tributaire de la fortune de ceux-ci. Ce rappel historique permet de relever un contexte aujourd'hui de plus en plus oublié. La considération que l'avocat doit à son client est d'abord humaine. C'est elle aussi qui impose à l'avocat un respect strict de ses devoirs envers ce dernier.

La considération humaine

L'avocat a envers celui que le sollicite, une première sensibilité humaine. Celle-ci n'est pas évidente : en effet, homme de droit, il a pour interlocuteur soit des victimes, qui incarnent la partie faible, soit l'auteur, qui arrive avec sa vilenie. Si naturellement nous réprouvons le mal, la faiblesse - qui est aussi un mal, en tout cas un défaut - non plus n'emporte pas l'adhésion, surtout lorsqu'elle est accompagnée de pauvreté voire de misère, et parfois par un commencement de justice privée. Aussi, la considération due à celui qui sollicite l'avocat n'est pas évidente. Mais elle s'impose, quelque soit la circonstance, en raison de l'appartenance commune à l'humanité : l'avocat, le client, auteur ou victime. Certes, cette valorisation de l'être doit s'adapter à l'obligation déontologique d'instaurer une réelle impersonalisation des relations avocat-client. Mais, du côté de l'avocat, c'est sa part d'expression humaniste qui ne peut lui être interdite.

Tout en rappelant que la clause de conscience lui permet de refuser les causes qui entre en conflit avec ses principes, l'avocat entretient en toutes circonstances une réelle estime envers son client, lequel mérite toute considération quelque soit son statut. Aussi, l'avocat évite toute attitude qui le conduise à juger son client, à critiquer ses actes et ses paroles ; et ceci ne s'apprécie pas uniquement au regard du principe d'innocence. Il se souvient qu'il est, au sens d'une éminente doctrine, « un confident nécessaire » : son attitude doit favoriser la libération de cette parole sécurisée (*DELMAS-MARTY (M.), À propos du secret professionnel, Rec. D. S. 1982, 38ème cah. Chron. XXXIX, p. 270*). Il est plus que tout autre attentif et respectueux envers l'être-client, créancier ou débiteur du droit, au côté duquel il se tient et qui, au demeurant, l'aura choisi - élu - parmi d'autres confrères.

Le client créancier : sous cette expression, nous indiquons le client qui, *prima facie*, est du bon côté du droit. Généralement demandeur, il s'agit pour l'avocat de contrôler son assurance et surtout de contenir ses demandes. Le devoir de conseil l'oblige à lui proposer une stratégie

de défense qui l'aide à faire reconnaitre son droit, et, sans compromission, d'optimiser ses intérêts juridiques.

Le client débiteur : plus que tout autre, l'avocat saura trouver la bonne parole qui amène à faire confiance au droit plutôt qu'en tout autre approche. Sans que sa considération ne se transforme en une sympathie – *sum* et *patere* : souffrir avec - que le client pourrait mal interpréter, l'avocat s'imposera d'indiquer au client sa défaillance juridique ainsi que les conséquences juridiques qui s'en suivent. Il arrive dans des cabinets des personnes éplorées : il est déconseillé à l'avocat de prendre ses clients dans ses bras, pour le consoler. Il faudrait en effet se prémunir contre les risques de personnalisation de la relation avec le client. L'avocat pourrait en perdre tout professionnalisme, spécialement sur le point de son indépendance, et/ou se retrouver en situation de conflit d'intérêts. Avoir de grands principes ne suffit pas: il faut y adjoindre de la rigueur personnelle. L'histoire de cette avocate du Barreau du Québec dénote de la difficulté qu'il y a souvent à maitriser l'avalanche des conséquences, dès lors que certaines barrières ont été franchies. Ainsi, après une séance d'audition, elle a accepté de partager un verre avec son client, la soirée s'est prolongée dans son lit ; une liaison s'est installée. Le client, trafiquant et consommateur de stupéfiants, a finalement été condamné. Après avoir partagé avec ce personnage tout ce qu'il y a de plus intime, elle n'a pas pu refuser de lui procurer de la drogue en prison, pas seulement une fois : aujourd'hui elle répond devant les instances disciplinaires québécoises (*Le Journal du Barreau du Québec. Août 2009, p. 32*). Faire passer de la drogue en prison était déjà passablement décadent ; d'autres avocats ont été sanctionnés pour avoir transféré du courrier. Assurément, « les erreurs d'éthique enterrent une carrière plus rapidement et plus radicalement que toute autre erreur de jugement ou de comptabilité » (*Robert C. Solomon, Kristine R. Hanson, La Morale en Affaires, éditions Nouveaux Horizons, 1989*). Aussi intensément qu'elle puisse s'exprimer, la considération due au client reste encadrée par le seul mandat. Il doit donc savoir s'arrêter car d'autres infractions guettent sont comportement post procès : Un avocat qui diligente une procédure abusive de voies d'exécution, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers et des adversaires comme des clients, et peut être sanctionné disciplinairement même en présence d'instructions précises de son client (*Civ., 3 nov. 1931: Gaz. Pal. 1931, 2, 852*).

Les justificatifs légaux

La considération due au client est prescrite à l'avocat par plusieurs lois. Historiquement, le serment est d'abord dans l'intérêt du client. Dans tous les cas, la plus grande attente du client reste la plénitude de la défense de ses droits dans le respect de la loi. Ainsi, le succès de son intervention prétorienne reste l'indicateur final de la considération ici prêchée. Cette intervention reste tributaire de la compétence de l'avocat. Concrètement, l'avocat n'acceptera que les causes dont le domaine juridique lui est intellectuellement accessible, à moins, comme le commande l'intelligence, de s'entourer de collaborateurs ou de consultants spécialisés.

La jurisprudence consacre aujourd'hui une obligation de compétence chez l'avocat. Elle réside certes dans la maitrise de la matière juridique de la cause, mais aussi de l'ensemble de la jurisprudence acquise, de ses évolutions voire de ses perspectives d'évolution, qu'il peut d'ailleurs impulser, lorsqu'une bonne administration de la justice l'impose. On est en droit de

considérer que les revirements de jurisprudence doivent leur impulsion à l'audace du raisonnement juridique des avocats, qui emporte l'intime conviction du juge : La défense suppose une étude approfondie: « Meilleurs juristes sont les avocats, mieux le droit peut être dit par les juges » a dit SERIAUX (*Le droit, une introduction, ELIPSES, 1997, Page 193 n°197*).

En effet, plus les arguments seront fouillés, précis, pertinents, plus la décision aura de qualités juridiques. « Les bons avocats font les bons juges; des bons avocats et des bons juges font certainement une bonne justice » a également ajouté SERIAUX dans son discours prononcé à l'audience solennelle d'installation du Président de Grande Instance de PONTOISE, (*Gaz pal. 2-3 juil. 1999 p. 24 s.*). Le Doyen Jean Carbonnier ajoute que « ce que l'on appelle la jurisprudence est beaucoup moins l'œuvre intellectuelle des magistrats que celle des avocats ». Ce sont les avocats qui, dans les conclusions et les plaidoiries, inventent réellement les systèmes nouveaux d'interprétation ou de construction juridique. Le rôle des juges est surtout de choisir entre les thèses proposées. Le juge n'est pas proprement créateur, surtout en droit civil.

Les éminents déontologues Bernard BEIGNIER, Bernard BLANCHARD et Jean VILLACEQUE conclus en affirmant qu' « *un bon avocat n'est pas celui qui cite une jurisprudence mais qui en propose une* » (*Droit et Déontologie de la profession d'Avocat, Gazette du Palais, LGDJ, 2007*).

Voici quelques cas où des avocats ont pu déterminer le juge à innover.

Dans le cas d'un accouchement difficile, a-t-on le droit de sacrifier l'enfant pour sauver la mère? Les naufragés qui refusent d'accueillir sur leur esquif une autre personne dont le poids risquerait de les faire tous sombrer commettent-ils un délit ? Les naufragés de la *Méduse* ou de la *Mignonnette qui,* ayant épuisé leurs vivres, avaient tué un mousse pour le manger afin de ne pas mourir tous étaient-ils coupables d'homicide volontaire ? Confrontés à des situations similaires ou voisines, des avocats ont fait introduire dans le droit la notion d' « état de nécessité » et de «crime nécessaire».

L'avocat d'aujourd'hui doit susciter l'avènement d'autres "Bons Juges" Magnaud, le Président du Tribunal de Château-Thierry qui défrayait la chronique par des jugements non conformistes et "humains", par exemple en relaxant une voleuse de pain ayant avoué les faits.

L'obligation de compétence se réalise au quotidien par la transmission exacte du droit positif. Pour l'accomplir, l'avocat doit avoir soigneusement travaillé à la hauteur de sa carrière, préalablement étudié dans cette étude. En tout état de cause, lorsqu'ils évoquent le non respect de l'obligation de compétence, les juges sanctionnent indirectement les obligations de diligence et de prudence. La Cour reproche à l'avocat de ne pas avoir mis en œuvre tous les moyens pour défendre utilement son client. Toutefois, l'avocat ne devrait pas voir sa responsabilité engagée en cas d'échec de sa défense lorsqu'elle a été correctement menée car il ne peut lui être, à l'évidence, demandé de garantir le succès de ses prétentions. En principe, les différentes étapes de la conduite d'un procès font donc apparaître diverses obligation qui

sont, soit de moyen, soit de résultat selon qu'il existe ou pas un aléa dans l'exécution de la mission de l'avocat.

Cependant, une évolution jurisprudentielle récente tend à faire basculer insidieusement la responsabilité de l'avocat de la faute vers le risque. Ainsi, il a été jugé que l'erreur commise par l'avocat dans le choix du fondement juridique de l'action de son client, laquelle ne peut plus être réparée à l'occasion d'une autre instance en application du principe de concentration des moyens, engage sa responsabilité professionnelle (*Cass. 1ère civ., 16 sept. 2010, n° 09-14.580, F D : Juris- Data n° 2010-016120*). Cette jurisprudence repose aussi sur l'idée que l'avocat est un professionnel du droit « investi d'un devoir de compétence » qui l'oblige à choisir le raisonnement juridique adéquat, même lorsque celui-ci repose sur une évolution jurisprudentielle récente n'ayant pas encore été étendue à la cause dont il a la charge (*Cass. lère civ., 14 mai 2009, n° 08-15.899 : jurisdata n° 2009-048152; Bull. civ. 2009, 1, n° 92 ; Resp. civ. et assur. 2009, comm. 219, note S. Hocquet-Berg; JCP G 2009, note 94, H. Slim ; JCP G 2009, doctr. 295, nO 14 et 15, obs. G. Pillet; Procédures 2009, comm. 263, note R. Perret*).

La considération due au client impose, en tout état de cause, au-delà du devoir de vérité, de respecter envers lui l'ensemble des prescriptions légales, surtout celles qui pourraient s'analyser du côté de l'avocat comme des désavantages : interdiction du pacte de *quota litis*, restitution sans délai des sommes reçues pour son compte, respect de la procédure en ce qui concerne le recouvrement des honoraires, et en tout état de cause, et même à l'issue de celle-ci, respect du secret professionnel. D'autres aspects de cette considération due au client s'expriment à travers la confraternité.

SOIGNER LA CONFRATERNITE

La force de l'avocat face aux individualités et institutions extérieures à l'avocat réside dans celle de la corporation professionnelle. C'est une loi de la nature : l'isolement est à la racine de la médiocrité. Seul, l'avocat est limité, avec les autres, il est à la fois fort plus fort et plus intelligent. L'Avocat soigne donc son sens de la confraternité certes en préservant l'image de la corporation, mais surtout en veillant à sa relation avec son confrère.

La corporation des avocats, quelque soit sa dénomination en considération des différences de système juridique, est la clé de voûte de la profession. Son action est plurielle ; mais au-delà de tout, les institutions corporatistes sont garantes des qualités humaine et professionnelle de l'ensemble des avocats, généralement portées par le Bâtonnier. Certes, à l'origine, le Bâtonnier est celui qui tient une sorte de bâton de pèlerin, signe d'une lourde charge. Il le tient à l'intérieur comme à l'extérieur, représentant la corporation devant les plus hautes instances nationales et internationales, publiques ou privées. S'il a réussi, à titre personnel, à inspirer la crainte et non la peur, il attrait à la corporation une aura positive, fierté collective de chaque avocat, qui y aura contribué par ses qualités humaines et son port professionnel. De nos jours, l'évocation laïque de ce « bâton » peut être assimilée à celle qui est présente dans l'expression « *tenir la carotte et le bâton* ». Incarnation de la juridiction ordinale, sa fonction disciplinaire officielle lui permet d'exprimer la désolidarisation du corps tout entier face à tout comportement d'un confrère qui défie son serment. Il exprime également, bien entendu,

l'impossible impunité, même si le juge, seul vraiment admis à réprimer dans un Etat de droit, peut dans certains cas, décider de la tolérance (*CA, Bordeaux, 3 juin 2003*).

Pour une prescription des plus élémentaires, le jeune avocat ne remet pas à demain la visite de courtoisie qu'il doit au Bâtonnier, ou à son représentant. Il faut rappeler aux nouveaux que la considération cardinale que tous doivent à cette pierre angulaire de la corporation lui valait jadis de recevoir la visite de courtoisie de tout nouveau magistrat (*J. HAMELIN et A. DAMIEN, les règles de la profession d'avocat. 9ème éd. Dalloz. 2000, p.2016).* Pour un avocat, un comportement digne, en tout lieu et en tout temps, assure une réelle protection de l'image de la corporation. Ainsi, dans une espèce française dans laquelle il fut saisit par un Bâtonnier, et où le juge décida autrement, la dignité de la profession a pu être considérée comme affectée par le comportement mendiant d'une consœur, mendicité certes sublimée par la pratique du concert de rue (*CA, Bordeaux, 3 juin 2003*). Pire encore, s'il a conduit en état d'ivresse, il est certain qu'il affecte doublement la profession : d'abord parce qu'il est universellement indigne d'abuser de l'alcool et même peu intelligent au regard de la santé, mais aussi parce que ce faisant, l'avocat discrédite tous les efforts publics et privés déployés en vue d'assurer la sécurité routière. La corporation peut également être affectée si l'avocat fait preuve d'antisémitisme : un avocat est en voie d'être sanctionné pour avoir ouvertement récusé un juge pour crainte d'impartialité du fait de son nom juif, tout comme celui du père de la prévenue (*CA, Lyon, 2012*). Particulièrement, ces deux dernières espèces françaises visent des comportements qui ne pourraient que s'amplifier dans nos contextes africains : l'insécurité routière est un de nos plus grands fléaux, certains Etats dont le Cameroun ayant légalisé la publicité radio et vidéo diffusées des boissons alcoolisées ; les questions tribales sont omniprésentes, voire même source de guerre civile notamment dans les Grands Lacs, tout en présentant un aspect nébuleux dans l'invocation de l'argument du régionalisme.

La relation au confrère doit être d'autant plus correcte qu'il convient de rappeler les valeurs communes qui rassemblent ces professionnels. Doivent ici être envisagées les relations normales entre avocats - dites relations en temps de paix - comme celles qui doivent exister dans des circonstances d'opposition des avocats dans un combat judiciaire. Dans tout contexte au demeurant, appelés quasiment au même destin professionnel, la défense et la promotion du droit, les avocats d'une corporation vivent leur communauté de vocation en bonne intelligence. En temps de paix (dans un contexte où aucune affaire n'oppose deux ou plusieurs avocats), ils affirment et manifestent leur respect réciproque, avec une considération spéciale pour les ainés, leur solidarité, avec promptitude. Ils se tiennent aux côtés les uns des autres, lorsque les menaces voire les attaques sont fondées. Cette solidarité aurait dû avoir une dimension internationale : les avocats de l'espace OHADA auraient pu manifester leur solidarité vis-à-vis des avocats chinois, face à ce que l'un des leurs a appelé une « humiliation », suite à la réforme de leur serment. En 2011, ce serment a été révisé pour y adjoindre un engagement « à soutenir la direction du Parti communiste afin de l'aider à maintenir le système socialiste », ce qui a été interprété comme un serment d'allégeance au parti (*www.rfi.fr*).

Dans un contexte de combat judiciaire, si les enjeux viennent à faire écran aux prescriptions professionnelles, l'honneur, et en tout état de cause, la responsabilité professionnelle, doivent

constituer le garde-fou pour tous. Aussi convient-il de rappeler deux postulats : en premier, les devoirs réciproques spécialement, la communication diligente des pièces et la correction verbale, qui doivent dominer. Malheureusement, certains invoquent au dernier moment des pièces ou des arguments nouveaux qui pourraient mettre en difficulté la partie adverse, au point qu'un auteur a pu écrire « Force est, en effet, de constater qu'un certain nombre d'avocats se font encore du combat judiciaire une idée semblable à celle du combat militaire, dans lequel l'effet de surprise serait un atout majeur » (*A. Damien, « l'avocat et la vérité », Gaz. du Palais 1984, n°335*). En second, les avocats, quelles que soient les retombées de telle affaire, doivent éviter de se compromettre envers leurs confrères et aussi envers les autres juristes, pour être bien vus de leurs clients ; le procès étant et restant la chose des parties.

RESPECTER LES AUTRES JURISTES

L'espace OHADA est composé d'Etats de droit et non d'Etats d'un droit, qui serait, en l'occurrence, le droit des avocats ou celui qu'ils sont appelés à défendre. Limitée à ceci, la profession de l'avocat n'est qu'une partie du droit statique ou dynamique. D'autres professionnels portent la charge d'autres dimensions du droit : les très respectés enseignants - chercheurs, incontournables dans l'étude et la formation continue, voire la consultation, les très dévoués auxiliaires et les officiers ministériels et la majesté des juges et assimilés.

Vis-à-vis des enseignants-chercheurs, l'avocat gagne à maintenir un contact d'échanges fructueux. Il se tiendra ainsi au courant des réformes législatives mais aussi de l'ensemble des offres de formation et d'enseignement qui restent leur apanage premier. Il se souvient qu'il leur doit sa formation initiale et continue et ne ménage pas sa considération à leur égard. Un échange proactif voudrait que l'avocat qui se veut grand d'esprit communique à tel enseignant-chercheur spécialisé dans tel domaine, les décisions de justice qu'il reçoit aux fins notamment de commentaires d'arrêts.

Vis-à-vis des autres auxiliaires et officiers ministériels, il convient de rappeler que la machine judiciaire sera d'autant plus efficace que ses différents rouages sont à la fois bien ajustés et qualitativement fonctionnels. L'avocat veillera donc à ne pas être celui qui créé un disfonctionnement dans le processus dont le client attend une issue qui l'aiderait à progresser dans ses affaires ou dans sa vie civile : la question « ai-je fait ma part ? » doit à cet égard appeler une réponse positive.

Vis-à-vis des juges spécialement, et assimilés, notamment les autorités de régulation de plus en plus nombreux, la déférence qui leur est due ne saurait venir s'arrêter devant le jeune avocat : le nouveau Bâtonnier nouvellement élu effectue lui-même une visite de courtoisie aux juges de son Ordre, selon une très ancienne pratique de courtoisie. Bien entendu, il s'agit de courtoisie et certainement pas d'être courtisan. Les relations, pourtant obligatoires entre avocat et juges, doivent arriver à tenir dans les limites de l'esprit de la loi. Les magistrats de qualité sont d'ailleurs les premiers à avoir du mépris pour les avocats courtisans.

Evoluant dans le même ressort juridictionnel, souvent anciens camarades de faculté, ces deux professionnels sont appelés à la plus haute grandeur d'âme afin que relation publique et relation privée arrivent à faire la part du droit. Devenues de pures relations humaines et

poussées hors de cette limite, elles ouvrent la porte à des critiques qui peuvent devenir des arguments solides de partialité, et partant de conflits d'intérêts. D'un autre côté, le conflit des privilèges et immunités entre ces deux professionnels obligent à une réelle finesse comportementale spécialement de l'avocat, professionnel libéral qui doit répondre du résultat de son action auprès de son client. Ainsi, veillera-t-il avec autorité à se faire entendre, dans le temps qui lui semble idoine, notamment lorsqu'il plaide, autant qu'il se mettra au dessus du délit d'audience.

Il est possible de conclure ce propos par deux idées fortes : la nécessité d'un souci fraternel et actif pour le bien-être des autres et la détermination à laisser des empreintes indélébiles dans l'histoire.

L'expérience personnelle accumulée en 33 années d'exercice de la profession d'avocat par l'un des auteurs du présent article est que la bonté est une vertu épanouissante et un facteur de succès décisif pour l'avocat. Des scientifiques et des sociologues ont démontré que ceux qui évitent une compétitivité excessive opèrent un choix intelligent. Un tel comportement est bénéfique : il réduit le stress, préserve de l'anxiété et de la dépression, renforce nos défenses immunitaires, nous rend plus efficaces dans notre travail d'avocat, plus affirmés dans nos relations. Ce n'est pas en écrasant les autres qu'on réussit le mieux, c'est même exactement l'inverse !

Peu importe l'ingratitude : Comme l'a dit un jour feu Maître NGONGO OTTOU, les justiciables sont souvent des ingrats. Cet éminent juriste connaissait bien les justiciables pour avoir été président de Cour d'Appel et ensuite Avocat au barreau du Cameroun. Quand l'Avocat gagne, le justiciable soutien généralement que c'est son œuvre. Quand il perd, c'est parce que l'Avocat ne s'est pas convenablement acquitté de sa mission. Cette ingratitude ne doit pas nous décourager. Ne soyez pas ébranlés si vous êtes intimement convaincus de vous être acquitter au mieux de votre mission. De plus, une minorité, même infime, sera reconnaissante. Plus généralement comme l'a dit un sage que nous citons de mémoire, « l'âme des choses prend sur elle-même de garantir l'exécution de tout contrat, de sorte qu'un honnête service ne peut aboutir à une perte…. Plus le paiement est différé, mieux cela vaut pour vous…».

Exemples d'engagement pour des justes causes

Un exemple concret valant mille leçons, nous citerons ici quelques uns parmi les multiples avocats ayant marqué l'Histoire, ici et ailleurs, parfois au prix de leur vie.

- **Maître Abdoulaye WADE** a conquit le pouvoir politique au Sénégal par les urnes à partir de son cabinet d'avocat ;

- **L'Avocat Indien GANDHI,** a enseigné comment lutter contre l'injustice sans cesser d'aimer, comment « ne pas abandonner l'injuste à son injustice car il est mon frère et nous sommes solidaires ». (cf. « Prier 15 jours avec GANDHI », par Joseph PYRONNET et Charles LEGRAND, éd. Nouvelle citée, 1998). De l'avis des voies les plus autorisées, son assassinat par un intégriste Hindou intervenu le 30 janvier 1948 ne fut pas un échec dans la

mesure où - la non violence qu'il a payé de sa vie a expiré avec succès des combats réussis tels que celui du pasteur Martin Luther King et celui de Lanza Del Vasto.

- **Le combat de l'ancien Avocat Nelson MANDELA** pour l'égalité raciale en Afrique du Sud a fini par triompher dans la mesure où après 27 ans d'emprisonnement, il est devenu chef d'Etat et s'est vu attribuer le prix Nobel de la Paix. Mieux encore, alors qu'il était au sommet de sa gloire, il a cédé librement le pouvoir.

- **Robert Badinter,** Avocat et homme politique français reconnu pour son combat contre la Peine de Mort, qu'il réussira à faire abolir le 30 septembre 1981. Il défend également avec ardeur les droits des homosexuels et reste l'auteur du nouveau code pénal. Grâce à sa ténacité, son client Patrick Henri a échappé à la peine de mort ;

- **Gisèle Halimi,** née en Tunisie en 1927, Féministe proche de Jean-Paul Sartre et de Simone de Beauvoir. Elle a milité pour l'indépendance de son pays et contre les tortures infligées par l'armée Française ;

- **Jean-Denis Bredin,** Avocat et écrivain français, il est connu pour sa défense des grandes causes historiques, ce qui lui a permis de devenir membre de l'Académie Française en 1989.

D'autres exemples nous ont été légués par des non avocats. C'est le cas d'Emile Zola qui s'est particulièrement distingué dans la défense du capitaine DREYFUS, accusé à tort de trahison. Comment s'empêcher de citer ici l'exemple du Pasteur Martin Luther King, qui a offert sa vie pour que soit traduite dans les faits l'égalité raciale proclamée par la constitution Américaine, égalité qui a conduit à la double élection de Barack OBAMA à la tête des Etats-Unis d'Amérique. (Prix Nobel de la paix 1964, assassiné le 04 Avril 1968 à Atlanta au moment où il organise une « marche des pauvres » qui portera à Washington la plainte de tous les défavorisés, Noirs et Blancs.)

Les professionnels contemporains suscités prolongent aujourd'hui la dynastie du mérite, favorisée à son époque par Voltaire. Une expérience variée lui a permis d'acquérir la sagesse de l'homme juste et la générosité du défenseur des persécutés : même à la fin de sa vie, au lieu de prendre un repos bien mérité, il a engagé de nouveaux combats pour la justice : - en 1761, Calas, Sirven et 2 autres, tous des protestants ont été condamnés à mort par le parlement de Toulouse malgré leur innocence, en raison de leurs convictions religieuses. Deux d'entre eux furent exécutés de manière atroce : en 1766, Lally-Tollendal et la Barre furent injustement condamnés et exécutés avec barbarie ; en 1770, le procès des Monbailli envoie à une mort horrible un innocent de plus.

Ces occasions permirent au patriarche de jouer son rôle de champion de la justice et de l'humanité en même temps qu'il mettait à jour une crise profonde de l'institution judiciaire en France.

Chaque fois que Voltaire acceptait de répondre à une sollicitation, il s'emparait du dossier, l'examinait minutieusement, convoquait les survivants, les interrogeait afin d'acquérir une intime conviction, puis entrait en action et, avec le seul secours de sa plume. Avec son génie de communicateur, il inventait la campagne de presse dans le but d'émouvoir l'opinion

publique afin d'éveiller la conscience nationale et faire ressortir les criants dysfonctionnements de la justice et obtenir ainsi la cassation des jugements et la réhabilitation des victimes. S'il a échoué dans certains cas, il a atteint un succès complet dans l'affaire Calas et Sirven.

Même sur son lit d'agonie, quatre jours avant de mourir, apprenant que le Conseil du roi a cassé la sentence qui avait condamné à mort Lally-Tollendal qu'il n'avait pas pu sauver du bucher, Voltaire a dicté à l'adresse du fils du malheureux un billet souvent cité où il a exprimé sa joie et a fait inscrire ces mots sur la tapisserie de sa chambre: «Le 26 mai, l'assassinat juridique commis par Pasquier en la personne de Lally a été vengé par le Conseil du roi ».

La lutte de Voltaire érigée en apostolat a préparé des réformes indispensables et l'avènement de jours meilleurs, ceux de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen en 1789 et ceux de la Déclaration internationale des droits de l'Homme en 1948.

Ainsi, avoir foi en sa profession, croire dans sa mission et dans la grandeur du service que l'avocat est appelé à rendre à la société porte nécessairement des fruits. Puisse chacun d'entre nous dire un jour avec Voltaire : « j'ai fait mon ouvrage, j'ai vécu ».

Hommage au Professeur émérite Gérard Farjat

IN MEMORIAM

Dans la nuit du 19 au 20 novembre 2012, nous a quitté l'un des plus grands juristes français, l'émérite Professeur de droit économique, Professeur Gérard Farjat.

Le Comité de rédaction de la Revue de l'ERSUMA fait œuvre utile de la publication de ce numéro pour partager avec la communauté des juristes africains le texte qu'il avait eu la gentillesse de nous envoyer par courriel le 7 février 2010, portant une de ses rares communications sur l'Afrique et qui devait être publié dans les Actes d'un colloque organisé par notre partenaire l'INEADEC. On y retrouve toute la profondeur de la pensée du père de l'analyse substantielle.

A son épouse Alice et à ses enfants, l'ERSUMA adresse ses condoléances les plus attristées.

La Rédaction de la Revue de l'ERSUMA, ***Professeur Moussa Samb***

Réformes de droit économique et développement de l'Afrique.

In Memoriam

Gérard Farjat

Professeur émérite à l'Université de Nice

Nous avions hésité à rédiger ce rapport introductif car nous n'avons pas suivi sérieusement les pratiques et les travaux relatifs au droit du développement. Cependant les résultats du droit du développement étant ce qu'ils sont, un regard sous l'angle du droit économique, et même un regard critique ne nous était pas paru inopportun.

Nous avons été confirmé dans notre opinion critique par une observation d'un responsable africain d'un important organisme financier, observation formulée en finale du présent colloque : « les choses réellement importantes sur les carences du développement de l'Afrique tous les participants à ce colloque et à d'autres les connaissent mais ils les disent, entre eux, après les colloques.… ». Et puis, de nouvelles analyses paraissent tous les jours sur les carences du développement. Il est grand temps que s'agissant des pays qui cumulent les misères du monde, des juristes abandonnent les robes et les masques du théâtre des formes, qui sévissaient déjà du temps des sociétés coloniales.

Un regard critique amène à s'interroger **sur les possibilités** du droit économique pour le droit dernier né des sociétés développées d'apporter des réformes contribuant au développement. Avant de s'interroger sur les **stratégies** et les **méthodes**.

I. Les possibilités.

La question se pose car, à première vue, le droit économique ne parait guère appelé à soutenir le développement en Afrique. Comment une branche du droit, ou une discipline, sophistiquée, peu reconnue, notamment à Paris chez les gardiens du Temple, pourrait-elle apporter quelque chose aux pays en développement? Alors que tout paraît manquer…

L'Etat de droit est le plus souvent absent, ce qui pose question quant à l'action des Etats. Il y a quelques exceptions. (Notre communication est générale –elle est censée couvrir le continent, - chacun y prendra ce qu'il veut…).

Les carences ne concernent pas seulement l'action des pouvoirs politiques, mais les bases mêmes de la société civile, qui ont permis le développement de l'économie. L'économiste péruvien Hernando de Soto le relève dans son ouvrage - *Le mystère du capital*[1242]- et il le rappelait récemment[1243] : « *L'apport décisif de l'Occident à l'humanité fut*

[1242] Hernando de Soto, *Le mystère du capital*, Flammarion, 2005.

[1243] *Le Monde 2*, 8/11/2008

la création d'un système sophistiqué de propriété et de droit…le capitalisme établit…des documents légaux…un système d'information fiable permettant de faire des affaires, du commerce ». Un système d'information, une des rares revendications des économistes les plus libéraux. Le droit économique n'en fait pas fi, mais ce sont les éléments premiers qui font défaut.

Le facteur défavorable le plus préoccupant est que **l'économie n'est pas dynamique**…Ce qui marche ce sont les ressources fournies par Dieu, qui sont encore parfois(?) aux mains des étrangers…Alors qu'une des particularités du droit économique, est qu'il est apparu dans la mouvance de l'économique. C'est dans la mesure où une société passe sous l'influence de l'économie qu'apparaît un droit économique. …

Enfin, troisième système du lien social dans le jeu du développement, **le système politique n'est en général pas particulièrement brillant** dans les pays sous-développés. Dans de nombreux pays les décideurs politiques sont issus de l'organisation militaire à la suite, lointaine, de la lutte de libération nationale ou plus récente et bien plus fréquente, d'un coup d'Etat. L'organisation militaire est un des rares instruments de promotion sociale (à peu de frais !) . Même si l'on n'a pas le culte de l'ENA, on a des doutes sur la compétence de nombreux responsables politiques issus des troupes à gérer des sociétés complexes. Et les responsabilités politiques sont le plus souvent dues aux seuls rapports de force. Or nous savons l'importance de l'Etat dans la construction du droit économique. .

Tous ces éléments sont à prendre en ligne de compte.

Alors ?

Paradoxalement, c'est peut-être la formation marginale du droit économique qui peut permettre son rôle dans le développement. La discipline de droit économique part des *faits*. Ses constructions, ses innovations sont effectuées à partir des faits et particulièrement des faits économiques. Par ailleurs elle doit répondre souvent à des *objectifs*. Or les pays sous-développés ont une économie, des intérêts, des pratiques de cette nature. Enfin la branche de droit économique s'est construite en rupture avec le droit traditionnel. Elle connait des sources du droit d'origine privée et elle est plus généralement, en rupture avec la distinction droit public/droit privé. Avec des modes de procéder nouveaux : la régulation et des autorités de régulation. **Le droit économique marque une rupture culturelle avec le droit traditionnel, notamment en Europe continentale.** Une certaine rupture s'est déjà produite avec le droit des affaires. Elle est plus radicale avec le droit économique, même s'il est bien souvent dans son prolongement en raison de la place des hommes d'affaires dans le développement du droit. Mais la rupture est due surtout aux objectifs poursuivis, **à l'éloignement entre les faits et le droit,** beaucoup plus considérable qu'en droit des affaires, et à **l'importance des innovations et de la recherche**. **A ces égards la discipline de droit économique recouvre les recherches du droit du développement. Les méthodes sont les mêmes.**

La **mondialisation confirme l'opportunité d'une approche de droit économique pour le développement. L**es pays sous-développés subissent, parfois avec plus d'ampleur que les autres, les effets néfastes de l'évolution économique mondiale. D'un autre coté une certaine solidarité commence à se faire sentir. Joue également une relative uniformisation des idéologies, les pouvoirs économiques de la communication influencent l'opinion des pays sous-développés. Ce qui crée par ailleurs d'une façon générale, des motivations assez semblables à celles des pays développés (notamment la consommation…). Si l'on peut qualifier les sociétés développées de « sociétés économiques », en raison du rôle dominant de l'économie, les sociétés sous-développées aspirent à le devenir. **Le droit du développement est essentiellement une branche du droit économique.** La crise apporte une confirmation à la parenté car elle crée chez les pays développés des problèmes comparables à ceux des pays sous-développés. Nous y reviendrons.

Ce qui justifie la référence au développement, c'est évidemment **l'état des sociétés sous-développées.** Pour diverses raisons, parfois, tout est à faire et dans des conditions qui ne cessent d'être inégalitaires entre pays riches et pays pauvres. Quels qu'aient été les aspects odieux du colonialisme, on ne peut faire abstractions de blocages culturels. Ce seraient d'ailleurs des valeurs culturelles qui expliqueraient pour une large part la croissance. C'est la thèse d'un livre qui a suscité bien des polémiques : « Richesses et pauvreté des nations » de David Landes, paru aux US en 1998, en France en 2001 (Albin Michel). Cette thèse n'émane pas d'un auteur raciste. Il écrit notamment que la révolution industrielle a fragmenté le monde « en séparant gagnants et perdants. Elle a enfanté des mondes multiples ». En ce qui concerne certains pays sous-développés, notamment en Afrique, on peut se demander s'ils ne sont pas dans une compétition entre des nains et des géants, compétition qu'évoquait Rousseau: même s'ils progressent tous, la différence augmente entre eux…

Cependant même si des facteurs culturels sont en jeu, il convient de ne pas tomber dans le type d'analyse auquel a fait écho le Président Sarkozy à Dakar. L'Afrique ne serait pas assez rentré dans l'histoire et il n'y aurait place dans l'imaginaire africain ni pour l'aventure ni pour l'idée de progrès ». « La nature commanderait tout et l'homme africain échapperait à l'angoisse de l'homme moderne et ne serait pas capable de s'inventer un destin ». C'est vraiment ignorer beaucoup de choses. Entre autres: l'apport de l'esclavage aux Etats-Unis, à l'époque de la première phase de la révolution industrielle[1244] . Et s'agissant d'histoire comment oublier que dans l'histoire des arts, presque tous les arts ont été bouleversé par l' « art nègre ». Le jazz, la musique de la modernité…

Et quel est le sort de ceux qui, au péril de leur vie, veulent entrer dans la modernité ? Comment ne pas opposer l'attitude de l'Occident à l'époque ou il s'emparait d'eux violemment et l'époque contemporaine ou il les exclut, souvent non moins violemment, de la modernité. Dans le même temps où la Chine investit en Afrique.

[1244] « Le charbon, le blé et les esclaves », un des points relevé par D.Cohen dans sa tentative de répondre à la question « pourquoi l'Occident » a t -il triomphé? In *La prosperité du vice*, p.80.

Ceci dit, on ne saurait ignorer l'état des « masses » et, n'y revenons pas, des pouvoirs. Et la fuite des élites. Immense gaspillage qui nous amène aux stratégies du développement

II. Les stratégies

Auprès de qui ? Telle est peut-être la question fondamentale. Trois réponses: c'est la société toute entière qui est concernée par le développement (a), le statut des femmes est sans doute déterminant(b), et l'on doit se soucier de l'intégration des pauvres (c).

a) La société toute entière est concernée.

Plusieurs stratégies ont été suivies.

Un économiste en a dressé le bilan pour l'Argentine, le Brésil et le Mexique[1245]. Les trois pays ont connu de 1930 au début des années 80, une croissance parfois substantielle **tirée par la marché intérieur.** En revanche, au cours de la période qui suit, dans le cadre du consensus de Washington et de ses 10 commandements on n'observe pas de croissance conséquente, ni de recul de la pauvreté absolue. Dans le Chili de Pinochet et en Argentine s'opère une spécialisation vers l'abondance relative des ressources naturelles. Enfin, malgré le maintien d'une stratégie libérale vigoureuse, une nouvelle version du consensus de Washington est élaborée, ainsi qu'un nouveau texte des 10 commandements dont le dernier proclame que la lutte contre la pauvreté est à l'origine des objectifs du millénaire : réduction drastique de la pauvreté extrême, santé, éducation, environnement, bonne gouvernance, diminution du protectionnisme des pays riches et ouverture de leur marché aux pays les plus pauvres.

Les résultats sont mitigés, on le sait. Et sont apparues de nouvelles vulnérabilités. Notamment une emprise de la finance. Sortie considérable de capitaux, pratiques des banques peu favorables à l'investissement. De toute façon, les pays d'Amérique latine ne présentent pas le même type de sous-développement que la plupart des pays d'Afrique. Il conviendrait de changer de stratégie ou du moins d'appliquer réellement certains des commandements retenus.

La première règle de conduite nous paraît être que les stratégies doivent viser **la société toute entière**. Sur ce point nous évoquerons les dires de J.Stiglitz,. Dans un rapport sur un « nouveau paradigme pour le développement » il insiste sur le fait que le développement doit être considéré comme une « **transformation de la société ».** L'idée d' « accompagnement social et environnemental » avancée dans la problématique du colloque évoque l'idée d'une sauce qui peut donner l'impression aux sujets des pays en développement qu'elle adoucit une cuisine dont ils seraient l'objet.

L'histoire des pays développés nous montre bien que tous les systèmes qui composent le lien social ont été concernés par le développement économique. Jusqu'au système religieux. Il suffit d'évoquer le rôle du protestantisme en Europe. Ce n'est pas un hasard si ça a bougé

[1245] Pierre Salama L'éco po, n°32, Octobre 2006

dans la religion musulmane sur le prêt à intérêt pour le développement en Islam du plus haut niveau du capitalisme. Il ne serait pas inconvenant qu'un groupe ou un groupement capitaliste subventionne un colloque sur un sujet religieux.

Deuxième raison de la recherche d'une globalité du développement: non seulement ce développement concerne le pays considéré, mais il se place dans la perspective de la mondialisation. Avec un obstacle considérable, qui n'est pas d'ordre territorial mais temporel : une bonne partie des populations d'Afrique ne vit pas à la même époque que les populations des pays développés. Alors que c'est bien *l'ordre économique des pays développés qui constitue le modèle désiré de développement.* C'est la réponse à la question « quel développement ? ». On le conteste parfois en vertu d'une critique du monde développé. Ce n'est pas sérieux. Dans les domaines de la santé, de la formation, de la connaissance, comment les pays développés ne seraient-ils pas enviés ? Enfin, - et ces constatations sont à certains égards moins réjouissantes -, la consommation développe ses tentations en pays du tiers monde, et parmi les individus qui ont une formation suffisante nombreux sont ceux qui souhaitent s'établir en pays développés.

La question du développement est une question qui concerne tous les aspects sociaux d'un pays. Et singulièrement la société civile. Notamment la question démographique et celle du statut des femmes.

b) Le statut des femmes est déterminant

La « transition démographique » est un indice de développement. On sait quelles réponses violentes ont été données à l'excès de natalité en Chine, au Japon, en Inde (stérilisation clandestine) ? Il n'est pas évident que l'Etat doive dispenser ses aides aux familles sans se soucier de la responsabilité des pères et des impératifs de formation. L'Afrique est au dernier rang des régions du monde, mais elle s'améliore.

Quant au statut de la femme, la problématique de nos travaux vise parmi les impératifs « la dignité de l'homme » qui concerne essentiellement dans la plupart des pays sous-développés les femmes.. **La libération de la femme des statuts moyenâgeux qui subsistent en certains pays est un élément fort du développement économique.**

L'économie libérale a joué un rôle important dans la libération de la femme. Portalis a noté en son temps que les codifications napoléoniennes avaient libéré économiquement la femme et l'enfant. Ce n'était qu'un début…Il est remarquable qu'en droit économique européen on envisage l'obligation d'un quota de participation féminine dans les sociétés et les groupes. On a observé de meilleurs résultats dans les organismes dotés de présence féminine.

Il y a pratiquement concordance entre la promotion de la femme et le développement. Surtout si l'on ne compte pas dans le développement les résultats qu'obtiennent des pays en raison de leurs ressources pétrolières. Sans tomber dans l'économisme, on peut soutenir que **l'indépendance des femmes est un facteur profond d'émulation entre les hommes. P**as de développement dans ces pays ou vous voyez les hommes attablés ou affalés pendant que les femmes accomplissent les tâches nécessaires à la vie. Sans parler de ces pays étouffés par les

luttes tribales dont les femmes et les enfants sont les principales victimes. Immense tristesse de ces pays où les femmes sont pratiquement absentes des foules, et que fuie une partie des élites. Les pactes de famille en vertu desquels les filles sont livrées aux mâles sont des obstacles au développement.

Bien entendu, le statut de la femme auquel nous attribuons une large part de responsabilité est limité à certains pays. Il existe même des femmes heureuses …qui font du commerce avec un certain succès. Commerce de pauvres eu égard aux normes occidentales, mais un droit économique du développement doit-il s'en désintéresser?

c) La nécessaire intégration des pauvres.

Hernando de Soto, parle d'un véritable apartheid économique: « Aujourd'hui, quatre milliards d'individus, soit la majorité de la population mondiale, sont privés de l'opportunité d'améliorer leur vie parce qu'ils sont exclus de l'Etat de droit ». Mais il pose une question stratégique fondamentale lorsqu'il affirme[1246]**: « *Les pauvres ne sont pas le problème, ils sont la solution* ».**

L'expérience, l'itinéraire des pays développés, le prouve. L'intégration des pauvres au système capitaliste a permis la réussite du système! Non seulement du fait de l'Etat providence, du *welfare state,* mais surtout de l'investissement considérable dans l'éducation et la formation. Ces politiques ont permis la formation d'une population relativement homogène. On doit même observer que la menace du communisme à l'époque de sa vigueur a continué à permettre un relatif équilibre dans la distribution des richesses en pays développés.

La trentaine d'années que nous venons de vivre en pays développé – caractérisées par la libéralisation et la réduction du salariat - n'est absolument pas pertinente comme modèle pour le développement, d'autant plus que cette gestion sociale ou plutôt asociale par des décideurs économiques et leurs alliés politiques est au fondement de la crise du capitalisme même si c'est une crise financière qui a éclatée.

L'intégration des pauvres au système économique tend à redevenir un thème d'actualité en pays développé en raison de la crise. On évoque la création de la sécurité sociale par Bismarck pour contrecarrer le vote socialiste. On parle même d'un retour de Marx. Pour des raisons évidentes. La crise a éclaté pour des raisons financières mais ses causes profondes sont sociales comme l'ont vu un certain nombre d'analystes. Depuis un certain nombre d'années le système fonctionne largement à crédit et la sortie provisoire de crise s'accompagne d'une montée effarante de l'endettement des Etats. La cause profonde - dénoncée par quelques uns de l'économiste Aglietta à Michel Rocard – est le déséquilibre entre les offres de biens et les possibilités d'achat. Le capitalisme n'a (relativement) bien marché qu'aux périodes ou les salariés, les pauvres étaient à même d'acheter.

[1246] Op.cit.

On commence à envisager le rôle des pauvres dans le système capitaliste des pays développés du fait de la crise. Hernando de Soto le signifie aux décideurs politiques et économiques : « S'agissant du système financier vous vous retrouvez dans la situation exacte des pays du sud pour tout leur système économique »[1247] . La crise aura au moins cet effet qu'il est désormais difficile de prôner à l'égard des pays sous-développés des méthodes ultra libérales qu'on a abandonné en pays développés. Mais surtout de populariser des méthodes qu'on pouvait penser appropriées aux pays sous-développés.

III. Les méthodes, les moyens d'action

Le retour des actions étatiques peut connaitre une certaine faveur. Nous faisons peu confiance au système politique dans la plupart des pays sous-développés. Même à d'éventuelles démocraties. La démocratie et le peuple : dans certains pays d'Afrique, c'est l'excision pour les filles. L'itinéraire du développement nous parait devoir être en réduction celui qu'ont connu les pays développés. Et qu'il faut donc compter largement sur l'économie privée et prioritairement sur les éléments qui aspirent au développement. La première conséquence en est que le droit économique du développement est un **droit basé sur des volontés**. Seulement cette exigence n'en entraîne-t-elle pas une autre: la **prise en compte de l'informel**, ce qui nous amènera à évoquer **le financement**.

a) Un droit correspondant à des volontés.

Quelles que soient les critiques qu'on puisse formuler à l'égard de la Tunisie, elle n'en donne pas moins l'exemple d'un développement efficace. Le peuple a été associé au développement. 80% des familles tunisiennes sont propriétaires de leur logement. Et surtout, la place de l'enseignement est considérable.

L'adhésion populaire au développement **e**st sans doute un point essentiel. Il est notamment mis en évidence par le prix Nobel Joseph Stiglitz, ancien vice-président et économiste en chef de la Banque mondiale[1248], qui insiste sur la nécessité de *l'appropriation et de la participation* du développement par le pays aidé. Là encore si on envisage l'expérience des pays développés, on peut penser qu'il n'y a de développement véritable que *volontaire*. Là ou il s'est réalisé, il n'était pas seulement du aux décideurs économiques et politiques, mais il était aussi le fruit de la volonté populaire, qu'elle se soit manifestée par le marché ou le vote.

Dans cette perspective, Stiglitzl émet des réserves sur la « **conditionnalité excessive** » qui « renforce les relations hiérarchiques traditionnelles ». Il estime même que « le développement ne doit jamais être seulement une question de négociation entre le bailleur de fonds et le gouvernement : il doit pénétrer plus profondément et s'appuyer dans la société civile , sur des groupes qui contribuent au nécessaire renforcement des compétences

[1247] Art. préc.

[1248] Dans un discours prononcé à la CNUCED en 1998, rapporté pour l'essentiel dans *L'économie politique*, n°5, Janvier 2OOO, p.6 à 39.

collectives, qui sont les porte-paroles des couches sociales souvent exclues, facilitant leur participation et augmentant l'appropriation du processus de développement » [1249].

L'appui de la société civile nous parait effectivement important. Le pouvoir économique commence à être perçu comme un successeur du pouvoir politique, d'autant plus que le peuple n'ignore pas ou qu'il suppute la complicité du pouvoir politique avec celui-ci. Les aides, les investissements étrangers doivent aussi bénéficier de la volonté populaire. Il en est particulièrement ainsi dans le domaine de la protection de l'environnement. Rarement elle sera l'objet de groupements constitués, mais l'objet d'un sentiment diffus qui doit être pris en compte.

Il faut se placer à la fois dans les perspectives de la mondialisation, c'est à dire s'intégrer dans les processus généraux du système économique positif mondial, et s'appuyer sur les possibilités locales. Non seulement parce que l'accusation d'ingérence menace, mais parce que l'efficacité du développement est liée à l'effectivité d'une réceptivité, d'une prise en charge locale. C'est déjà vrai pour l'intégration des pays développés dans la mondialisation. Cela l'est a fortiori pour les pays émergents.

Le développement implique aussi un lien avec la révolution scientifique et technologique permanente. Compte tenu de la diffusion rapide des innovations et des incidences que cela comporte, il est opportun que les unités économiques des pays émergents soient rattachées à ce processus là. Avec une conséquence importante. L'innovation a un coût important : la plupart du temps elle est le fait de monopoles. Pour une raison simple : ils ont, en raison de leur position, la possibilité de diffuser et d'amortir leur innovation. Donc, contrairement aux dénonciations du passé, ce sont les monopoles qui sont la source la plus abondante d'innovations. C'est Daniel Cohen qui nous le rappelle et qui rappelle que Schumpeter avait le premier révélé le fait : les monopoles, en l'absence de concurrence peuvent amortir leur coûts, alors que les dépenses initiales de recherche sont considérables.

Aussi bien ce sont déjà presque toujours des groupes multinationaux qui sont les acteurs étrangers du développement. Est-ce un facteur négatif ? Pas nécessairement. Il se peut que de plus en plus les pouvoirs économiques transnationaux prennent conscience des impératifs de la vie satisfaisante de l'ordre mondial, leur domaine d'action. Dès avant leur retraite généreuse et désintéressée –on pense et les prostituées de Bombay – les vrais maîtres des groupes peuvent prendre souci du pauvre et conscient des vraies causes des crises, faire en sorte que ceux-ci ne soient plus seulement les objets d'un marchés de producteurs à bas prix mais sujets de leurs marchés de consommation.

Ces pouvoirs économiques de la volonté desquels dépend le développement dans une large mesure sont sur le terrain. Ce sont eux qui passent les marchés publics et qui fournissent parfois des aides. Mais que deviennent une bonne partie des fonds, quelle que soit d'ailleurs la nature de l'aide ? Il faut considérer l'informel.

[1249] Art. préc., p.23

b) Prendre en considération l'informel

La question de *la corruption* mérite d'être posée. C'est un processus souvent considéré comme « naturel » dans les pays sous-développés. Et pourtant condamnable, et même souvent odieux. Mais son importance n'appelle-t-elle pas des distinctions, des études scientifiques: une économie de la corruption. Alors que nous prônions, lors du présent colloque, une attitude prudente du droit, - que nous semble avoir préconisé Michel Rocard -, des protestations se manifestèrent. L'un d'entre eux affirma qu'il s'était bien gardé de participer à une modeste opération de corruption alors qu'elle faisait vivre 70% de la population d'une ville. Mais comment ne pas agir avec prudence contre un processus qui permet de vivre à une telle proportion de la population? Ce qui est en jeu c'est une incurie totale de l'Etat dans des situations de cette nature. De même, il va sans dire que l'appropriation en pratique par des dirigeants des ressources de l'Etat appellerait des sanctions radicales. Ou encore le fait que la circulation routière entre deux villes distantes de deux cents kilomètres soit soumise à quatre contrôles policiers, prétextes à concussion.

Mais la question qui mérite d'être posée nous paraît être : comment intégrer la concussion dans les mécanismes économiques du développement ? Elle mérite d'être posée an la mesure ou des phénomènes comparables sont observables en pays développés et a fortiori dans certains pays émergents, comme les anciens pays socialistes. Qu'en est-il des 30 % d'économie au noir que l'on attribue généralement à l'économie italienne ? Qu'en est-il des rétributions phénoménales de certains financiers ? Qu'en est-il de la pratique de l'achat des politiques par fourniture des capitaux nécessaires à l'élection ? Des scandales qui éclatent régulièrement au point qu'on peut les considérer, ainsi que les crises, comme des charges inhérentes à l'économie capitaliste ? Comment dans les pays socialistes comme l'ex URSS ou la Chine se sont révélées subitement des capitalistes? Nous posons la question.

La gravité du phénomène est telle qu'un d'interventionnisme informel nous paraît opportun. Nous pensons à **l'interventionnisme informel des Etats.** Pourquoi cet interventionnisme est-il informel? Parce qu'il est contraire aux accords de libre échange, aux principes du libre marché international peu à peu établis par les pays développés.

L'exemple de la Tunisie est remarquable. La pression de l'Etat demeure considérable. Mais elle est largement dissimulée. Encore que le plan occupe toujours une place centrale et que les entreprises prennent soin de s'y référer. La pression fiscale est faible: moins de 20% du PIB. Les autorités publiques redoutent une remise en cause du « miracle tunisien » par une asphyxie fiscale des entreprises. Mais ce qui est intéressant pour notre propos c'est la façon dont est établie la faiblesse de la pression fiscale: par une fraude fiscale tolérée par l'Etat. 50% du montant des recettes fiscales légales ne sont tout simplement pas perçues. Mais cela n'empêche pas des redressements qui peuvent être très lourds et de nombreuses négociations. Une chercheuse[1250] mentionne « des négociations permanentes, le flou des règles et des décisions, l'indistinction entre public et privé, entre légal et illégal, des compromis… ». Par ailleurs la demande de l'Etat demeure puissante. Cette demande, - les marchés publics, les

[1250] Béatrice Hibou, *Le libéralisme réformiste, où comment perpétuer l'étatisme tunisien,* revue *L'économe politique,* n°32, Oct.2006.

subventions, les programmes d'aide à l'investissement ont permis la création de groupes économiques. Souvent en raison de la primauté sur le marché de réseaux de toute nature: tribus, communautés, régions, familles, amitiés avec le pouvoir.

Le commerce extérieur est fortement contrôlé mais par des méthodes opaques pour respecter formellement les accords de libre échange. Ces pratiques ont heurté les bailleurs de fonds étrangers et les Etats, mais ils ont passé outre…Il n'y a pratiquement pas de terrorisme en Tunisie. Faut-il préciser qu'à l'époque actuelle, en période de crise, alors que même les pays développés sont tentés par un protectionnisme et un interventionnisme discrets, il est douteux que la légitimité des pratiques soi mise en cause.

Nous nous posons la question encore plus subversive d'un interventionnisme non seulement informel mais parfaitement opaque d'entreprises privées fortement intéressées au développement d'un pays dans lequel elles ont fortement investi. Notamment dans le financement d'entreprises locales.

c) Le financement.

Toujours dans la ligne qui a été la notre dans la présente communication, celle de la levée d'un peuple économique dans les pays sous-développés, nous évoquerons deux financements « populaires », le microcrédit, qui connait un certain succès et les « monnaies locales », qui ont eu dans les années qui ont suivi la crise de 29 un étonnant succès et qui demeurent peu connues aujourd'hui.

Le **microcrédit** n'a pas eu à notre connaissance d'application en suite de la crise de 29. Le promoteur, on le sait puisque sa découverte lui a valu le Prix Nobel de la pais, est Muhammad Yunus. Les résultats obtenus par le promoteur au Bengladesh sont remarquables. La Grameen Bank, créée à l'époque, dite « banque du village », ouverte aux pauvres s'est peu à peu dédiée aux femmes (7,5 millions d'emprunteurs dont 97 % de femmes) est devenue la première banque au monde gérée par des femmes. Elle a permis la création de 26 entreprises. Dont la Grameen télécom qui couvre plus de 60 % du marché du téléphone mobile au Bengladesh.

Ce qui montre tout l'avenir possible du microcrédit, c'est son succès en Occident. En France l'Association pour le Droit à l'Initiative Economique (ADIE) pratique le microcrédit depuis 1989 suivant les principes posés par son fondateur. Dans le cadre du thème « les pauvres pourraient nous soutenir de la crise « qui connait un certain succès. Des banques commenceraient à s'y intéresser sans jouer tout à fait le jeu. Le procédé serait financiarisé en Asie. Ce qui nous paraît également intéressant c'est l'intérêt porté par des entreprises ou des responsables à la création d'entreprises ajoutant un but social à leur activité. Le Crédit agricole a investit 50 millions dans une fondation pour le microcrédit.

Enfin le microcrédit peut compléter utilement les dispositions du droit français sur la **micro entreprise et l'autoentreprise.** Le droit du développement devrait comprendre des mesures de cette nature allégeant la pression fiscale et les règles éventuelles de

comptabilité, sans parler des exigences bureaucratiques. La création d'entreprises devrait être un but important du droit du développement.

Les **monnaies locales** sont presque une curiosité aujourd'hui. Ce sont des monnaies créées par des communautés, -un village, une ville, une association- qui vont en user entre elles. « Pour qu'une devise locale ait un avenir, il faut qu'elle s'installe sur un terreau de souffrance économique…il faut également qu'elle soit créée dans une communauté très intégrée, fière de son identité et méfiante à l'égard des gouvernements centraux », suivant un analyste.

Elles ont connu un brillant succès aux Etats-Unis dans les années 30. On en comptait prés de 5.000.[1251] Leur succès a été tel que Roosevelt a fini par les interdire parce qu'il craignait qu'elles ne déstabilisent encre davantage les banques. Elles sont également apparues en Allemagne, en Europe centrale. L'une subsiste en Suisse, le Wir, largement utilisé par les PME. Elles répondent à une double logique: 1) se passer des banques auxquelles on ne fait pas confiance ou, plus souvent, qui ne vous font pas confiance 2) développer l'économie locale. Il est à peine besoin de souligner combien les monnaies locales paraissent coïncider avec les besoins en pays d'Afrique. On en connait aujourd'hui quelques rares créations en Europe, notamment en Grande-Bretagne.

En conclusion, avons-nous pêché contre la raison en nous attachant à l'intégration des pauvres pour assurer le développement ? **Le pouvoir économique a besoin d'un peuple économique. Ce n'est pas par compassion qu'il peut se soucier d'une extension des marchés au delà du monde développé, mais dans son intérêt le plus évident.** Il est rassurant de constater que l'ONU a soutenu la « Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit » fondé par Hernando de Soto et Madeleine Albright qui a travaillé de 2005 à 2008.

[1251] *Le Monde*, 18 Septembre 2009.

Hommage au Professeur Laurence Boy

IN MEMORIAM

La nouvelle du décès du Professeur Laurence Boy emportée par une redoutable maladie, le 02 février 2013, nous est parvenue lorsque le n°2 de la Revue de l'ERSUMA s'acheminait vers le bouclage. Le monde académique et scientifique vient de perdre l'un de ses meilleurs Enseignants en droit économique et l'un des artisans de la promotion du Droit des Affaires OHADA à travers l'espace européen. Principale animatrice de la Revue Internationale de Droit Economique, Professeur Laurence Boy est connue comme l'un des plus éminents Professeurs de l'Université de Nice Sophia Antipolis ; elle a à plusieurs reprises contribué à la rédaction de la Revue de l'ERSUMA et a fondamentalement marqué l'opinion par ses textes de haute qualité lors des colloques organisés par l'ERSUMA à Cotonou (Janvier 2011) et à Libreville (Octobre 2011). Elle a aussi activement contribué à la formalisation de la coopération entre l'INEADEC dont elle était membre éminent et l'ERSUMA.

Il y a encore quelques semaines, le Professeur Laurence Boy par le biais de son collègue et ami Professeur Moussa Samb, invitait ma modeste personne à prendre part à la conférence sur les "*Déséquilibres économiques et droit économique*" les 7 et 8 février 2013 à l'Université de Nice alors de passage en France. Ce rendez vous manqué était la seule et dernière occasion de lui parler physiquement. J'ai gardé les derniers mots de nos échanges au cours desquels elle prenait toutes les dispositions pour mon hébergement et mon séjour à Nice. Cette triste nouvelle m'a bouleversé ainsi que toute l'équipe de recherche de l'ERSUMA.

Que sa mémoire soit honorée à travers ces quelques mots que nous lui témoignons tous. La disparition d'une personnalité aussi considérable que celle du Professeure Laurence Boy crée un vide immense que toute la famille de l'ERSUMA et de l'OHADA ressent avec vive émotion. A sa famille, ses collègues, ses étudiants, nous tenons à exprimer nos sentiments de profonde affliction et la part qu'elle prend à leur deuil. Que nos prières et nos pensées l'accompagnent.

Ghislain Olory-Togbé
Juriste-Assistant de Recherche
ERSUMA

Un Etablissement de formation, de spécialisation, de recyclage, de perfectionnement et de recherche en Droit des Affaires de l'OHADA

--- --- Espace P U B !!!

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