



REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

International Journal of Law and Political Science

ISSN : 2790 - 4830

R.I.D.S.P, Vol. 3, N°3 – Mars 2023



COMITE SCIENTIFIQUE

Pr Victor – Emmanuel BOKALLI

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Najet BRAHMI

Professeur, Université de Tunis El Manar ;

Pr Athanase FOKO

Professeur, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Loth Pierre DIWOUTA AYISSI

Maître de Conférences, Université de Yaoundé II;

Pr. Thomas CLAY

*Agrégé des Facultés de Droit, Professeur à l'école de droit de la Sorbonne, (Université Paris 1),
Avocat au barreau de Paris ;*

Pr. MOKTAR ADAMOU

Agrégé des Facultés de Droit, Université de Parakou ;

Pr Maturin NNA

Professeur, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Marie-Colette KAMWE MOUAFFO

Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Jean Pierre CLAVIER

Professeur, Université de Nantes ;

Pr. Guy Florent ATANGANA MVOGO

Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Victorine KAMGOUI KUITCHE

Maître de Conférences HDR, Université de Ngaoundéré ;

Pr. Nadège JULLIAN

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur, Université Toulouse 1 Capitole ;

Pr Serge Patrick LEVOA AWONA

Agrégé des Facultés de Droit, Professeur, Université de Ngaoundéré ;

Pr Emmanuel D. KAM YOGO
Professeur, Université de Douala ;

Pr Emilia ONYEMA
Professor, SOAS University of London;

Pr Aron LOGMO MBELECK
Professeur, Université de Douala ;

Pr Maurice KOM KAMSU
Maître de Conférences, Université de Maroua

Pr VOUDWE BAKREO
Agrégé des Facultés de droit, Université de Ngaoundéré ;

Pr Ramses AKONO ADAM
Agrégé des Facultés de Droit, Université de Ngaoundéré ;

Pr Michel Aristide MENGUELE MENYENGUE
Maître de Conférences, Université de Douala ;

Pr. Sandie LACROIX-DE SOUSA
Maître de Conférences HDR, Université d'Orléans ;

Pr Nicolas Junior YEBEGA NDJANA
Maître de Conférences, Université de Ngaoundéré ;

Pr Fred Géremi MEDOU NGOA
Maître de Conférences, Université de Douala ;

Pr. MFEGUE SHE Odile Emmanuelle épouse MBATONGA
Maître de Conférences, Université de Yaoundé II ;

M. Maxime KALDJONBE
Magistrat, Juge et Juge d'instruction près le Tribunal de Grande Instance de la VINA ;

M. SABABA MAGAZAN
Magistrat, Juge et Juge d'instruction près le Tribunal de Grande Instance de la VINA et Juge d'instruction près le Tribunal Militaire de l'Adamaoua ;

M. David YINYANG
Magistrat, Substitut du Procureur près les Tribunaux d'Instance du FARO à POLI ;

Mme Sandrine DATSE
Avocate au Barreau de Paris, Conseil Adjoint devant la Cour Pénale Internationale.

Directeurs :
Dr. BAMANGA DAGA Guidakré
Dr. ETABA ABANA Rémi

COMITE DE REDACTION

Rédacteur en Chef

Dr. Timothée MANGA BINELI
Université de Yaoundé II.

Rédactrice en Chef Adjointe

Dr. Calice Cléopatre MAINIBE TCHIOMBE
Université de Ngaoundéré.

Responsable en charge de la propriété intellectuelle : Dr. Job NZOH SANGONG

Coordonnateurs des rubriques

Coordonnateur rubrique Science Politique

Dr. Georges Francis MBACK TINA

Coordonnateur rubrique Droit

Dr. El-Kader Kadjoum ALI ABDEL

Coordonnateur rubrique English Law

Dr. Waraï Michael TAOYANG

Membres :

Dr. Josué DIGUERA
Dr. Alice TOUAIBA TIRMOU
Dr. Job Didier BAHANA
Dr. Eloi BAKARY
Dr. Gérard Müller MEVA'A
Dr. Sadjo ALIOU
Dr. Joceline Gaëlle ZOA ATANGANA
Dr. Deguia CHECK IBRAHIM
Dr. Issa Pave ABDEL NASSER
Dr Prosper Hugues FENDJONGUE
Dr ABOUKAR BANGUI AGLA
Dr Ange MESSI MBALLA
Dr. Linda DJARSOUMNA
Dr Djidjioua GARBA ISSA
Dr Norbert DOURGA

Dr. Franklin Kennedy ASSONJI FONGUE
Dr. WILLARBANG ZUINSSA
Dr. YAOUBA HAMADOU A.
Dr. Alexis BAAYANBE BLAMA
Dr. Ibrahima HALILOU
Dr. Raissa PAYDI
Dr. Dieu-Ne-Dort BADAWE KALNIGA
Dr. Bienvenu DOMBA
Mme Mbissa Valérie HAMBOA ZONGA
Dr. ARI HAMADOU GUY
Mme MOUANGA MOUSSEVOULA G.
Dr. Adama SALME
Dr. Elie SAPITODEN
M. Jacob Israël FIRINA
M. Benjamin DIGUIR DABOLE
M. ALI BOUKOUN ABDOULAYE

POLITIQUE DE REDACTION

La Revue Internationale de Droit et Science Politique est publiée par une équipe dynamique et professionnelle en la matière. Les articles sont disponibles sur le site internet de la Revue : www.revueridsp.com

Directives aux auteurs :

La Revue Internationale de Droit et Science Politique reçoit des textes en permanence pour publication dans l'un de ses numéros mensuels. Les auteurs qui soumettent leurs contributions doivent se conformer aux directives suivantes :

- Toute proposition d'article doit être rédigée en format Microsoft Word, en police *Times New Roman*, caractère 12, et en interligne 1,5. Elle comportera un résumé en français et en anglais, des mots clés en français et en anglais, une introduction, un développement contenant un plan à deux parties (I- II- pour les parties ; A- B- pour les sous-parties, et éventuellement des petits 1 et 2), une conclusion. L'ensemble de la contribution doit tenir sur quinze (15) pages au minimum et trente-cinq (35) pages au maximum.
- Chaque proposition d'article doit débiter, juste après l'intitulé de la contribution qui doit être en français et en anglais, par une brève notice biographique précisant l'identité du (des) auteur(s) : Noms et prénoms, titre ou grade universitaire ou profession pour les praticiens non universitaires, l'affiliation institutionnelle.

Références (sources) :

Les références (sources) sont obligatoires dans une proposition d'article. Elles doivent être présentées sur la base du modèle infrapaginale.

Dès lors les références (sources) doivent être présentées en bas de page (notes) selon le style suivant :

- **Pour un ouvrage :** Nom en Majuscule, Initiale du(es) prénom(s) du(es) auteur(s) entre parenthèses, intitulé de l'ouvrage en italique, Ville d'édition, Maison d'Édition, Année, page(s).

Exemples :

Page | v

Un auteur : ONANA (J.), *Gouverner le désordre urbain. Sortir de la tragique impuissance de la puissance publique*, Paris, L'Harmattan, 2019, p.6 ;

Deux auteurs : OST (F.) et VAN DE KERSHOVE (M.), *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du Droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint Louis, 2010, p. 103

Trois auteurs : BOUSSAGUET (L.) & al., *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, Presses de Sciences Po, 2014, p.6

- **Pour un article publié dans une revue :** Nom(s) en majuscule, Initiales du(es) Prénom(s), intitulé de l'article entre guillemets, nom de la revue ou de l'ouvrage collectif dans lequel il est publié en italique, numéro de la revue, Année de parution, pages ;

Exemple : BOKALLI (V.E.), « la protection du suspect dans le code de procédure pénale », *R.A.S.J.*, vol. 4, n° 1, 2007, p.6

- **Pour un chapitre d'ouvrage :**

LEVÊQUE (A.), « Chapitre 2 : La sociologie de l'action publique », in JACQUEMAIN (M.) & FRERE (B.), *Epistémologie de la Sociologie. Paradigmes pour le XXIe siècle*, De Boeck Supérieur, Collection « Ouvertures sociologiques », 2008, p.6

- **Pour un document internet :**

Exemple :

Organisation Mondiale de la Santé, Global status report on violence prévention, 2014, disponible en ligne sur http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/status_report/2014/en/

- **Pour tout document non publié (mémoire, thèse...) :**

Exemple : MINKOA SHE (A.), *Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance*, Thèse de Doctorat, Université des Sciences Juridiques, Politiques, Sociales et de Technologie de Strasbourg, 1987, p.6

Langue et style de rédaction :

Page | vi

- Chaque proposition d'article doit être rédigée en français ou en anglais
- L'usage des transitions et chapeaux est impérative

Soumission, examen des propositions et responsabilités :

- Les propositions d'articles doivent être soumises par courrier électronique à l'adresse électronique suivante : redactionridsp@gmail.com Tout texte soumis à la Revue Internationale de Droit et Science Politique fait l'objet d'une double évaluation aveugle (sous anonymat).
- Les contributions soumises à la Revue Internationale de Droit et Science Politique doivent l'être en toute exclusivité.
- Les opinions exprimées dans les contributions sont propres à leurs auteurs et n'engagent aucunement la responsabilité de la Revue Internationale de Droit et Science Politique. Les auteurs s'engagent, toutefois, à céder leurs droits à la Revue Internationale de Droit et Science Politique.

Le Rédacteur en Chef

Dr. Timothée MANGA BINELI
Université de Yaoundé II.

SOMMAIRE**❖ Droit Privé**

La règle morale dans la souveraineté contractuelle	1
<i>Baï Irène Aimée KOOVI</i>	
Analyse de la contrainte judiciaire au Burkina Faso.....	38
<i>Jean OUEDRAOGO</i>	
Le droit des investissements dans l'espace OHADA « sur fond d'une saveur douce-amère».....	57
<i>KOUOKAM YOUMBISSI Pasteur Paulin</i>	
Le polymorphisme contemporain en droit des sociétés à l'aune de l'Acte Uniforme OHADA sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique.....	80
<i>CHOUARUPOUO NDASSA Moussa Kallil</i>	
Le principe de la légalité criminelle en droit pénal OHADA	116
<i>TEMWA Christophe</i>	
Le contexte de la responsabilité individuelle de l'administrateur en droit OHADA.....	135
<i>NDJOPEN VIVIANE</i>	
Le privilège de l'argent frais : un gage de protection du banquier créancier postérieur à l'ouverture de la procédure collective.....	161
<i>NYOBE John Fabrice</i>	
Le client de l'entreprise de sécurité privée en Afrique noire francophone.....	191
<i>Ulfila Winagnon AWANOU</i>	
Le banquier dirigeant de l'entreprise en difficulté à l'épreuve des actions en comblement du passif et en extension de la procédure collective.....	214
<i>NYOBE John Fabrice</i>	
La mise en œuvre de la politique pénale du Benin.....	247
<i>Rodrigue ADOHINZIN</i>	

❖ **Droit Public**

La médiocrité des sanctions au non-respect des délais devant les cours de justice de la CEMAC et de l'UEMOA.....269

Naomie Flore ZEMFACK NANGUE

L'attribution des délais de recours gracieux préalable en raison de la distance.....286

SEÏNI ABBA

Regard critique sur les processus de transposition du débat d'orientation budgétaire et ses applications dans quelques Etats membres de l'UEMOA et de la CEMAC.....306

Stelphin MOUSSOUNDA MOUTOUNOU

De l'exigence de requête préalable à l'autonomie de l'action pour l'application de la peine de servitude pénale en répression des infractions douanières en droit congolais.....339

LWETE LWENKOMBA Freddy

Émergence d'une vision économiste du foncier : pour un développement agricole sans le paysan.....358

COULIBALY Youssouf Z et COULIBALY Alou et DOLO Anidjou

La protection du patrimoine culturel en période de conflit armé : les limites de l'action internationale de l'UNESCO.....337

DAOUDA IDRISOU

Les instruments de l'ordre juridique international sur la répression des violations du droit international humanitaire dans le contexte du terrorisme.....399

SIDIBE Ibrahim et SANGARÉ Djibril

❖ **Science Politique**

Structures et fonctions des monuments.....412

ABA'A Cynclair Romuald Dave

Political Transition in the Democratic Republic of Congo: a Challenging Road Map for Peace and Stability.....427

KOGE Samuel ESAMBE

La construction de la zone de libre-échange continentale africaine : regard croisé sur les modes d'actions cognitives et normatives des États enclavés du sahel.....446

ABDÉRAMANE Mahamat Moumine



La règle morale dans la souveraineté contractuelle*The moral rule in contractual sovereignty*

Par :

Baï Irène Aimée KOOVI Page | 1

Maître-assistante des Universités du Cames - Droit Privé

Faculté de Droit et de Science Politique
Université de Parakou (Benin)**Résumé :**

L'effacement du juge devant la souveraineté contractuelle est un impératif de la vie des affaires. Le respect d'un préavis suffisant dans la rupture d'une relation commerciale établie, a son fondement à l'article 281 de l'acte uniforme de l'OHADA relative au droit commercial général (AUDCG). La discrimination est une disparité, alors, la lutte contre elle, est une exigence démocratique voire morale et la préoccupation sociale : l'égalité. Ce combat pour « l'individu », conditionne la qualité et le maintien du lien social. Le contrat régule des relations, d'où impossible de prévoir et de régler toutes ses difficultés. La morale et le contrat, le droit et la morale entretiennent un lien étroit. Le bon contrat allie souplesse et rigueur.

Au XIXe siècle, l'inexistence de l'égalité socioéconomique des parties est avérée, or, l'égalité juridique est réelle. L'encadrement de la liberté contractuelle par les différents ordres publics a permis l'entrée solennelle de la morale dans le contrat par la consolidation de la justice contractuelle et la restriction de la liberté du plus fort. Les articles 130 et 131¹ l'ont consacrées et sanctionnées ces abus dans les décisions collectives des associés majoritaires, minoritaires ou égalitaires de la nullité. Plus exigeante que le droit, le respect de la morale dans la cause et l'objet du contrat fait de l'émergence de nouveaux devoirs, un véritable renouveau contractuel.

Mots clés : règle, morale, souveraineté contractuelle.

¹ Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSGIE).

Abstract:

The erasure of the judge in front of contractual sovereignty is an imperative of business life. Compliance with sufficient notice in the termination of an established commercial relationship is based on Article 281 of the OHADA uniform act on general commercial law (AUDCG). Discrimination is a disparity, so the fight against it is a democratic or even moral requirement and the social concern: equality. This fight for the “individual” determines the quality and maintenance of social ties. The contract regulates relationships, hence it is impossible to foresee and resolve all its difficulties. Morality and contract, law and morality are closely linked. The right contract combines flexibility and rigour.

In the 19th century, the non-existence of the socio-economic equality of the parties was proven, but legal equality was real. The framing of contractual freedom by the various public orders has allowed the solemn entry of morality into the contract by consolidating contractual justice and restricting the freedom of the strongest. Articles 130 and 131² consecrated and sanctioned these abuses in the collective decisions of the majority, minority or equal shareholders of nullity. More demanding than the law, respect for morality in the cause and the object of the contract makes the emergence of new duties a real contractual renewal.

Keywords: rule, morality, contractual sovereignty.

² Revised uniform act relating to the law of commercial companies and economic interest groupings (AUSGIE).

Introduction

Que sont les lois sans la morale ? Quelle est la valeur du contrat s'il ne transporte pas le juste et applique l'équité ? L'actualité de la pensée de Cicéron a traversé les siècles. L'on considère la morale comme la règle de conduite qui véhicule la vertu, qui transporte le juste et applique l'équité. *La morale consacre le désir constant des êtres humains à édifier sur terre le paradis.* Les acteurs de la vie économique ne reculent devant rien et on constate des déviations dans la formation et l'exécution du contrat. Pour corriger ses distorsions, la réponse législative a permis de réguler la vie des affaires en intégrant la règle morale dans la souveraineté contractuelle. Selon l'article 1134 du code civil, « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi* ». Ainsi, les parties ont le pouvoir de régir leurs relations dans la mesure du permis d'où l'effacement du juge³ devant la souveraineté contractuelle est devenu un impératif de la vie des affaires. S'il est exigé, le respect d'un préavis suffisant⁴ dans la rupture d'une relation commerciale établie, consacré par l'article 281 (AUDCG). Savoir s'adapter l'est et même le ralentissement économique ne peut le justifier puisque ce n'est pas *une course de vitesse*⁵. Si *la lutte contre les discriminations, constitue une préoccupation constante des acteurs de la vie sociale*⁶, *celle pour l'égalité et contre la discrimination sous toutes ses formes est tant un impératif démocratique qu'une exigence morale. Plus qu'un combat pour « l'individu », elle conditionne la qualité et le maintien du lien social dans certains cas*⁷. La « règle », du latin « regula », se présente comme un instrument souvent long et droit dont on s'en sert pour tirer les lignes droites qui est caractérisé par une rigidité assurant sa fixité. En principe rectiligne, la règle empêche les contractants de dévier en l'éloignant de la déviance. Elle a une valeur morale élevée. La souveraineté est le caractère suprême du pouvoir étatique. Le contrat, d'abord "contract"⁸, est emprunté au bas latin juridique " contractus " qui signifie convention, pacte, accord mais aussi resserrement. Ainsi, "contract" est dérivé de "contrahere" signifie prendre engagement, littéralement "tirer ensemble (*cum et trahere*). Le contrat est une espèce de

³ X. LAGARDE, « Le droit français à l'épreuve de la mondialisation », *Sociétal* n° 35, 1er trimestre, 2002, p. 91.

⁴ Article 281 de l'AUDCG. Article L. 442-6-I 5° du Code de commerce.

⁵ E. FLAICHER-MANEVAL, « Avocat », *Journal des sociétés*, N°85 Mars 2011.

⁶ F. TACQUET, « Les nouveaux moyens de lutte contre la discrimination », *Gaz-Pal*, 2002, n° 61, p. 2.

⁷ L. BONNARD-PLANCKE, P. VERKINDT, « La lutte contre la discrimination syndicale », *Millésime*, 2005, Dr. soc. 2006, p. 401.

⁸ En 1370.

convention qui crée une obligation ou transfère la propriété⁹. L'adjectif "contractuelle" désigne la substance du contrat. Instrument nécessaire de la pensée dans les sciences morales, écrit ou oral, il doit être juste¹⁰. Or, véhicule imparfait du contrat, plusieurs contractants ne maîtrisent que médiocrement le langage du droit, source de difficultés non envisagées et partiellement résolues¹¹. La morale et le contrat entretiennent un lien étroit au même titre que le droit et la morale. *L'autonomie de la volonté était fondée sur une prétendue égalité des contractants*¹² et l'appréhension morale méconnaît à l'évidence l'intérêt économique du rapport contractuel. Il est illogique de penser que le bon contrat est celui dont le contenu est immuable et l'exécution délicate mais, à l'inverse, c'est celui qui allie souplesse dans la définition des contenus et rigueur dans leur mise en œuvre¹³. Or si l'égalité juridique est réelle, il s'est avéré, au cours du XIXe siècle, que l'égalité socioéconomique entre les parties n'existait pas. Des liens d'interdépendance entre les parties sont inévitables. La partie dominante impose sa volonté, et libre à l'autre de contracter ou non avec elle¹⁴. Grâce au constat, le législateur est intervenu pour encadrer les inégalités de fait par la sanction des abus et le rétablissement de l'équilibre contractuel. Il intervient également dans l'exécution du contrat, dispensant parfois le débiteur de remplir ses engagements¹⁵. En droit OHADA, les articles 130 et 131¹⁶ l'ont consacré par la sanction des abus dans les décisions collectives des associés majoritaires, minoritaires ou égalitaires de la nullité. Le principe de la liberté contractuelle est réduit par des tempéraments : un ordre public économique de direction¹⁷ et un ordre public contractuel de protection dont le but est la limitation de la liberté des parties¹⁸.

La recherche de la justice contractuelle passe par la sauvegarde de l'intérêt des parties, par la restriction de la liberté du plus fort pour l'égalité contractuelle¹⁹ et la protection de l'intérêt

⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} édition PUF, Paris, 2012, p. 257.

¹⁰ N. NERSON, « Exercice de vocabulaire », *Mélanges P. VOIRIN*, LGDJ, 1967, p. 603 et s. chacun engage sa responsabilité en faisant usage d'un mot, notamment, « *L'écrivain qui altère ou méconnaît le sens des mots, celui qui introduit dans le vocabulaire une incertitude ou une ambiguïté sabotent l'instrument de la pensée et outrepassent leurs droits* », extrait de M. AYME, *Le confort intellectuel*, Flammarion, 1949, p. 85.

¹¹ F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, 10^e édition, Dalloz, 2009, p. 462.

¹² Fr. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Montchrestien, 9^e éd., Tome 2, 1^{er} vol, p. 20.

¹³ E. BROUSSEAU, *L'économiste, le juriste et le contrat*, in *Mélanges Jacques GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 153 et s.

¹⁴ Le contrat d'adhésion est un bel exemple de la rupture d'équilibre entre les parties.

¹⁵ Fr. CHABAS, *op. cit.*

¹⁶ Acte uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSGIE)

¹⁷ G. RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, études Gény, II, 347.

¹⁸ D. BAKOUCHE, *Corrigé-type du sujet les limites à la faculté des parties de déterminer librement le contenu du contrat*, in *Annales de Droit civil des obligations, Méthodologie et sujets corrigés* sous la direction de Annick BATTEUR, Dalloz, Paris, 2012, p. 171.

¹⁹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.*, 1997, n° 25.

général. Le social apparaît comme *une invention nécessaire pour rendre gouvernable une société ayant opté pour un régime démocratique* »²⁰. D'où, le droit est *l'expression étatique de l'organisation sociale déterminant le cadre objectif de la conduite des hommes et des femmes dans un espace donné. Cette approche du droit retient l'Etat comme le moyen ou l'outil qui permet d'atteindre les fins fixées du droit. Or de plus en plus, la création de la règle de droit excède la compétence des Etats et saisissant l'ouverture des frontières étatiques se communautarise et s'universalise*²¹. « *Il faut que le droit soit compatible avec les aspirations des peuples et l'opinion publique pour que le corps social ne le rejette pas. Sinon, faute de pénétrer dans l'ordre juridique, il reste lettre-morte et perd toute effectivité* »²². Grâce à la morale, « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »²³. Ce sont des interdits sociaux d'où le droit se socialise²⁴.

A la suite de Saleilles, Geny, Demogue, Josserand rejoint ce mouvement doctrinal d'ouverture du droit sur le social. Ce défi d'une nécessité légendaire permet la rencontre inédite de l'idéal républicain et la forme démocratique grâce à « *l'éclatement de la capacité consensuelle que l'on prêtait jusqu'alors au droit, et qui en faisait l'instrument par excellence de l'organisation républicaine de la société* »²⁵.

Par la morale républicaine, Josserand prône la victoire des valeurs sociales, d'harmonie des droits subjectifs et de protection des faibles contre la force brutale et la puissance. Par contre adepte de la morale chrétienne, Georges RIPERT perçoit *cette protection comme un produit peu désirable de l'esprit démocratique et un corollaire de la loi du nombre*²⁶. Visiblement, le fort l'intéresse plus que le faible mais, il rejoint Josserand en prônant la protection des faibles par la sanction de l'exploitation injuste des faibles²⁷ pour lésion. Mais reprenant Savatier, il observait que « *l'abus de droit lui semble constituer un conflit entre le droit et la morale ou, avec plus de précision, entre*

²⁰ J. DONZELOT, *L'invention du social, Essai sur le déclin des passions politiques*, Seuil 1994, p.13 et 14.

²¹ J. DJOGBENOU, Cours de Droit communautaire, Polycopie, FADESP-UAC, SJ4, Année académique 2010, inédit.

²² J. BERGEL, « La relativité du droit ? », *Revue de recherches juridiques*, n°3/ 1986, P.13 et s.

²³ Article 6 du Code civil.

²⁴ J. CHARMONT, « La socialisation du droit », (leçon d'introduction d'un cours de droit civil), *Revue de métaphysique et de morale*, 1903, p. 380 et s. Sur cette question, il faut lire les travaux de Ch. JAMIN : R. DEMOGUE et son temps, *Réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, RIEJ 2006.56, p.5 et s. « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique », *Droits 2010-51*, p.137 et s.

²⁵ J. DONZELOT, *L'invention du social*, op. cit., p.36.

²⁶ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, Amazon, 1948, n° 95, p. 167.

²⁷ Ibid.

le droit positif appartenant à une personne et un devoir moral lui incombant ; en usant de son droit, elle manque à son devoir moral »²⁸.

Les principes emblématiques du modèle contractuel français se traduit, en second lieu, par l'attachement au principe moral du respect de la parole donnée, en vertu duquel un contractant ne peut pas révoquer unilatéralement son engagement contractuel ni d'en modifier le contenu puisqu'elle a une valeur telle qu'elle n'a pas de prix. La vie en société est conditionnée par l'existence de la règle de droit. Cette nécessité de la règle de droit est incontestable pour faire régner la justice et la sécurité. La corrélation de la règle morale et celle de droit sont d'une nécessité inconditionnelle pour le bien-être dans les relations contractuelles puisque la règle morale, dépourvue de sanction plus efficace, de contrainte matérielle²⁹ ne peut à elle seule, gouverner une société³⁰. La règle de droit oblige à réparer les conséquences des actes contraires grâce à la sanction juridique.

Il n'est pas douteux que la règle de droit se trouve obligée de s'arrêter au stade de la justice. Dans nos consciences, la règle de droit ne peut pas dépasser le stade de la justice³¹. La justice est l'ordre des relations entre personnes humaines. La règle de morale est, reste et demeure nécessairement floue, nécessairement vague, très générale au point où, on pourrait l'admettre parmi les notions à contenu variable³². L'obligation de sécurité, de résultat ou de moyens, est le fondement de l'obligation de réparation « à intensité variable »³³ du professionnel. Cette variabilité ruine toute prévisibilité du droit en ce domaine et engendre de nombreuses inégalités dans l'indemnisation des victimes³⁴. C'est indéniable que le *souci de protection du passager et celui de l'équilibre contractuel ont certainement amené la jurisprudence française à consacrer, au début*

²⁸ Ibidem.

²⁹ En droit civil, cette contrainte se manifeste soit d'une forme directe, brutale, soit la sanction consistera à supprimer l'acte qui a été accompli contrairement à la règle en la rendant nul et la sanction va consister dans la condamnation de celui qui a agi contre la règle à réparer les conséquences de son acte. De même, il existe d'autres sanctions des règles de droit ; non plus des règles du droit civil, mais du droit pénal, sanction qui consiste en des condamnations corporelles ou pécuniaires, en des amendes qu'il ne faut pas confondre avec les dommages-intérêts.

³⁰ La règle morale n'a qu'une sanction d'ordre intérieur, qu'une sanction morale, sanction qui, malheureusement, n'est pas de nature à effrayer beaucoup de personnes, à les empêcher d'enfreindre la règle, et à les obliger à réparer les conséquences de leurs infractions à cette règle.

³¹ R. GUARDINI, *Le Seigneur, Méditations sur la personne et la vie de Jésus-Christ*, trad. R. P. Lorson, préf. pape Benoît xvi, t. I, p. 341. ,

³² J. CARBONNIER, *Les notions à contenu variable en droit*, Trav. du Centre national de recherche de logique, Bruxelles, 1984.

³³ D. MAZEAUD, « Le régime de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.*, 1997, 2, n° 9, 1203.

³⁴ Ibid.

du siècle précédent, l'obligation de sécurité à la charge de tout transporteur³⁵. Il faut encore relever, à la décharge du législateur, que le droit cherchant à atteindre un équilibre entre des intérêts contradictoires, est sur une corde raide, oscillant d'un côté ou de l'autre, étant bien souvent obligé d'adopter un parti, nécessairement imparfait : un droit « gris »³⁶. Un exemple significatif en est donné par le droit des procédures collectives. Il est pris entre le désir de punir le commerçant malhonnête, mais aussi celui de ne pas aggraver le sort de ses créanciers et de ne pas nuire aux salariés. Ce flux, reflux et leur rapport à la morale ont été dépeints par Corinne Saint Alary-Houin³⁷.

L'homme ne peut se passer du contrat tant qu'il vit en société³⁸. A l'image de l'adage « Ubi societatis ibi jus », on a « Ubi societas ibi jus, ubi societas ibi contractus »³⁹. Le contrat est ainsi un acte presque inévitable dans la vie d'un homme. Comme le souligne Rémy CABRILLAC, le contrat est consubstantiel à toute société humaine. Le contrat est le principe de la vie juridique, la volonté contractuelle, le principe du contrat⁴⁰. Usité au quotidien et présent dans toutes les relations humaines, le contrat permet de réaliser les objectifs les plus divers tant que l'ordre public et les bonnes mœurs ne sont pas violés⁴¹. La loi n'est légitime que si elle sert l'homme. Il arrive que des règles morales *montent* à la vie juridique, comme Ripert l'a magistralement exposé⁴². Tout l'ingéniosité des juristes aurait consisté à « tracer la ligne séparative du droit et de la morale et de la hérissier de telles défenses que la tyrannie ne pût prendre pour prétexte le respect de la vertu »⁴³. C'est légitime de clamer que le droit est une des composantes de la morale et de soutenir que qu'elle « est le droit commun de l'univers »⁴⁴, dans le droit naturel⁴⁵, ou Habermas voulant que la morale « légitime » le droit. Quant à Nietzsche, il fonde le lien social dans le rapport de

³⁵ Cass. Civ., 21 novembre 1911, Dalloz Professionnel, 1913, 1, p. 249, conclusion SARRUT.

³⁶ P. RICŒUR, L'éthique du gris, cité par Philippe MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 1996, p. 155.

³⁷ C. S. ALARY-HOUIN « Morale et faillite », In *La Morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 159 et s.

³⁸ S. F. CISSOUMA, *Droit Civil des Obligations au Mali*, éd. Bittar, 2011.

³⁹ R. CABRILLAC, *Droits fondamentaux et notion du contrat, regard privatiste*, in *Contrats et droits fondamentaux*, (Dir.) A. PELISSIER, et D. COSTA, PUAM, 2011, Paris, p. 127.

⁴⁰ J. CARBONNIER, *Droit civil, 4, Les obligations*, 22^e édition, PUF, 2000, n° 16, p. 53. Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 8^e éditions, Litec, 2003, n° 70, p. 52. A. BENABENT, *Droit civil, Les obligations*, 12^e édition, Montchrestien, 2010, n° 161.

⁴¹ Article 6 du code civil.

⁴² G. RIPERT, *La Règle morale...*, op. cit., n° 4.

⁴³ Ibid.

⁴⁴ PORTALIS, *Droit et morale*, Seuil, 1997, p. 78 et s.

⁴⁵ Portalis l'affirmant parlait plutôt du droit naturel.

dépendance du débiteur envers le créancier, donc dans une notion juridique mais élargie, créant une éthique de la dette⁴⁶.

L'homme est la fin ultime du droit. Les auteurs reconnaissent que le droit n'est pas *neutre* mais il reflète l'idéologie ambiante et la traduit en actes⁴⁷. C'est pourquoi, la morale intervient dans la souveraineté contractuelle et la régit. Par l'exigence accrue d'équité, le respect des valeurs sociales fondamentales, la morale se manifeste par l'objet du contrat. Le droit des contrats concilie le respect de la morale dans le contrat ? Le contrat n'est-il pas l'un des *outils juridiques* par lesquels la morale est distillée dans le droit ? « Aussi, de nouvelles mesures permettent de protéger des nouveaux faibles face à l'oppression des forces économiques et sociales du monde contemporain »⁴⁸. Il est donc tentant de puiser dans la morale, des règles de conduite afin d'imposer de nouveaux devoirs⁴⁹. En droit, de nombreuses règles empruntées à la morale et détectées par Ripert⁵⁰, lui a permis de démontrer qu'il ne saurait y avoir de séparation absolue du droit et de la morale⁵¹. Les déviations constatées pourraient être réglées par de nouveaux devoirs empruntés de moralité tels que le devoir de loyauté. C'est pourquoi, la résurgence des notions de bonne foi, d'équité ou d'abus de droit, l'émergence de la proportionnalité, de la fraternité contractuelle, témoignent d'un véritable renouveau de la philosophie contractuelle⁵². Ces règles morales rendues obligatoires par le législateur ou le juge⁵³ garantissent l'efficacité du contrat. La règle morale est condamnée à intégrer le droit et le contrat par touches successives⁵⁴. C'est à bon droit d'une part, que la formation du contrat soit empreinte de morale (I) et qu'elle induise une protection dans son exécution d'autre part (II).

⁴⁶ F. NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, Le Monde, Paris, Flammarion, 2010, p. 13. N. SARTHOULAJUS, *L'Éthique de la dette*, PUF, 1997.

⁴⁷ Ph. JESTAZ, *Le Droit*, Dalloz, 3^e éd., 1996, p. 36 et s. A.-J. ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil*, LGDJ, 1973, mais dont la perspective marxiste fausse les conclusions, souvent exagérées.

⁴⁸ L. JOSSERAND, « La protection des faibles par le droit », art. préc., p.177.

⁴⁹ Voir la conception kantienne de la morale du devoir, E. KANT, *Métaphysique des mœurs I*, Fondation, introduction, par Alain RENAULT, 1994, G F- Flammarion, 1^{ère} éd. 1797.

⁵⁰ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd., 1949, p. 23, n°14.

⁵¹ D. ALLAND et S. RIALS, (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, coll. Quadrige, 2003, p. 1040.

⁵² S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, LGDJ, Paris, 2000, 537 pages.

⁵³ G. RIPERT, op.cit., 23, n°14.

⁵⁴ S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, LGDJ, Paris, 2000, 537 pages.

I- UNE FORMATION EMPREINT DE REGLE MORALE

Le contrat est défini par l'article 1101 du Code civil⁵⁵. Selon cette disposition, le contrat est une espèce d'une catégorie plus large que la convention, même si la doctrine s'accorde aujourd'hui à considérer les deux termes comme synonymes.

Cette vision extensive du contrat est partagée par les propositions de l'Académie des privatistes européens⁵⁶. Ainsi, nos deux sous axes sont un instrument de formalisation consacrée (A) et une prépondérance interprétative évolutive (B).

A- Un instrument de formalisation consacrée

La formalisation du contrat est une nécessité. Fort de ce constat, d'une nécessité indéniable de protection (1) on est passée à une nécessité vitale dans les affaires (2).

1- Une nécessité de protection des contractants

Depuis l'arrêt Chronopost⁵⁷, la jurisprudence prend en compte l'économie du contrat, son intérêt pour les parties⁵⁸, la théorie de la cause étant mise au service de l'équilibre du contrat, de la justice contractuelle⁵⁹. Certains auteurs ont insisté sur le rôle économique du contrat, dont le fondement serait d'être la « *judiciarisation des besoins et des activités économiques* »⁶⁰. Telle est d'ailleurs la conception du droit anglais pour qui le contrat est avant tout une affaire, a bargain⁶¹ : l'élément essentiel du *contrat* est la *considération*, la contrepartie que recherche chaque partie qui s'engage.

Le besoin de justice est l'un des plus élémentaires et l'un des plus impérieux que nous ressentions. L'être humain quel que soit son âge, se révolte contre l'injustice. C'est pourquoi,

⁵⁵ C'est la « convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

⁵⁶ Gaz. Pal. 21 fév. 2003, texte du projet et présentation par Jean-Pierre GRIDEL. Le texte du projet est aussi disponible sur le site : <http://www.accademiagiurprivatistieuropei.it>.

⁵⁷ Com. 22 oct. 1996 (arrêt Chronopost), *Bull. civ.* no 261, *D.* 1997, 121 note Alain SERIAUX; *JCP* 1997, II, 22881, note D. COHEN; *RTD civ.* 1997, 418, obs. Jacques MESTRE. *Ad.* : Civ. 1re, 3 juill. 1996, *Bull. civ.* no 286, *D.* 1997, 500 note P. REIGNÉ. *Ad. les crit.* de Christiaan LARROUMET, Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité, *D.* 1997, 145. Sur les suites de cet arrêt : Com. 9 juillet 2002, *JCP* 2002, II, 10176, note G. LOISEAU et M. BILLIAU.

⁵⁸ A. ZELCEVIC-DUHAMEL, « La notion d'économie du contrat en droit privé », *JCP* 2001, I, 300.

⁵⁹ J.-M. GUEGUEN, « Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle », *D.* 1999, chron. 51.

⁶⁰ J.-M. POUGHON, « L'approche économique du contrat », *Droits*, n° 12, p. 57.

⁶¹ R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, 2e éd., LGDJ, 1985, nos 71 et s.

contre toute injustice, la conscience humaine se révolte. L'être humain y réagit parce que la vie en société serait impossible si les plus forts pouvaient écraser les plus faibles. La règle de droit trouve alors sa plénitude.

Pour vivre en société, l'homme a encore plus besoin de sécurité que de justice. Ainsi, les besoins de justice et de sécurité sans la satisfaction desquels la vie en société est impossible, obligent à tracer une règle de conduite qui ne peut qu'être soit l'émanation de la morale ou du droit. La règle morale n'est-elle pas une règle suffisante ? A-t-on besoin d'avoir à côté d'elle une règle de droit ?

Mais, reconnaissons tout de même sa nécessité parce que la règle morale ne peut à elle seule, gouverner une société. C'est pour cette raison que la règle de droit crée une sanction plus efficace, qui, elle, contraindra matériellement les individus à ne pas faire ce qui est défendu, une sanction qui frappera ceux qui ont enfreint la règle et qui les obligera à réparer les conséquences des actes contraires. C'est pourquoi, à la règle de droit est attachée la contrainte⁶².

2- Une nécessité vitale dans les affaires

La nécessité de la sanction juridique est alors indispensable. L'inaptitude de la règle de morale à gouverner les hommes en société provient de la morale chrétienne⁶³.

Il n'est pas douteux que la règle de droit se trouve obligée de s'arrêter au stade de la justice. Pour que la vie en société soit possible, il faut établir la justice dans les rapports entre les hommes, il faut que chacun rende à autrui ce qui lui est dû, il faut que celui qui fait tort à autrui soit puni. Dans nos consciences, il ne peut être qu'une règle de conduite individuelle.

D'ailleurs, c'est ce qui justifie la triste nécessité sociale de justice. Elle est « triste » en raison de ce que la règle de droit ne peut pas dépasser ce stade de la justice⁶⁴. Voilà pourquoi, la règle morale est reçue par le droit.

Mais si la règle de morale ne suffit pas, c'est qu'elle ne peut pas contenir une réglementation suffisamment complète, suffisamment précise, pour donner aux hommes cette

⁶² En droit civil, cette contrainte se manifeste soit d'une forme directe, brutale, soit la sanction consistera à supprimer l'acte qui a été accompli contrairement à la règle en la rendant nul et la sanction va consister dans la condamnation de celui qui a agi contre la règle à réparer les conséquences de son acte. De même, il existe d'autres sanctions des règles de droit ; non plus des règles du droit civil, mais du droit pénal, sanction qui consiste en des condamnations corporelles ou pécuniaires, en des amendes qu'il ne faut pas confondre avec les dommages-intérêts.

⁶³ St. Mathieu, op. cit.

⁶⁴ R. GUARDINI, *Le Seigneur*, op. cit., t. I, p. 341.

sécurité dont ils ont besoin pour vivre en société. La règle de morale est, reste et demeure nécessairement floue, nécessairement vague, très générale au point où, on pourrait l'admettre parmi les notions à contenu variable⁶⁵. L'obligation de sécurité est le fondement de l'obligation de réparation du professionnel. Elle est tantôt de résultat, tantôt de moyens. Selon Denis MAZEAUD, c'est une obligation « à intensité variable. Variabilité qui ruine toute prévisibilité du droit en ce domaine et engendre de nombreuses inégalités dans l'indemnisation des victimes »⁶⁶. *Le souci de protection du passager et celui de l'équilibre contractuel ont certainement amené la jurisprudence française à consacrer, au début du siècle précédent, l'obligation de sécurité à la charge de tout transporteur*⁶⁷.

Les auteurs comme Domat et Pothier⁶⁸, et surtout les interprètes du XIXe et du début du XXe siècle fondaient le contrat sur la théorie de l'autonomie de la volonté. Ainsi, le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'engagent⁶⁹. Cette théorie s'inspirait de doctrines philosophiques et économiques variées.

D'un point de vue philosophique, l'origine de la théorie de l'autonomie de la volonté doit certainement être cherchée chez les canonistes. Le contractant qui a donné sa parole est lié s'il ne veut pas mentir, commettre un péché : *Pacta sunt servanda*. Mais l'autonomie de la volonté puise surtout ses racines dans le droit naturel laïc et la philosophie du siècle des Lumières : l'homme est libre et ne peut être lié que parce qu'il l'a voulu, dans la mesure de ce qu'il a voulu. Poussant ce raisonnement à l'extrême, Rousseau a voulu faire du contrat social librement accepté par les citoyens le fondement de toute société⁷⁰.

D'un point de vue économique, l'autonomie de la volonté est le substrat du libéralisme. La loi du marché repose sur l'idée d'échange, et son meilleur instrument est le contrat dont la conclusion et le contenu sont abandonnés à la libre négociation des individus. Dans une formule célèbre Fouillée, disciple de Kant, affirmait que « Qui dit contractuel dit juste », que l'on pourrait compléter dans l'esprit de son auteur, « Qui dit contractuel dit efficace »⁷¹.

⁶⁵ Ch. PERLEMAN et R. VANDER ELST, *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1984, 377p.

⁶⁶ D. MAZEAUD, *Le régime de l'obligation de sécurité*, Gaz. Pal., 1997, 2, n° 9, 1203.

⁶⁷ Cass. Civ., 21 novembre 1911, Dalloz Professionnel, 1913, 1, p. 249, conclusion SARRUT, Cass. civ., 21 novembre 1911, S. 1912, I.73, note Ch. Lyon-Caen, D. 1913.I. 249.

⁶⁸ J.-L. GAZZANIGA, « Domat et Pothier, Le contrat à la fin de l'Ancien Régime », *Droits*, n° 12, 37 et s.

⁶⁹ V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, 1980, préf. Lévy.

⁷⁰ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*.

⁷¹ E. PUTMAN, « Kant et la théorie du contrat », *RRJ*, 1996, 685 et s.

En droit français, le contrat est conçu comme un échange de consentements auxquels chacun doit être fidèle au nom du respect de la parole donnée⁷². C'est avouer l'importance de la règle morale. Le respect de la parole donnée est la norme morale qui habite le droit du contrat et, bien sûr, celle qui gouverne la formation du contrat. C'est donc à juste titre que le Professeur Georges RIPERT affirme que « *le droit dans sa partie la plus technique*⁷³ *est dominé par la loi morale*⁷⁴. Il est indéniable que la doctrine formalise la règle morale afin qu'elle soit le fondement de l'ordre social⁷⁵. La règle morale façonne ainsi le droit, d'ailleurs, elle s'en empare en vue de lui donner un sens. On pourrait cependant se méprendre en pensant que les théories nourries au lait de la règle morale apparaissent comme de pures constructions. Ce qu'elle ne saurait être. Tout de même, il paraît indéniable de reconnaître à la règle morale sa fonction normative⁷⁶.

Le droit des obligations n'a pas structurée la période précontractuelle. Dans ce contexte, le recours à la règle morale s'avère indispensable voir crucial. Il est nécessaire de reconnaître qu'en l'espèce, le « respect de la parole donnée » offre à l'obligation de tenir sa promesse une force hors le droit ; elle y puise une vigueur que ne lui confère pas la seule jurisprudence des concepts⁷⁷.

Quant à la formalisation du droit, l'emploi de la morale dans l'interprétation des normes juridiques leur confère un ordre indéniable. Par contagion, l'unité profonde de discours, de principes, de pratiques et de but de la morale⁷⁸ structure le droit conformément à « l'idée d'une morale comme unité »⁷⁹.

B- Une prépondérance interprétative évolutive

« *L'office du juriste peut s'appeler interprétation* »⁸⁰. Dans le Code civil, au sein du chapitre relatif à l'effet des obligations, une section V est consacrée à « l'interprétation des

⁷² Y.-M. LAITHIER, « Clause pénale et dommage et intérêts incitatifs », dans Christophe JAMIN (dir.), *Droit et économie des contrats*, Paris, LGDJ, 2008, p. 148.

⁷³ Il s'agit bien évidemment du droit des obligations.

⁷⁴ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e édition, Paris, LGDJ, 1949, p. 1.

⁷⁵ G. RIPERT, *op. cit.*, p. 29 : « un juriste ne doit pas seulement être le technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit les textes de loi ; il doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral, et, parce qu'il a une parcelle de la puissance intellectuelle, il doit utiliser cette puissance en luttant pour ses croyances ». Rapprocher, à propos de François GENY : Ph. JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, préc., note 9, p. 166.

⁷⁶ G. RIPERT, préc., note 61, p. 6.

⁷⁷ Il s'agit de la théorie de l'offre ou de celle de la promesse de contrat.

⁷⁸ Ph. CHOLET, « Note de l'éditeur », dans Fr. NIETZSCHE, *Généalogie de la morale*, Le Monde, Paris, Flammarion, 2010, p. 13.

⁷⁹ Ph. CHOLET, « Note de l'éditeur », *op. cit.*

⁸⁰ M. VILLEY, *Archives de Philosophie du Droit* T. XVII, 1972 : *L'interprétation dans le droit*, p. 3.

conventions ». Interpréter, c'est élucidé, expliqué, levé l'équivoque d'un double sens d'un même texte.

Alors, une prépondérance prouvée par la vérité du droit (2) sera précédée d'une prépondérance motivée par la sécurité juridique (1).

1- Une prépondérance motivée par la sécurité juridique

Pour les professeurs Malaurie, Aynes, et Stoffel-Munck, « l'interprétation d'un contrat est la recherche de la volonté des parties »⁸¹, nécessaire pour l'appliquer. Un contrat consiste donc à « en rechercher la signification »⁸². Pour le Professeur Eric Sériaux, l'interprétation est « l'opération juridique qui consiste à définir quels sont exactement les droits et les obligations des parties aux contrats »⁸³.

L'interprétation est un office particulier du juge⁸⁴. En effet, il ne s'agit pas seulement ici de trancher un litige, le juge doit donner du sens. Interpréter un contrat est donc une tâche particulièrement noble, puisqu'il s'agit de rendre clair un acte flou et obscur. En interprétant un contrat, le juge exerce un premier office « ordinaire » : il tranche un litige, une contestation⁸⁵.

Dans l'interprétation du droit des contrats, le rôle de la règle morale voire de la logique devrait être prépondérant. C'est pourquoi, l'activité de formalisation de la doctrine assure la réalisation d'un objectif fondamental dans une société de libre marché qu'est la sécurité juridique.

Selon le doyen Carbonnier, la sécurité juridique⁸⁶, c'est le besoin juridique élémentaire, si l'on ose dire animal ; ce besoin implique une garantie ou une protection tendant à exclure du champ juridique le risque d'incertitude ou de changement brutal dans l'application du droit⁸⁷. L'un des piliers de la sécurité juridique c'est donc la force obligatoire des conventions.

⁸¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, Paris, éd. Defrénois, 2004, n° 772.

⁸² A. SERIAUX, *Droit des obligations*, Paris, éd. PUF, 1998, 2^{ème} éd., n° 43, coll. Droit fondamental.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Sur l'idée d'offices (au pluriel) du juge, voir l'article de Mme M.-A. FRISON-ROCHE, *Les offices du juge*, in *Mélanges Jacques FOYER*, Paris, éd. PUF, 1997, p. 463.

⁸⁵ Il ne sera tenu compte dans le présent exposé de la seule interprétation judiciaire du contrat. Celle arbitrale, également riche d'enseignement, révèle souvent une similitude avec la démarche judiciaire. Pourtant, elle ne sera pas étudiée ici, par soucis de clarté et de synthèse du propos.

⁸⁶ A. LEBORGNE, E. PUTMAN (dir), « Rapport introductif », Acte du Colloque sur "Les obstacles à l'exécution forcée: permanence et Evolutions", (dir.), Paris, Editions Juridiques et Techniques, 2009, pp.1-9, n°4, p. 5.

⁸⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, 4, Les obligations*, 22^e édition, PUF, 2000.

Les exigences mises en place concernent non seulement les exigences traditionnelles de la vie des affaires mais aussi les impératifs du commerce juridique. Si les commerçants se sont forgés un droit sur mesure, c'est parce que le droit civil classique ne répondait pas à leurs besoins. Le droit commercial a été créé pour satisfaire plusieurs exigences. Les opérations commerciales nécessitent du crédit. Enfin, pour l'exercice du commerce et de l'industrie, il faut des structures juridiques adaptées. Le droit commercial n'est plus seulement soumis aux exigences traditionnelles de rapidité et de sécurité de la vie des affaires. Il prend en considération l'exigence de crédit.

Si un droit commercial s'est développé en marge du droit civil (ce qui ne va pas de soi, beaucoup de pays ignorant la distinction), c'est d'abord dans le but de faciliter la conclusion et l'exécution des opérations commerciales. Le droit civil est apparu trop formaliste. Pour cette raison, la preuve est plus facile à établir en matière commerciale. De même, la négociation des contrats, leur exécution, la transmission des créances commerciales ont toujours été soumis à des règles dérogatoires. Les procédures commerciales se veulent elles aussi plus rapides. Le rôle de la logique voire de la morale dans le droit demeure prépondérant⁸⁸.

Cependant, la rapidité des transactions ne doit se faire au détriment de l'exigence de sécurité d'autant que *l'activité de formalisation de la doctrine assure la réalisation d'un objectif fondamental dans une société de libre marché qu'est la sécurité juridique*⁸⁹.

L'exigence de sécurité est tout aussi fondamentale. *La sécurité juridique est une exigence fondamentale, qui concerne aussi le droit de la concurrence*⁹⁰. Mais l'importance que la doctrine civiliste accorde au principe de sécurité juridique pourrait être relativisée⁹¹. Le droit n'a pas à sacrifier tous les intérêts, comme celui de la liberté individuelle, dont il est pourtant aussi obligé de se préoccuper, à la satisfaction du besoin de sécurité⁹². Les transactions ne peuvent se

⁸⁸ S. PIMONT, Critique des théories de la formation du contrat. Etude de droit civil français, 44-3 R.J.T., 2010, p. 139.

⁸⁹ Ibid. 139.

⁹⁰ A propos de l'exigence de prévisibilité du droit posé par l'article 7 de la CEDH, D. WAELBROECK, « Twelve feet all dangling down and six necks exceeding long » : the EU Network of Competition Authorities and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms», in C.-D. EHLERMANN et I. ATANASIU (éds.), European Competition Law Annual 2002 – Constructing the EU Network of Competition Authorities, Oxford, Hart Publishing, 2005, Oxford, Hart Publishing, pp. 465-484, spec. p. 468.

⁹¹ Th. PIAZZON, *La sécurité juridique*, Paris, Defrénois, 2009.

⁹² R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique*, Paris, Librairie Nouvelle de droit et de jurisprudence Rousseau (réimpression par les éditions La mémoire du droit), 1911, p. 63.

développer que si elles ne risquent pas d'être facilement contestées. Les paiements une fois effectués ne doivent pas pouvoir être remis en cause.

Pour satisfaire cet impératif, le droit commercial a développé des théories originales, telle celle de l'apparence, qui va protéger celui qui, de bonne foi, s'est fié à la qualité annoncée d'une personne ou à l'apparence d'un document. Tout le droit cambiaire s'est ainsi construit à partir de cette exigence. Il est tenu compte de la seule signature apposée sur le titre.

*Les nombreuses règles de publicité imposées pour l'exercice de l'activité commerciale et pour de nombreuses opérations contribuent aussi à cette sécurité juridique*⁹³.

Tout entrepreneur a besoin de crédit, que celui-ci lui soit consenti par son banquier ou par son fournisseur. *Il n'est donc pas surprenant de constater que beaucoup d'institutions propres à la vie des affaires ont pour objet de favoriser l'octroi de crédit, la garantie du prêteur ou son remboursement en cas de défaillance de l'emprunteur. Il faut citer l'escompte de l'effet de commerce, les cessions de créances professionnelles, les différents nantissements, les procédures collectives.*⁹⁴

Le droit des affaires et le droit économique ont un souci commun nous semble-t-il « *souci de mieux rendre compte des réalités économiques en ayant une vision plus globale de la vie juridique*⁹⁵ ». *La tension entre l'approche économique et la sécurité juridique est encore aujourd'hui un sujet de préoccupation récurrent*⁹⁶

L'entreprise est le principal acteur de la vie économique. Mais ne saurait être celui de la vie juridique, car dépourvu de la personnalité juridique. *Il y a marché dès lors que les échanges sont régulés par une autorité*⁹⁷. En ce sens, il y a un droit des marchés financiers. *Le droit de la concurrence et le droit de la consommation constituent également un droit du marché*⁹⁸. Le marché peut être régional, national, communautaire, mondial. Le droit du marché se préoccupe en effet

⁹³ D. LEGEAIS, *Publicités légales et information dans les affaires*, CREDA, Litec, Paris, 1992, p. 8.

⁹⁴ D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, édition Armand Colin, Paris, 2000, p. 2.

⁹⁵ Cl. CHAMPAUD, *Le droit des affaires*, Que sais-je ?, 1981 ; CREDA, *Quel droit des affaires pour demain ?* Litec, Paris, 1994. J. PAILLUSEAU, « Le big bang des affaires à la fin du XXe siècle ou les nouveaux fondements du droit des affaires », *JCP*, édition Economica, Paris, 1988, I. 3 330. B. MERCADAL, « Le droit des affaires, pourquoi ? », *JCP*, édition Economica, Paris, 1985, I. 14 401. P. DIDIER, *Le droit commercial, connaissance du droit*, Dalloz, Paris, 1998, 149 pages.

⁹⁶ M.-A. FRISON-ROCHE, *Droit de la concurrence*, Dalloz, Coll., « Précis », 1^{ère} édition, Paris, 2006, n° 7, PP : 9-10. M. MALAURIE-VIGNAL, « Sécurité juridique, efficacité et cohérence », *Contrats. Concurrence, Consommation*, 2006, n° 10, répertoire n° 9.

⁹⁷ La régulation consiste à instaurer et à maintenir les grands équilibres de secteurs qui ne peuvent pas par leur seule force les créer ou les maintenir.

⁹⁸ D. LEGEAIS, « Droit du marché et droit commun des obligations », *RTD com.* 1998, p. 1.

d'abord de l'intérêt collectif. Des règles doivent être énoncées pour protéger des catégories d'intervenants, pour assurer le libre accès au marché, sa transparence, sa liquidité, sa sécurité. Comme il a été écrit « *le droit du marché peut ainsi être un droit unificateur qui permettrait de surmonter les oppositions classiques entre le droit civil et le droit commercial, le droit de la consommation et le droit des obligations*⁹⁹ ».

La loi sur la régulation, *véritable texte fourre-tout intéressant le droit de la concurrence, le droit des sociétés et le droit des marchés financiers tente de satisfaire ces différents impératifs*¹⁰⁰.

*La jurisprudence joue une fonction créatrice*¹⁰¹. Les décisions judiciaires jouent le même rôle en droit civil qu'en droit commercial : elles interprètent la loi, la complètent et parviennent même à la faire évoluer au gré des besoins¹⁰². La jurisprudence a ainsi fixé le régime de l'action en concurrence déloyale. Or, la concurrence déloyale dénote de la violation de la morale dans les affaires.

La force du droit communautaire résulte de l'application de deux principes fondamentaux. Le principe de l'application immédiate ou directe et celui de la primauté du droit communautaire.

L'actuel droit communautaire de l'espace UEMOA repose sur des principes essentiels : celui de *la libre concurrence*¹⁰³, de la liberté d'entreprendre, et la liberté de circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux.

Outre, les exigences traditionnelles de rapidité et de sécurité de la vie des affaires, on assiste à la prise en considération les impératifs du commerce juridique.

Un courant de pensée aux racines anciennes quoique floues, le solidarisme contractuel, a récemment ressurgi, porté par de jeunes et talentueux auteurs, pour considérer le contrat non plus comme la rencontre d'intérêts égoïstes mais une œuvre de coopération entre partenaires¹⁰⁴. Ainsi, la confiance pourrait ainsi constituer un fondement du contrat¹⁰⁵. Esquisse de la portée du principe.

⁹⁹ Y. GUYON, « Synthèse du Colloque, Droit du marché et droit commun des obligations », *RTD com.* 1998, p. 130

¹⁰⁰ D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, op. cit., p. 8.

¹⁰¹ G. CORNU, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, 13^e édition, Paris, 2007, n° 72, p. 46.

¹⁰² P. BLEZARD, « Le nouveau visage du juge économique et financier », in Etude à la mémoire d'Alain SAYAG, Litec, Paris, 1997, p. 147.

¹⁰³ Ce principe a été posé par le décret d'Allarde des 12 et 17 mars 1791.

¹⁰⁴ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Mélanges F. TERRE*, op. cit., p. 603. Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Etudes offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 441 ; *Le solidarisme contractuel*, sous la dir. de Marc NICOD et Luc GRYNBAUM, Economica, 2004.

¹⁰⁵ V. EDEL, *La confiance en droit des contrats*, thèse, Montpellier, 2006.

Une telle contre-théorie, à condition d'en admettre l'existence, serait originale par sa portée. Elle n'aurait pas pour effet de conditionner la formation du contrat au principe de la « justice » ou « d'utilité sociale »¹⁰⁶ ou d'imposer des obligations au nom du « solidarisme »¹⁰⁷. Ainsi, les exigences d'adaptation et d'équilibre d'une part et celles de transparence et de loyauté seront convoquées dans cette étude.

Le droit commercial classique, pas plus que le droit civil ne se souciait d'assurer l'équilibre des relations juridiques. Chacun devait négocier au mieux de ses intérêts. Aujourd'hui, le législateur intervient *pour protéger des catégories d'intervenants qui sont en situation d'infériorité, par exemple des distributeurs ou des fournisseurs dans la distribution*¹⁰⁸. Le droit du marché est soumis à un principe d'égalité : le souci d'équilibre inspire le droit de la concurrence et le droit de la consommation. Mais le droit des sociétés et le droit financier sont également concernés.

Le droit communautaire *OHADA sanctionne toutes les formes d'abus*¹⁰⁹. *N'hésitant pas à remettre en cause des principes aussi forts que celui de l'intangibilité du contrat*¹¹⁰.

C'est cette même exigence d'équilibre qui justifie l'apparition et le développement d'un principe de proportionnalité qui trouve des applications dans toutes les branches du droit commercial¹¹¹ et qui justifie par exemple une limitation des clauses de non concurrence.

C'est pourquoi, la transparence qui n'est devenue familière aux juristes que dans la décennie 1980 après passage par la politique¹¹² s'est vue saisie par le prétoire. Ainsi donc, plus significativement, la jurisprudence a conféré à l'exigence de transparence un effet positif (et préventif) en imposant au vendeur professionnel l'obligation d'informer l'acheteur, aussi

¹⁰⁶ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », Archives de philosophie du droit, t. 26, 1981, p. 35.

¹⁰⁷ Ch. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », dans *Etudes offertes à Jacques GHESTIN*. Le contrat au début du XXI^e siècle, Paris, LGDJ, 2001, p. 44. D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarisme, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », dans *L'avenir du droit, Mélanges en honneur de François TERRE*, Paris, PUF, Dalloz, Juris-classeur, 1999, p. 617. Y. LEQUETTE, « Bilan du solidarisme contractuels », dans *Mélanges offerts à Paul Didier*, Paris, Economica, 2008.

¹⁰⁸ Loi du 1^{er} juillet 1996, sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales. Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques.

¹⁰⁹ Seront ainsi sanctionnés les clauses abusives, les abus de domination, les abus de faiblesse d'autrui.

¹¹⁰ B. FAGES et J. MESTRE, « L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations », *RTD com.* 1998, p. 81. D. MAZEAUD, « Que reste-il de l'intangibilité du contrat ? », *Droit et Patrimoine*, mars 1998.

¹¹¹ D. LEGAIS, « Existe-il un principe de proportionnalité », *Petites affiches*, 1998.

¹¹² J. CARBONNIER, *Droit Civil, Les biens, les Obligations*, op. cit., n° 997, p. 2061.

complètement que possible, les caractéristiques, des défauts des dangers éventuels de la chose vendue¹¹³.

Traditionnellement, le droit commercial reposait sur un principe de secret des affaires¹¹⁴. Cette règle a montré ces limites car elle peut favoriser la fraude. Le secret bancaire a ainsi favorisé la fraude fiscale, le blanchiment de l'argent sale¹¹⁵. Ensuite le secret constitue une entrave au jeu de la libre concurrence. Enfin, le secret se révèle être un instrument de domination au profit des grandes entreprises, des centrales d'achat par exemple.

Pour ces raisons, ce sont les mérites de la transparence, instrument de moralité et d'équilibre des relations contractuelles, qui sont soulignés¹¹⁶. Cette idée se trouve très féconde. Elle justifie par exemple que les pouvoirs d'investigations de plus en plus importants soient reconnus aux enquêteurs de la commission des opérations de bourse et du conseil des marchés financiers. C'est également au nom du principe nouveau de transparence que les producteurs sont tenus de communiquer leurs barèmes de prix et leurs conditions de vente¹¹⁷. Il convient enfin de rattacher à l'impératif de transparence toutes les règles relatives à la publicité des opérations commerciales¹¹⁸.

Le principe de loyauté, tend aujourd'hui à devenir l'un des principes directeurs de la vie des affaires. Son importance traduit la volonté du juge et du législateur de restaurer une morale des affaires¹¹⁹.

Le principe de loyauté éclaire de nombreuses solutions dans les principaux domaines du droit des affaires.

Tout d'abord, s'agissant des contrats, les juges sanctionnent la mauvaise foi des parties dans la formation et l'exécution des conventions¹²⁰. Grâce à la réticence dolosive, les juges peuvent également sanctionner des manquements au devoir de loyauté contractuelle. Le code de la

¹¹³ J. CARBONNIER, *Droit Civil, Les biens, les Obligation*, op. cit., n° 997, p. 2061.

¹¹⁴ Ch. GAVALDA, « Le secret des affaires », in *Mélanges René SAVATIER*, Dalloz, Paris, 1965, p. 291.

¹¹⁵ R. SOCKENG, *Droit pénal des affaires OHADA*, 1^{ère} édition, Presse MINSI Le COMPETING, Cameroun, 2007.

¹¹⁶ La transparence, RJC, numéro spécial, nov. 1993 ; E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, thèse, Limoges, 1995.

¹¹⁷ M. MALAURIE-VIGNAL « Transparence tarifaire et liberté contractuelle », *JCP édition Economica*, Paris, 1996, I. 537.

¹¹⁸ D. LEGEAIS, *Publicités légales et informations dans les affaires*, CREDA, Litec, Paris, 1992, p. 285.

¹¹⁹ B. OPPETIT, « Ethique et vie des affaires », in *Mélanges offerts à André COLOMER*, Litec, Paris, 1993, p. 319. J. LEONNET, « Ethique des affaires et droit des contrats », *Dalloz affaires*, n° 3, 1995. J. Fr. BARBIERERI, « Morale et droit des sociétés », *Petites affiches*, 7 juin 1995 ; D. LEGEAIS, *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, Paris, 1996, p. 7.

¹²⁰ Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, qui sanctionne l'abus dans la fixation des prix.

consommation consacre également ce devoir de loyauté dans les transactions commerciales. Ainsi, l'article 212-1 énonce que « *dès la première mise sur le marché, les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs*¹²¹ ». L'article 7-2 de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandise érige la bonne foi en principe général d'interprétation de l'ensemble des dispositions de la convention. *La reconnaissance jurisprudentielle d'un devoir de coopération entre les parties traduit également la force de l'exigence de loyauté en matière contractuelle*¹²².

*Les risques engendrés par les NTIC et certains produits imposent la mise à la charge des professionnels d'une obligation de sécurité. Il justifie le nouveau droit de la responsabilité du fait des produits*¹²³.

2- Une prépondérance prouvée par la vérité du droit

En réalité, avant de devenir l'une des plus importantes préoccupations du droit de la consommation, l'obligation générale de sécurité naquit grâce à la jurisprudence civile, s'appuyant sur l'article 1135 du Code civil qui dispose que « *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* »¹²⁴.

Josserand dénonce le passage d'un contrat simplement contrôlé par le législateur – afin d'assurer la liberté contractuelle, l'observation de la parole donnée et le respect de l'ordre public – à un « *contrat dirigé* »¹²⁵, annonçant ainsi la fin de « *cet âge d'or contractuel* », dans lequel la conception traditionnelle faisait du contrat une œuvre privée qui « *constituait le domaine d'élection de l'autonomie de la volonté* ». Ainsi apparaissent les nouvelles entorses à l'érection de la règle morale. Grâce à l'analyse économique du droit, des entorses sont donc permises. Ainsi, le droit

¹²¹ J.-P. PIZZIO, *L'exigence de loyauté dans les rapports de consommation*, in *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis*, Litec, Paris, 1995.

¹²² Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, préface Gérard COUTURIER, LGDJ, Paris, 1989. Ce devoir justifie l'obligation d'information et de conseil mise à la charge des vendeurs.

¹²³ D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, éditions Armand Colin, Paris, 2000, p. 16.

¹²⁴ Ph. JACQUES, *Regard sur l'article 1135 du Code civil*, édition Dalloz, Paris, 2005, p. 123. Article 1135 du Code civil.

¹²⁵ L. JOSSERAND, « *Le contrat dirigé* », *D.H.* 1933, *Chron.*, p. 89.

des obligations est également marqué par l'économie¹²⁶. *La morale n'est toutefois pas la seule norme que la règle de droit a vocation à sanctionner. L'analyse économique du droit démontre d'ailleurs le contraire. Ainsi, l'interprétation de la jurisprudence de la cour de cassation française relative au retrait du promettant avant la levée de l'option en utilisant la théorie de la violation efficace du contrat dénote certes de son amoralité mais elle est mue par son utilité économique. Il est reconnu que le droit français accorde une place de choix à la morale ce qui lui permet de donner peu de crédit à l'analyse économique du droit. Par la recherche de l'utilité économique du contrat, on assiste à l'émergence de l'efficacité économique en droit.*

S'intéresser à l'efficacité économique en droit, ce n'est donc en aucune manière réduire l'homme à sa seule efficacité¹²⁷. Cette option n'est non plus reniée la dimension profondément morale du droit ou la nécessité de préférer, dans certains cas, la justice ou l'équité à l'efficacité.

De fait, au même titre que la morale, l'équité, la justice ou la dignité de la personne, l'efficacité économique constitue naturellement un élément propre à emporter la conviction du législateur au stade de l'élaboration de la règle de droit, à déterminer celle du juge dans les décisions qu'il rend et enfin à susciter l'adhésion de la doctrine dans son œuvre de systématisation du droit positif.

La recherche d'efficacité économique apparaît diluée et très secondaire au regard d'autres finalités ressenties comme beaucoup plus légitimes et qui tiennent à la morale, aux liens affectifs ou à la structure de la société¹²⁸. *L'efficacité économique est de plus en plus exigée en règle en la faisant pénétrer au cœur du système juridique et lui reconnaître, en droit une véritable valeur normative*¹²⁹.

*Pour Philippe JESTAZ, « non seulement, le droit reflète l'idéologie ambiante, mais il la traduit en acte. Alors que les écrits d'un philosophe n'engagent a priori que sa responsabilité intellectuelle, nos lois sont des faits qui engagent la société tout entière. Le droit joue le rôle de porte-voix*¹³⁰.

¹²⁶ G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Mélanges François GENY*, t. II, 347 et s. L. JOSSERAND, « Comment les textes de lois changent de valeur au gré des phénomènes économiques », *Mélanges Henri CAPITANT, maison d'édition, Ville, année*, 369 et s.

¹²⁷ En écho à la célèbre formule de B. OPPETIT, *Droit et économie*, in *Droit et modernité*, op. cit., p. 181 : "l'homme n'est pas réductible à la seule efficacité". Sur cette crainte et les nuances qu'il convient de lui apporter, M.-A. FRISON-ROCHE, *L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit*, », LPA du 19 Mai 2005, n°99 p. 15.

¹²⁸ M.-A. FRISON-ROCHE, *L'intérêt pour le système juridique ...*, op. cit., art. précit, spéc., n° 38.

¹²⁹ C. PERES, « Rapport introductif » in *L'efficacité économique en droit*, sous la direction de Sylvain BOLLEE, Yves-Marie LAITHIER et Cécile PERES (dir.), Economica, Paris, 2010, p. 12.

¹³⁰ Ph. JESTAZ, *Le droit, connaissance du droit*, Dalloz, 3^e édition, Paris, 1996, p. 39.

Selon les doctrinaires¹³¹ de la sociologie du droit formelle¹³², elle permet notamment d'analyser les questions relatives à la genèse des règles de droit, ou à leur effectivité¹³³.

Pour le Professeur Paul Gérard POUGOUE, « l'utile et le juste peuvent parfaitement coïncider. La force obligatoire du contrat, les sanctions pénales et /ou civiles sont à la fois justes et utiles »¹³⁴.

Selon le Rapport de la Banque Mondiale Doing BUSSINESS, il faut mesurer uniquement le droit quant à son efficacité économique¹³⁵ puisque une règle économiquement efficace est une règle qui a vocation à circuler, à se propager¹³⁶. Le rayonnement juridique actuel de l'efficacité économique tient naturellement à l'adhésion de certaines organisations internationales, en particulier la Banque Mondiale, au postulat développé par certains universitaires nord-américains selon lequel le droit d'un pays donné aurait une incidence directe sur son développement économique et sur sa croissance¹³⁷. Même si l'efficacité économique a ses limites, elle joue un rôle en droit, tant la réponse est évidente. On peut emprunter à la doctrine¹³⁸, que

¹³¹ A.-J. ARNAUD, « Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit », LGDJ, Paris, 1988, p. 46.

¹³² Elle désigne l'étude de la manière dont la vie sociale fait l'objet d'une régularisation par le moyen du droit

¹³³ J. CARBONNIER, *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e édition, Paris, 2001, 493 pages.

¹³⁴ P.-G. POUGOUE, Cours de DEA, Droit Privé fondamental, 2^e promotion, UAC, inédit, polycopie, année académique 2008-2010, Yaoundé, 9 décembre 2007, p. 19.

¹³⁵ *Rapport de la Banque Mondiale Doing BUSSINESS, Association Henri Capitant, Vol1, Société de législation comparée, 2006, n° 7 et s. Bertrand DU MARAIS (dir.), Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business, La Documentation française, Paris, 2006, p. 21 et s.*

¹³⁶ B. DU MARAIS, « Attractivité économique du droit : le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale ? », *Droit & Patrimoine* mai, 2008, p. 38.

¹³⁷ Les droits et traditions civiliste en question, à propos des rapports Doing business de la Banque Mondiale, Association Henri CAPITANT, vol 1, société de législation comparée, 2006, n° 7 et s, p. 14.

¹³⁸ Ch. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t III, A. Durand et Pedone-Lauriel et al., Editeurs, Paris, 1878, n° 254, p. 236. L.-V.-L.-J. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV Livre III du Code civil*, t. VII, A. Durand et Pédone-Lauriel éditeurs, Paris, 1885, n° 8, p. 8. M.-A. FRISON-ROCHE, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », in *Analyse économique du droit : quelques points d'accroche*, n° spécial, *Petites Affiches*, 19 mai 2005, pp.15-22. G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^eme éd., LGDJ, 1951, p. 4, ajoutant, pour conclure sur ce point, que "dans tout mépris du droit, il y a la révolte d'une pensée anarchique". Fr. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. I, 2^eme éd., LGDJ, 1954, n° 2, p. 3 s. Th. KIRAT, *Economie du droit*, La Découverte, 1999. Th. KIRAT et Fr. MARTY, *Economie du droit et de la réglementation*, Gualino éditeurs, 2007. Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2^eme éd., 2008. A. OGUS et M. FAURE, *Analyse économique du droit : l'exemple français*, LGDJ, 2002. Cl. CHAMPAUD, *Contribution à la définition du droit économique*, D., 1967, Chron., p. 215. G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF Coll. Les voies du droit, 2004. Christophe JAMIN, *Economie et droit*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. ALLAND et S. RIALS, PUF-Lamy, 2003. B. OPPETIT, *Droit et économie*, in *Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 169 et s. H. MUIR WATT, *Les forces de résistance à l'analyse économique du droit dans le droit civil*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, préface Guy Canivet, sous la dir. de Bruno DEFFAINS, éd. Cujas, 2000, p. 37 et s. E. MACKAAY, *L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes*, in *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, op. cit., p. 11 et s., spéc., p. 31. Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *La*

l'efficacité économique joue non seulement une fonction persuasive mais elle est nécessaire pour évaluer l'effectivité d'une loi. « *La vérité est que bien souvent dans la littérature juridique, le concept économique d'efficacité est simplifié pour finalement désigner comme inefficace la norme qui entraîne ou qui est susceptible d'entraîner un gaspillage des ressources et comme efficace celle dont le respect ou la violation permet l'obtention d'un gain, une création de richesse* »¹³⁹.

*Le droit OHADA vise à garantir une pleine efficacité aux règles communes adoptées par la réception immédiate du droit communautaire aux Etats membres. Une telle démarche transcrit une certaine cohésion en relation avec le souci d'attractivité et de sécurité recherché. Ainsi, les actes uniformes sont de toute évidence les réceptacles d'un réalisme juridique africain tourné vers la satisfaction d'enjeux économiques*¹⁴⁰.

*L'efficacité des normes de sécurité repose sur l'idée générale que l'ensemble des règles de droit sont ou doivent être orientées vers la maximisation des satisfactions individuelles et la recherche des solutions économiques les plus efficaces, l'homme étant un être rationnel qui cherche à effectuer le choix optimal dans une situation de contraintes données et qui accroît ainsi, par son calcul, l'utilité générale de la société*¹⁴¹. Instrument de légitimation des réformes dans un contexte de mondialisation et de crise économique, l'efficacité envahit le discours contemporain. Elle tient d'abord à la diffusion et la progression de l'analyse économique du droit¹⁴² qui offre un

doctrine, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004. René SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 3ème éd., 1964. D. MAZEAUD, *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 1974, et spéc. le n° 2 soulignant "l'utilité, pour les futurs juristes, d'une vision économique du droit". M. FABRE-MAGNAN, *Essai d'une théorie de l'obligation d'information dans les contrats*, préface Jacques GHESTIN, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 221, 1992. Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préface Horatio MUIR WATT, LGDJ, Bib. de droit privé, t. 419, 2004, proposant d'articuler les sanctions de l'inexécution du contrat en fonction du critère de leur efficacité respective et non en fonction de leur plus ou moins grande conformité au respect de la force obligatoire du contrat. Grégory MAITRE, *La responsabilité civile à l'épreuve de l'analyse économique du droit*, préface Horatia MUIR WATT, LGDJ, coll. Droit et économie, 2005. A.-L. SIBONY, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, préface Guy Canivet, LGDJ, coll. Droit et économie, 2008. G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KLEIN, (sous la direction de), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, Coll. Droit et économie, 2005. Ph. CONTE, "Effectivité", "inefficacité", "sous-effectivité", "sureffectivité"... : variations pour droit pénal, in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Etudes offertes à Pierre CATALA, Litec, 2001, p. 125 et s., spéc., p. 128. Jean CARBONNIER, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, in *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10ème éd., 2001, spéc., p. 138.

¹³⁹ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, thèse précit., 2002, n° 9, p. 23.

¹⁴⁰ F. ANOUKAHA, A. CISSE, N. DIOUF, J. NGEBOU TOUKAM, P.-G. POUGOUE et M. SAMB, *Droit des sociétés commerciales et GIE*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 89. P.-G. POUGOUE, Fr. ANOUKAHA et J. NGUEBOU, *Le droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, Cameroun, 1998, p. 36.

¹⁴¹ C. PERES, « Rapport introductif » in *L'efficacité économique en droit*, sous la direction de Sylvain BOLLEE, Yves-Marie LAITHIER et Cécile PERES (dir.), Economica, Paris, 2010, p. 1.

¹⁴² Th. KIRAT, *Economie du droit*, La Découverte, 1999. Thierry KIRAT et Frédéric MARTY, *Economie du droit et de la réglementation*, Gualino éditeurs, 2007. Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du*

cadre intellectuel et une caution scientifique à l'épanouissement de l'efficacité économique en droit.

Selon le Professeur Martine LEFRIANT, « *tout ordre juridique prétend assurer ou favoriser la réalisation de sa valeur de justice dans la société. La justice fournit au moins le principal critère de légitimité de ces normes* »¹⁴³. Quelles pourrait-êtr la sanction du défaut de 'morale' dans le contrat ?

L'une des sanctions évidentes se trouve mue par le régime juridique des nullités. Le régime désigne l'« ensemble des règles gouvernant certaines matières et institutions de droit privé »¹⁴⁴. La nullité relative est instituée dans l'intérêt de la personne que la loi a voulu protéger. De façon générale, il y a nullité absolue lorsque l'inobservation d'une condition est considérée comme une atteinte à l'intérêt général, c'est-à-dire les bonnes mœurs et l'ordre public.

II- UNE PROTECTION INDUITE DANS L'EXECUTION

La notion d'affaires n'est pas définie par le législateur OHADA qui a énuméré des matières susceptibles d'être incluses dans celle-ci¹⁴⁵. La force obligatoire n'émane pas de la promesse mais de la valeur que le droit lui attribue. Cette dernière procède d'une norme extérieure qui seule détient les moyens propres à en garantir l'exécution. Le contrat n'engage que la prise en charge d'un ordre juridique qui prêtera au créancier, si nécessaire, une parcelle de cette force dont il a le monopole. Avec l'avènement du « solidarisme contractuel »¹⁴⁶, tout un courant de pensée contemporain soutient le contrat comme édifiant un lieu de sociabilité et d'amitié où les co-contractants tache de rendre toute justice à l'autre¹⁴⁷. « Loyauté, solidarité, fraternité » caractérise

droit, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2ème éd., 2008. Anthony OGUS et Michael FAURE, *Analyse économique du droit : l'exemple français*, LGDJ, 2002.

¹⁴³ M. LEFRIANT, *L'accès à la justice* in Rémy CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et Th. REVET, (sous la direction de), *Droits et Libertés fondamentaux*, éditions 4^e, Dalloz, Paris, 1997, p. 341.

¹⁴⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p.772.

¹⁴⁵ Article 2 du traité du 17 octobre 1993 relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique. Sur la définition du droit des affaires voir Henri-Désiré MODI KOKO BEBEY, « La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie », p 2, www.ohada.com Sur le domaine du droit des affaires et les controverses qu'il suscite, voir H.-D. MODI KOKO BABEY, « L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : regard sous l'angle de la théorie générale du droit », p 2 et pp 13 – 15. www.ohada.com.

¹⁴⁶ Ch. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, Mélanges Jacques GHESTIN, 2001, p. 441. A.-S. COURDIER, *Le solidarisme contractuel*, thèse Dijon, 2003.

¹⁴⁷ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, n° 55 in fine. Philippe LETOURNEAU, *Encycl. Dalloz droit civil*, V° Bonne foi, n° 44.

la « nouvelle devise contractuelle »¹⁴⁸. En vertu de celle-ci, on assisterait au « *dépassement d'une conception individualiste et antagoniste du contrat où chacun veillait à la défense de ses propres intérêts*¹⁴⁹. Quoi de plus naturel, au demeurant, puisque la référence à la bonne foi commanderait « *d'aimer son cocontractant comme un frère*¹⁵⁰, cette « *aspiration fraternelle* » se déployant ici en un « *souci d'altérité et de générosité apte à rendre l'humain vraiment humain* »¹⁵¹. Certains auteurs privilégient une approche plutôt morale du contrat, d'autres préfèrent une approche plutôt sociale¹⁵². Une exigence de justice (A) se double d'une exigence de non divulgation protégée (B).

A- Une exigence de justice

Le droit est « *établi à la face de la société pour la régler, modèle afin de la modérer, musique afin d'en adoucir les mœurs* »¹⁵³. Son but est la justice¹⁵⁴.

La morale dans les affaires vise la théorie de la justice. Or, la justice s'aperçoit comme profit mutuel¹⁵⁵. C'est pourquoi, une règle juste est une règle à laquelle chacun peut se soumettre au nom de son intérêt personnel. Ainsi que l'écrivait Paul Roubier, dans les développements de sa théorie générale consacré à l'axiologie juridique : « *une deuxième valeur sociale qui constitue un objectif à atteindre pour le droit, c'est la justice* »¹⁵⁶. La justice est la condition de l'harmonie sociale¹⁵⁷.

Pour les stoïciens, Kant et John Rawls, la justice est une impartialité. Ainsi donc, une règle juste est une règle compatible avec la prise en compte égale des intérêts de toutes les parties. Une double valeur protégée (1) et la moralisation et le contrôle de l'équilibre contractuel (2).

¹⁴⁸ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François TERRE*, Dalloz, Paris, 1999, p. 603.

¹⁴⁹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357.

¹⁵⁰ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, op.cit. n° 55.

¹⁵¹ C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 384.

¹⁵² Sur cette distinction, Philippe STOFFEL-MUNCK, note D. 2002. 1979. Y. LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuelles*, Mélanges Paul-Didier, 2008, p. 247.

¹⁵³ G. CORNU, *L'Art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 419.

¹⁵⁴ V., sur l'ambivalence de la justice en rapport avec l'éthique, les belles pages de L. CADIET, *Découvrir la justice*, Dalloz, 1997, p. 13 et s. ; *Adde* p. 29 et s., sur les rapports entre justice et droit.

¹⁵⁵ D. GAUTHIER, *Morale et contrat. Recherche sur les fondements de la morale*. Traduction de l'anglais et introduction de Serge CHAMPEAU (Philosophe et langage), Sprimont, Mardaga, 2000, 430 pages.

¹⁵⁶ P. ROUBIER, *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 1^{ère} édition, 1945, 2^e édition 1951, n° 37, p. 325.

¹⁵⁷ H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 4^e édition, Paris, 1999, n° 194 et 196.

1- Une double valeur protégée

Cette double quête vise l'intérêt individuel et l'intérêt général dans le déroulement des activités économiques. Comment établir une société plus juste et morale en se basant uniquement sur la rationalité d'individus qui, a priori, sont a-moraux ? Gauthier nous offre la théorie "contractualiste" dans laquelle des individus décident rationnellement de se soumettre à des contraintes morales. La raison pratique est liée à l'intérêt et les contraintes rationnelles sur la recherche de l'intérêt doivent avoir un fondement dans l'intérêt qu'elles contraignent. Il est opportun de reconnaître que les principes rationnels qui sont à la base de nos choix incluent certains principes qui contraignent l'agent recherchant son intérêt à une aptitude impartiale. La morale dans le contrat permet à ce que « *des individus ayant des intérêts personnels différents ou concurrent arrivent néanmoins à conclure un accord rationnel sur la poursuite conjointe d'intérêts mutuellement avantageux* »¹⁵⁸. Le principe de la conception relative minimax quant à lui, permet de « *mesurer l'enjeu de chaque individu dans une négociation par la différence entre le minimum qu'il pourrait accepter pour s'engager dans un accord et le maximum qu'il pourrait recevoir s'il était exclu de cet accord par les autres* »¹⁵⁹.

« *La mondialisation de l'économie exige l'harmonisation des droits et des pratiques du droit* ». L'OHADA est « *à la fois facteur de développement économique et moteur de l'intégration régionale* »¹⁶⁰. « *A l'heure de la mondialisation de l'économie, lorsque les principaux pays du monde se regroupent pour constituer des unions économiques -et le cas échéant monétaire -, il était impératif, pour tous les pays concernés, d'adopter un même droit des affaires moderne, réellement adapté aux besoins économiques, clair, simple, sécurisant les relations et les opérations économiques* »¹⁶¹.

Le droit des affaires¹⁶² utilisé par le législateur OHADA témoigne de sa volonté de mettre le droit au service du développement économique. Or, telle que l'a définie la Cour de cassation française, *l'activité économique est l'activité liée à la production, l'accumulation, et la circulation*

¹⁵⁸ D. GAUTHIER, *Morale et contrat. Recherche sur les fondements de la morale*, op. cit., p. 499.

¹⁵⁹ D. GAUTHIER, *Morale et contrat*, Op. cit., p. 47.

¹⁶⁰ M. Aregba POLO, « Secrétaire Permanent de l'OHADA », Exposé au Séminaire de sensibilisation au droit harmonisé, Niamey les 9 et 10 Juin 1999 cité par A. MOULOUL, *Comprendre l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires*, 2008, p. 1.

¹⁶¹ J. PAILLUSSEAU, « Le droit de l'OHADA, Un droit très important et original », *La semaine juridique* n° 44 du 28 octobre 2004, supplément n° 5, JCP, 2004, pp 1-5.

¹⁶² Ph. TIGER, *Le droit des affaires en Afrique – OHADA, Que sais-je ?* Ed. PUF, nov. 1999, p. 2.

de la richesse¹⁶³. Dans la vie courante, « tenir ses promesses, dire la vérité, faire des transactions honnêtes sont autant de pratiques qui, nous pouvons le supposer, peuvent être justifiées si nous parvenons à montrer qu'elles permettent à ceux qui les acceptent de coopérer de manière à garantir, au moins grossièrement, une égalité des divers bénéfices relatifs qui résultent de cette interaction. De telles pratiques sont au cours de la morale que nous pouvons recommander à chaque individu, en lui montrant qu'elle exige de lui une adhésion rationnelle »¹⁶⁴.

L'homme rationnel vise autre chose que son intérêt égoïste exclusif, sans aucun intérêt pour les intérêts des autres. Certes, nous ne devons pas attribuer à l'individu des sentiments altruistes. Mais l'individu rationnel se rend compte que la coopération est avantageuse. Ainsi, ce qui est valorisé, c'est l'individu libéral. Pour l'homme économique, asocial, recherchant la maximisation immédiate de son utilité, la morale est une contrainte nécessaire mais gênante et dont on se débarrassera si l'occasion en est donnée »¹⁶⁵. « Mais pour ceux qui valorisent la participation, une morale fondée sur l'accord, même si elle demeure une source de contraintes, donne à leur activité commune une autre signification. Elle apparaît à chacun comme une activité désirable, ce qui lui confère une stabilité qui prémunit contre toute possibilité de coercition ou de tromperie »¹⁶⁶. Il faut aussi dire que selon la théorie classique de la cause les obligations des parties devraient trouver une contrepartie¹⁶⁷.

L'ordre public économique de direction désigne « des règles aux moyens desquelles l'Etat entend canaliser l'activité contractuelle dans le sens qui lui paraît le plus conforme à l'utilité sociale »¹⁶⁸. Ainsi perçu, le contrôle des prix en France, tel qu'il est pratiqué avant 1986, relevant absolument de cette tendance.

2- La moralisation et le contrôle de l'équilibre contractuel

La cause selon le professeur Pierre Louis-Lucas, est « la nécessité compensatoire incluse dans une prestation ou dans un fait qui, réalisant un enrichissement suffisant, est la source objective et le fondement quantitatif de l'obligation dont son bénéficiaire est tenue envers celui

¹⁶³ Cass. Ch. Réun., 1 Août 1949, J.C.P. II.5033.

¹⁶⁴ D. GAUTHIER, *Morale et contrat. Op. cit.*, p. 202.

¹⁶⁵ J. COUTURE, *Ethique et rationalité*, Liège, Mardaga, 1992.

¹⁶⁶ D. GAUTHIER, *Morale et contrat. Op. cit.*, p. 403.

¹⁶⁷ Article 1131 du code civil.

¹⁶⁸ J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », *Archives de philosophie du droit*, t. 26, 1981, p. 35.

qui s'en est appauvri »¹⁶⁹. On se réfère généralement à l'économie du contrat pour trouver la cause car c'est elle qui révèle si le contrat sert les intérêts des parties¹⁷⁰. D'autres auteurs ont essayé de coupler efficacité économique et justice sociale. Ainsi, le contrat est marqué par l'utile et le juste¹⁷¹. C'est pourquoi, « la liberté contractuelle et même la règle morale du respect de la parole donnée, doivent se concilier avec d'autres préoccupations : d'une part, l'utilité sociale, le bien public, qu'exprime particulièrement la notion d'ordre public et celle de sécurité juridique, qui protège à la fois la confiance, notion morale, et le crédit, besoin social et économique ; d'autre part, la justice et son corollaire la loyauté, que traduisent les nombreuses références à la notion morale de bonne foi »¹⁷². Sur le fondement de l'article 1133 du code civil, « la cause¹⁷³ est illicite, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public »¹⁷⁴. Il faut dire que les juges prononcent la nullité pour immoralité de la cause du contrat tendant, par exemple, à la vente d'un immeuble en vue d'y installer une maison de tolérance. La jurisprudence, veillant à ce que la cause impulsive et déterminante du consentement ne soit pas immorale, limite ainsi la faculté des parties de déterminer librement le contenu du contrat. Les fonctions remplies par la cause en droit positif sont d'une part, qu'elle est désormais utilisée comme un instrument de protection individuelle. Elle assure l'effectivité de l'équilibre dans le contrat ou dans les groupes de contrat et veille à l'utilité sociale du contrat. Ce rôle est proche du contrôle de l'intérêt du contrat qui était effectué, classiquement, par la vérification d'une cause réelle et sérieuse au contrat entraînant la sanction en cas d'absence de cause. Si la cause a longtemps été cantonnée dans une analyse objective de la cause de l'obligation, l'approche classique a toujours accepté une vision plus subjective de la cause dans un objectif de police des contrats et du respect de l'ordre public¹⁷⁵. D'un point de vue matériel, alors que la clause supposait, en 1978, pour être abusive, d'être abusive, d'être imposée par un conférer au professionnel un « avantage excessif », il suffit, depuis 1995, qu'elle crée un « déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat »¹⁷⁶. Mais, il faut pour être susceptible d'être anéantie, qu'elle soit contenue dans un contrat conclu entre un

¹⁶⁹ P. LOUIS-LUCAS, *Volonté et cause*, Thèse Dijon 1918.

¹⁷⁰ G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL*, 4e éd., LGDJ, 1952.

¹⁷¹ J. GHESTIN, *Droit des obligations, la formation du contrat*, LGDJ, 1993.

¹⁷² J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, thèse, Paris, 1963, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 41, préf. J. BOULANGER, 2e éd. 1971, n° 52 et nos 172 et s.

¹⁷³ J. GHESTIN, *Droit des obligations, la formation du contrat*, LGDJ, 1993.

¹⁷⁴ Article 1133 du Code civil.

¹⁷⁵ Article 1133 du code civil.

¹⁷⁶ X. LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? », *JCP*, Paris, 2006, I. p. 110.

professionnel et un non professionnel. *Le but social de la loi, transfusée dans les systèmes juridiques, est d'interdire dans les contrats d'adhésion les clauses marquées d'abus en les réputant non écrites*¹⁷⁷. La liberté contractuelle, si elle demeure l'une des règles fondamentales du droit des contrats, n'est pas sans failles. Les solutions du droit positif montrent cependant qu'un certain équilibre a été trouvé entre une liberté absolue risquant de favoriser l'exploitation du contractant en position de faiblesse par celui qui est en position de force et une absence totale de liberté inspirée d'une politique socialisante et d'une économie dirigée imposant au contrat un cadre le privant d'une bonne part de ses vertus. De ce fait, l'utilité morale de la cause dans le contrat n'est plus à démontrer¹⁷⁸. Le monde des affaires développe certaines formes d'obligations qui prennent effet à la fin d'un contrat et sont tournées soit vers la protection du secret des affaires, soit vers la protection de la liberté d'entreprise.

B- Une exigence de non divulgation protégée

Le secret est ce qui ne doit pas être dévoilé ; en ce sens exclut non seulement la divulgation au public mais toute communication ou révélation même privée. La confidentialité attendue de l'agent est une obligation post-contractuelle sanctionnée par la loi pénale. C'est pourquoi, l'obligation post-contractuelle imposée (1) fait place à une survivance de protection en fin de contrat (2).

1- Une obligation post-contractuelle imposée

L'obligation post-contractuelle de confidentialité est une obligation imposée à l'agent commercial¹⁷⁹ ainsi qu'au commissaire au compte¹⁸⁰.

La clause de préférence parfois insérée dans certains contrats dans l'espace OHADA vise le renouvellement de la relation contractuelle. Ainsi, la priorité de réembauchage¹⁸¹ au profit du salarié licencié pour motif économique s'inscrit dans la même perspective. La clause de préférence est une des clauses contractuelles qui donnent à l'ancien contractant un droit de priorité¹⁸². Il est opportun de noter que l'agent commercial de même que le commissaire aux comptes ne peuvent,

¹⁷⁷ J. CARBONNIER, *Droit Civil, Les biens, les Obligation*, op. cit., n° 994, p. 2054.

¹⁷⁸ X. LAGARDE, *Sur l'utilité de la cause*, D. 2007, chron. p. 740.

¹⁷⁹ Article 219 AUDCG.

¹⁸⁰ Article 717 AUSC-GIE.

¹⁸¹ Article 50 du Code du travail du Bénin.

¹⁸² J.-M. MOUSSERON, *Techniques contractuelles*, Paris, éd. Lefebvre 1999, n° 131 et s.

même après la fin de leur contrat, utiliser ou révéler les informations qui leur ont été communiquées à titre confidentiel. Il est fréquent que dans les relations d'affaires, les parties procèdent à un transfert de savoir-faire ou d'information. Ainsi, un prestataire de service tel que l'agent commercial ou le commissaire au compte peut recueillir des informations confidentielles de la part du bénéficiaire de ses services. Pour accomplir au mieux sa prestation de service, les secrets de fabrication et le savoir-faire professionnel d'une entreprise est transféré au salarié de l'entreprise sur qui pèse le secret professionnel. Selon la célèbre formule d'Emile Garçon : « ... ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable¹⁸³ ».

De même dans un contrat de travail, l'employeur est souvent amené à révéler au salarié un secret de fabrication pour lui permettre de bien fournir sa prestation de service. Ces secrets révélés sont protégés par l'obligation de confidentialité. En principe, durant la période contractuelle, ces informations confidentielles sont protégées par le secret. C'est pourquoi, il est prévu que le salarié exécute non seulement le travail sous la dépendance, sous l'autorité de l'employeur mais aussi avec diligence. La diligence est la compétence que l'employeur est en droit d'attendre et d'exiger du travailleur. De même, le salarié doit exécuter le travail avec conscience, en qualité et en quantité, et en bon père de famille. Il doit également exécuter le travail avec bonne foi et fidélité, c'est-à-dire avec loyauté. La loyauté ici est la confiance que l'employeur est en droit d'attendre et d'exiger du travailleur. Il pèse toutefois sur le travailleur une obligation de non concurrence directe ou indirecte envers son employeur. La loyauté s'exprime alors juridiquement par un devoir. Or, « le terme devoir se conjugue mieux avec l'idée de loyauté que la notion très juridique d'obligation. Le devoir permet de teinter toute prescription d'une certaine coloration morale »¹⁸⁴. Le devoir est une directive, une notion à contenu indéterminé¹⁸⁵, permettant d'imposer différentes obligations. Ainsi donc, le devoir de loyauté exige un comportement, une attitude, celle d'agir avec loyauté, c'est-à-dire d'adopter un comportement honnête, loyal, probe, légal ou légaliste se traduisant par des obligations d'actions ou d'abstentions. Telle est la raison pour laquelle, le travailleur doit exécuter le travail dans le respect du secret professionnel. Il ressort du secret

¹⁸³ J.-L. BAUDOUIN, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, LGDJ, 1965. Cité par A. DAMIEN, *Le Secret professionnel*, Gaz. Pal., 1982, D., p. 136.

¹⁸⁴ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, bibliothèque Dr. privé, t. 208, 1989, n°7, p. 13.

¹⁸⁵ Ibid.

professionnel, une obligation de se taire et un droit au silence à raison de confidences reçues dans l'exercice de sa fonction, peut s'exercer en deux occasions distinctes. Il doit exécuter le travail dans le respect du principe d'intégrité ou de probité.

2- Une survivance de protection en fin de contrat

La protection survit à la fin du contrat et pèse toujours sur le débiteur de l'obligation de confidentialité. Le contrat est le principe de la vie juridique¹⁸⁶.

L'interdiction d'utiliser ou de révéler les informations confidentielles après la fin du contrat pèse sur l'agent commercial en droit OHADA¹⁸⁷. La Cour de cassation française est allée plus loin en considérant que l'obligation au secret, survit à la fin du contrat même en l'absence de toute clause. Le devoir général de prudence qui incombe à l'établissement de crédit lors de l'ouverture du compte se prolonge pendant le fonctionnement du compte. Certes, le secret des affaires interdit à ce dernier de s'immiscer dans les opérations réglées par l'intermédiaire du compte de son client. Ainsi, il a été jugé que « l'obligation au secret à laquelle est tenu le banquier ne cesse pas avec la résiliation du contrat de garde conclu avec son client¹⁸⁸ ». Cette solution a le mérite de donner la priorité à la nécessité de la protection du secret. On peut lui reprocher néanmoins d'être un peu trop sévère. Il est difficile d'admettre, que le secret s'éteint avec la fin du contrat¹⁸⁹. En revanche, si l'on s'inscrit dans une approche stricte, on peut penser qu'une clause est nécessaire pour le maintien du secret après l'expiration du contrat¹⁹⁰. Mais à propos du transfert de savoir-faire, la jurisprudence française a réaffirmé sa solution de l'inutilité de la clause de confidentialité à la fin du contrat. C'est pourquoi, « il est inopérant de rechercher si les anciens salariés (...) étaient

¹⁸⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil*, 4, *Les obligations*, 22e éd., PUF, 2000, n. 16, p. 53. Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 8e éd., Litec, 2003, n. 70, p. 52, § 3. Fr. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 10e éd., Dalloz, 2009, n. 87, p. 106. Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil. Les obligations*, 3e éd., Ed. jur. Associés, 2003, n. 507, p. 230 et s. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, 1, *L'acte juridique*, 10e éd., Dalloz, 2002, p. 85. F. CHABAS, *La déclaration de volonté en droit civil français*, thèse, Paris, 1931 ; H., L. et J. MAZEAUD et Fr. CHABAS, *Leçon de droit civil. Obligations*, 9e éd., Montchrestien, 1998, n. 161, p. 159. A. BENABENT, *Droit civil, les Obligations*, 12e éd., Montchrestien, 2010, n° 76. Muriel FABRE-MAGNAN, *Les obligations*, PUF, 2004, n. 107, p. 271.

¹⁸⁷ Article 219 AUDCG. L'agent commercial ne peut, même après la fin du contrat, utiliser ou révéler les informations qui lui ont été communiquées par le mandant à titre confidentiel, ou dont il a eu connaissance à ce titre en raison du contrat. Lorsqu'une interdiction de concurrence a été convenue entre l'agent commercial et son mandant, l'agent a droit à l'expiration du contrat à une indemnité spéciale.

¹⁸⁸ Cass. 1^{ère} Civ., 2 juin 1993, *Bull.civ.* I, n° 197.

¹⁸⁹ J.-M. MOUSSERON, « Secret et contrat, de la fin de l'un à la fin de l'autre » in *Ecrits en hommage à Jean FOYER*, Paris, PUF, 1997, p. 257.

¹⁹⁰ F. FOLLO-DULIAN, *La propriété industrielle*, Paris, Montchrestien, 1999, n° 762.

contractuellement tenus par une clause de confidentialité ; qu'en effet, s'il est légitime, dans tous les cas, qu'un salarié recueille le fruit de l'expérience acquise auprès d'anciens employeurs, et qui constitue pour lui un facteur de valorisation, cela ne saurait justifier un comportement déloyal pouvant consister notamment à (...) mettre le savoir-faire (...) à la disposition d'un nouvel employeur concurrent direct du précédent et, dès lors, mieux à même du fait de ces agissements illicites d'en capter la clientèle»¹⁹¹. Les pratiques déloyales, créatrices de concurrence déloyale, sont les comportements contraires aux usages loyaux du commerce¹⁹². La concurrence déloyale est souvent utilisée pour assurer la protection du secret lié au savoir-faire transmis à un ancien salarié. Il paraît judicieux d'observer à juste titre que l'action en concurrence déloyale est fondée sur la prohibition de la déloyauté¹⁹³. L'action en parasitisme est aussi fondée sur la prohibition de la déloyauté¹⁹⁴. Il y a « parasitisme chaque fois qu'une personne utilise, de façon intéressée, une valeur économique d'autrui, fruit d'un savoir-faire et d'un travail intellectuel, lorsque cette valeur n'est pas protégée par un droit privatif »¹⁹⁵. Il s'agit donc de mécanismes qui poursuivent le respect du principe de la bonne foi même après l'extinction du contrat. On assiste aussi à la protection de la liberté contractuelle par l'aménagement de l'obligation post-contractuelle de restitution. La restitution peut s'entendre de l'opération qui consiste à remettre à une personne désignée, une chose que l'on détient¹⁹⁶. A côté de la cause et de l'objet, la bonne foi¹⁹⁷ est un autre instrument privilégié de contrôle qui a une emprise plus vaste et universelle. D'inspiration morale, le principe de bonne foi immerge le *droit positif*¹⁹⁸, constituant même un *principe général*, elle est un principe correcteur¹⁹⁹. Du reste, l'article 1134, alinéa 3, « dans son versant moral, n'est que la reprise in contractu de la règle de civilité posée par l'article 1382 du code civil »²⁰⁰, mais incarnée avec une

¹⁹¹ CA Paris, 10 novembre 1994, Bull. Civ.

¹⁹² Y. SERRA, *Le droit français de la concurrence*, Dalloz, Paris, 1993, op. cit., p. 29.

¹⁹³ G. BLANC-JOUVAN, *L'après-contrat, étude à partie du droit de la propriété littéraire et artistique*, PUAM, Marseille, 2003, p. 267.

¹⁹⁴ G. BLANC-JOUVAN, *L'après-contrat étude à partie du droit de la propriété littéraire et artistique*, PUAM, Marseille, 2003, p. 267.

¹⁹⁵ Ph. LETOURNEAU, « Variation autour de la protection de logiciel », *Gaz. Pal.* 1982, doctrine, p. 370.

¹⁹⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2012, p. 911.

¹⁹⁷ Ph. LETOURNEAU et M. POUMAREDE, *Rép. civ.*, *V*^{is} « Bonne foi ».

¹⁹⁸ J. GHESTIN, *Le contrat : Formation*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 255. L'auteur place la notion de bonne foi au sein de sa présentation originale des principes directeurs du contrat, *l'utile et du juste*, pour remplacer la théorie de l'autonomie de la volonté : *op. cit.*, n°s 223 et s.

¹⁹⁹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., Dalloz, 1989, n° 86.

²⁰⁰ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'Abus dans le contrat, essai d'une théorie*, préface Roger BOUT, LGDJ, 2000, n° 119.

intensité particulière²⁰¹. C'est l'obligation de loyauté²⁰². Elle est fondée sur l'article 1134 al. 3 du Code civil dont la fonction modératrice est de contrecarrer la mauvaise foi ou l'amoralité entre contractant, alors que sa fonction complétive permet au juge de l'invoquer pour introduire une dose de moralité dans l'exécution du contrat²⁰³. Elle est une norme extérieure au contrat, dont l'irrespect conserve bien la nature délictuelle.

En droit des sûretés, le créancier est tenu, de l'obligation de restituer le bien qui a été remis à titre de garantie à la suite du paiement de la dette. Les voies d'exécution ont aussi pour finalité la délivrance ou la restitution d'un bien mobilier corporel. Il ne s'agit plus seulement de saisies aux fins de recouvrement d'une créance de somme d'argent²⁰⁴. Si le débiteur ne restitue pas la prestation qu'il a reçue du créancier, la caution reste tenue tant que cette obligation de restitution ne sera pas éteinte²⁰⁵.

Mais, parfois, la restitution peut être effectuée volontairement. Dans ce cas, la restitution volontaire éteint la sûreté, mais laisse survivre l'obligation garantie par le créancier²⁰⁶.

En droit des sûretés, l'obligation de restitution ne soulève pas de difficultés particulières par rapport à la liberté contractuelle. L'aménagement de l'obligation post-contractuelle de restitution poursuit également le respect d'un autre principe, celui de la liberté contractuelle. Il faut dire que «chaque parties est tenue de restituer à la fin du contrat tout ce qui lui a été remis pour la durée du contrat...»²⁰⁷. Il met en exergue le contrat de mandat entre un agent commercial et son mandant. L'obligation de restitution y découlant permet au mandant de l'utiliser pour obliger l'agent commercial à se maintenir dans le contrat même s'il ne voulait plus à un moment donné. En effet, il existe dans les contrats d'approvisionnement de produits pétroliers, des clauses de restitution de cuves qui font peser sur les pompistes, à la fin des contrats d'approvisionnement

²⁰¹ Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 134.

²⁰² L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *Arch. Phil. Droit*, p. 195-204.

²⁰³ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e édition, 1949, p. 157.

²⁰⁴ A.-M. ASSI-ESSO, *Commentaires sur le livre II de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, OHADA. Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., préc., p. 771.

²⁰⁵ Cass. com., 17 nov. 1982, *D.* 1983, 527, note M. CONTAMINE-RAYNAUD; *JCP* 1984, II, 20216, note Ph. DELEBECQUE et Ch. MOULY ; civ. 1^{re}, 15 mai 1992, *Bull. civ.* I, n° 154 ; *RTD civ.* 1992, 799, obs. BANDRAC; *JCP G* 1992, I, 3608, obs. FARGE-MAGNAN.

²⁰⁶ F. ANOUKAHA, A. CISSE-NIANG, M. FOLI, J. ISSA-SAYEGH, I. YANKHOBA NDIAYE, M. SAMB, *Sûretés, OHADA*, Bruxelles, Bruylant, 2002. On peut penser que la restitution volontaire fait suite à l'extinction tacite de la sûreté et constituerait ainsi l'acte qui rend compte qu'on est entrée dans l'après-contrat de par rapport à la sûreté. Dans ce cas, elle intervient à la fin tacite de la sûreté.

²⁰⁷ Article 233 de l'AUDCG.

exclusif de carburant, une obligation de restitution. Selon ces clauses, les cuves qui servent à entreposer le carburant chez les pompistes demeurent la propriété des sociétés pétrolières fournisseurs de carburant. Au Bénin, toute société disposant d'un agrément en la matière peut sur sa demande utiliser les installations de stockage des dépôts situées à Cotonou, Parakou et Natitingou qui continuent d'être la propriété de l'Etat²⁰⁸. Ces clauses de restitution des cuves violent la liberté contractuelle.

Lorsque le contrat est rompu pour une cause non imputable au fournisseur, les cuves doivent lui être restituées²⁰⁹. Dans ces contrats, la question de la liberté contractuelle se pose au sujet de la fixation du prix des produits pétroliers. La liberté contractuelle est l'un des principes fondateurs du droit des contrats²¹⁰. Il implique la liberté de contracter, le libre choix du contractant et la libre détermination du choix du contractant. Or, le contrat de fourniture de produits pétroliers conclu comme un contrat d'approvisionnement exclusif dans lequel le prix est déterminé ultérieurement²¹¹. Lorsque le fournisseur fixe son prix, le pompiste a théoriquement la possibilité de refuser ce prix s'il ne lui convient pas. Dans ce cas, il pourrait solliciter la rupture du contrat.

La clause de restitution des cuves lui imposerait alors de restituer les cuves à la fin du contrat. Or, les cuves sont enfouies dans le sous-sol et leur restitution nécessite de lourds investissements à la charge du pompiste. Dans la crainte de faire face à de tels investissements, les pompistes se trouvent contraints d'accepter le prix fixé par leur fournisseur²¹². Ainsi, c'est à chaque Etat de l'espace OHADA qu'il incombe de protéger les consommateurs des crimes économiques, de la concurrence déloyale, *des prix prédateurs*²¹³. Une telle situation compromet alors la liberté contractuelle des pompistes. La mise en place d'un certain aménagement permet de

²⁰⁸ Article 1^{er} de l'arrêté interministériel n° 25/MCT/MEMH/CAB fixant les conditions d'accès aux installations de stockage à la disposition de la Société Nationale de commercialisation des produits pétroliers (SONACOP) et portant autres modalités de mise en œuvre de l'ouverture du secteur des produits pétroliers au Bénin.

²⁰⁹ Il convient de noter que les cuves sont enfouies dans le sous-sol ; cela oblige les pompistes à réaliser de lourds investissements lors des restitutions.

²¹⁰ G. RIPERT, « L'ordre économique et la liberté », in, *recueil en l'honneur de François GENY*, T.II, Sirey, 1934, p. 347. M.-L. IZORCHE, « La liberté contractuelle », *droit et libertés fondamentaux*, Rémy CABRILLAC, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Thierry REVET, (Dir.), Dalloz, 2008.

²¹¹ N. MOLFESSIS, « Les exigences relatives au prix dans le droit des contrats », in *Le contrat, une question d'actualité*, LPA, 5 mai 2000.

²¹² L. BENZONI, « Le prix prédateur comme obstacle à la concurrence : les enseignements de l'analyse économique », *Rev. Cons. et Cons.*, n°113, janv.-fév., 2000, p. 8.

²¹³ A.-L. SIBONY, « Les prix prédateurs entre la lettre de la jurisprudence et l'esprit du raisonnement économique », LPA, 14 juin 2007, pp. 14-22. A.-L. SIBONY, « Retour sur la qualification de prix prédateurs », *RLC*, 2007/12, n° 817. Atelier de la concurrence du 17 novembre 1999, Les prix prédateurs comme obstacles à la concurrence, *Revue concurrence consommation*, 2000, n° 113.

sortir du contrat²¹⁴. De ce fait, « la clause de restitution dans un contrat d'approvisionnement exclusif de carburant, oblige le distributeur à restituer en nature les cuves incorporées dans le sous-sol, en cas de rupture du contrat non imputable au fournisseur est nulle²¹⁵. Selon la Cour, ces clauses qui, en imposant au débiteur des travaux coûteux, non justifiés par des nécessités techniques en raison de la durée de vie des cuves, sont en fait destinées à le dissuader de traiter avec un autre fournisseur²¹⁶. Il est encore très significatif que, pour résoudre l'épineuse difficulté de la détermination ou de l'indétermination du prix dans les contrats-cadre de distribution, la notion d'abus de droit ait été utilisée. En effet, après une série ahurissante de revirements, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation opéra un nouveau revirement par trois arrêts du 1^{er} décembre 1995²¹⁷.

Ainsi, à la rupture du contrat, le pompiste ne serait tenu que d'une obligation d'indemnisation en lieu et place de l'obligation de restitution des cuves. Cette solution, qui vise la protection des stations pompistes de marque, leur fait la part trop belle. Les contrats-cadre obligent les fournisseurs à fixer le prix de *bonne foi* (implicitement). Ainsi, la jurisprudence a recouru à la bonne foi et à la loyauté contractuelle dans son œuvre de moralisation des rapports contractuels afin que la liberté de fixation unilatérale du prix ne dégénère pas en abus. Cette jurisprudence, appliquée depuis par toutes les chambres de la Cour de cassation, approuvée par la doctrine à quelques rares exceptions près dont certains auteurs²¹⁸, semble avoir enfin mis un terme à l'insécurité juridique créée par l'incroyable série de revirements ou d'infléchissements en la matière. Il est souhaitable d'en demeurer là, la stabilité, sans laquelle il n'est point de sécurité, étant un des impératifs majeurs du droit. L'évolution quoique perfectible, laisse apparaître une lueur de satisfaction. Il favorise souvent les concédants au détriment des concessionnaires, du

²¹⁴ Cass. Com. Com. 8 juin 1993, *RJDA* 1993, n° 688.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibidem.*

²¹⁷ Cass., ass. plén., 1^{er} déc. 1995, n°s 91-15.578, 91-15.999, 91-19.653, et 93-13.688, *Bull. ass. plén.* n°s 7 à 9; *Gaz. Pal.* 1995, 2, p. 626, concl. M. Jéol, note P. de Fontbressin ; *D.* 1996, jur. p. 13, concl. M. Jéol, note L. Aynès ; *JCP G* 1996, II, 22565, concl. M. Jéol, note J. Ghestin. Ces arrêts ont donné lieu à un nombre invraisemblable d'études, généralement très favorables aux arrêts (alors que la doctrine avait critiqué le revirement de 1978 se fondant sur l'art. 1129, à peu près unanimement, sauf moi-même). – V. pour des détails, Ph. LETOURNEAU, *Les contrats de concession*, Litec, 2^e éd., 2010, n°s 170 et s.

²¹⁸ Ph. LETOURNEAU, « Conditions de validité du contrat de concession exclusive », *J.-C. Contrats distribution*, fasc. 1035, n° 75. J. HUET, « Critiques de la jurisprudence de l'Assemblée plénière sur l'indétermination du prix », *Mélanges A. SAYAG*, Litec, 1997, p. 311 et s. Ch. JAMIN, « Réseaux intégrés de distribution : de l'abus dans la détermination du prix au contrôle des pratiques abusives », *JCP G* 1996, I, 3959. D. MAINGUY, « Bref retour sur l'indétermination du prix », *Cah. dr. entr.* 1998/2, p. 24.

moins lorsque les premiers sont plus puissants que les seconds dans certains cas. Ainsi, le transfert de la police des prix²¹⁹ à celui de la *police de l'abus* s'étend logiquement à tous les contrats où la jurisprudence antérieure avait été appliquée.

En effet, la Cour, en ces moments, annulait pour indétermination du prix ces contrats lorsque les éléments du contrat-cadre permettant la détermination du prix dépendaient de la volonté de l'une des parties. Cette solution pourrait s'expliquer par l'interdiction de la condition potestative de l'article 1174 du code civil²²⁰. La clause stipulant une condition potestative quant à elle, est définie comme « *celle qui fait dépendre l'exécution de la convention d'un événement qu'il est au pouvoir de l'une ou de l'autre des parties contractantes de faire arriver ou d'empêcher*²²¹ ». Une telle clause est sanctionnée par la nullité. La doctrine considère qu'elle est une condition qui est au pouvoir de l'une ou l'autre des parties et qu'elle fait naître une obligation d'assurer ou d'empêcher sa réalisation. Ainsi, « *dès lors que l'obligation de l'une des parties apparaît soumise, par son biais, à sa décision arbitraire, ladite condition doit être considérée comme potestative et, par conséquent, comme nulle*²²². De même, une disposition prévoit la nullité d'une telle clause et dispose en effet que « *toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige*²²³. Mais elle a l'inconvénient de permettre à un pompiste de marque de sortir d'un contrat qu'il a pourtant appliqué pendant plusieurs années²²⁴. La nullité du contrat-cadre pour indétermination du prix est subordonnée à la démonstration de ce que le fournisseur « *eut abusé de l'exclusivité qui lui était réservé pour majorer son prix dans le but d'en tirer un profit illégitime, et ainsi méconnu son obligation d'exécuter la convention de bonne foi* »²²⁵. Face à la complexité de cet arrêt, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation intervient pour préciser que l'indétermination du prix n'entraîne pas à elle seule la remise en cause du contrat et que seul sera sanctionné l'abus dans la fixation du prix²²⁶. La seconde forme de l'abus dans le

²¹⁹ La police des prix a été appliquée par le biais de l'article 1129 du code civil.

²²⁰ J. GHESTIN, « L'indétermination du prix et la condition potestative », *D.*, 1973, chron., 293.

²²¹ Article 1170 du Code civil.

²²² J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Les obligations. Le rapport d'obligations*, Armand Colin, 6^e édition, Paris, 2009, n° 298.

²²³ Article 1174 du Code civil.

²²⁴ L. AYNES, « Indétermination du prix dans les contrats de distribution : comment sortir de l'impasse ? », *D.*, 1993, chron. 25.

²²⁵ Civ. 1^{ère} 29 nov. 1994, *Bull. civ.* 1994.I.348; *D.*, 1995, 122, note. Laurent AYNÈS, *JCP*, 1995 éd. G, II, 22371, note Jacques GHESTIN *cont. conc. cons.* 1995, n° 24, obs. Laurent LEVENEUR, *DEFRENOIS*, 1995, 335, note Philippe DELEBECQUE, *RTD civ.*, 1995, 358, obs. Jacques MESTRE.

²²⁶ Cass. Ass. plén. 1^{er} déc. 1995, *Bull. Ass. plén.* N° 9; *D.*, 1995, 13, note Laurent AYNÈS; *JCP*, 1996, II, 22565, concl. M. JEOL, note Jacques GHESTIN; *DEFRENOIS*, 1996, 747, obs. Philippe DELBECQUE ; *LPA*, 27 déc. 1995,

contrat atteint seulement une clause dans sa force obligatoire²²⁷. L'abus c'est l'usage d'un droit de mauvaise foi, entendu comme la conscience de causer un préjudice à son cocontractant²²⁸. La clause potestative a d'ailleurs fait l'objet de plusieurs recommandations qui l'a énumérée comme telle et en préconisait l'élimination²²⁹. Ces mesures qui ont été fixées pour le domaine d'approvisionnement des produits pétroliers peuvent aussi être adoptées en droit OHADA au profit de l'agent commercial²³⁰.

Conclusion

Comme une esthétique, la morale est l'hymne de la loi et des affaires. Dès lors, elle ne devrait plus effaroucher. L'évolution n'a point entravée une pudeur mal placée dans les entreprises. La vitalité de la société nécessite un débat éthique vif et permanent. La morale abolit les barrières entre les disciplines et les domaines d'activité, transcende l'espace et les frontières.

Que l'éthique soit universelle n'interdit pas la naissance de morales particulières, non pas contradictoires, mais qui viennent compléter et affiner dans un domaine spécifique la pratique des contrats internationaux et dans les affaires. En effet, chaque secteur d'activité, a besoin d'une morale qui le dépasse, le domine, lui fixe un idéal, des normes de référence par une instance critique. La vie économique se règle, se moralise pour enrayer les troubles, les conflits afin que les individus cessent de vivre ainsi au sein d'un vide moral où leur moralité individuelle elle-même s'anémie.

Avec le respect de la dignité humaine, la seconde priorité de toute morale sociale, est la recherche du bien commun, y compris dans les affaires. L'éthique des affaires conjure les excès de l'individualisme, promeut le compromis entre la morale du sacrifice et l'amoralisme individuel. La morale des affaires ne prône pas l'abdication des intérêts personnels, c'est un aspect d'adéquation des aspirations individuelles, du succès collectif et de l'adéquation des intérêts

II, note Dominique BUREAU et Nicolas MOLFESSIS, *RTD civ.*, 1996, 153, note Jacques MESTRE ; *Cont. Conc. Conso.*, 1996, n°1, obs. Laurent LEVENEUR ; *RJDA*, 1996, chron., 3, obs. Marie-Anne FRISON-ROCHE.

²²⁷ Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, *passim*.

²²⁸ Ph. TOURNEAU (Dir.), *La morale et le droit des affaires*, Montchrestien, 1996, p. 101, n° 56. F.-M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^{ème} édition 1952, tome VI, n°573, pp. 798 à 799. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^{ème} édition 1965, tome I, n°555, p 646.

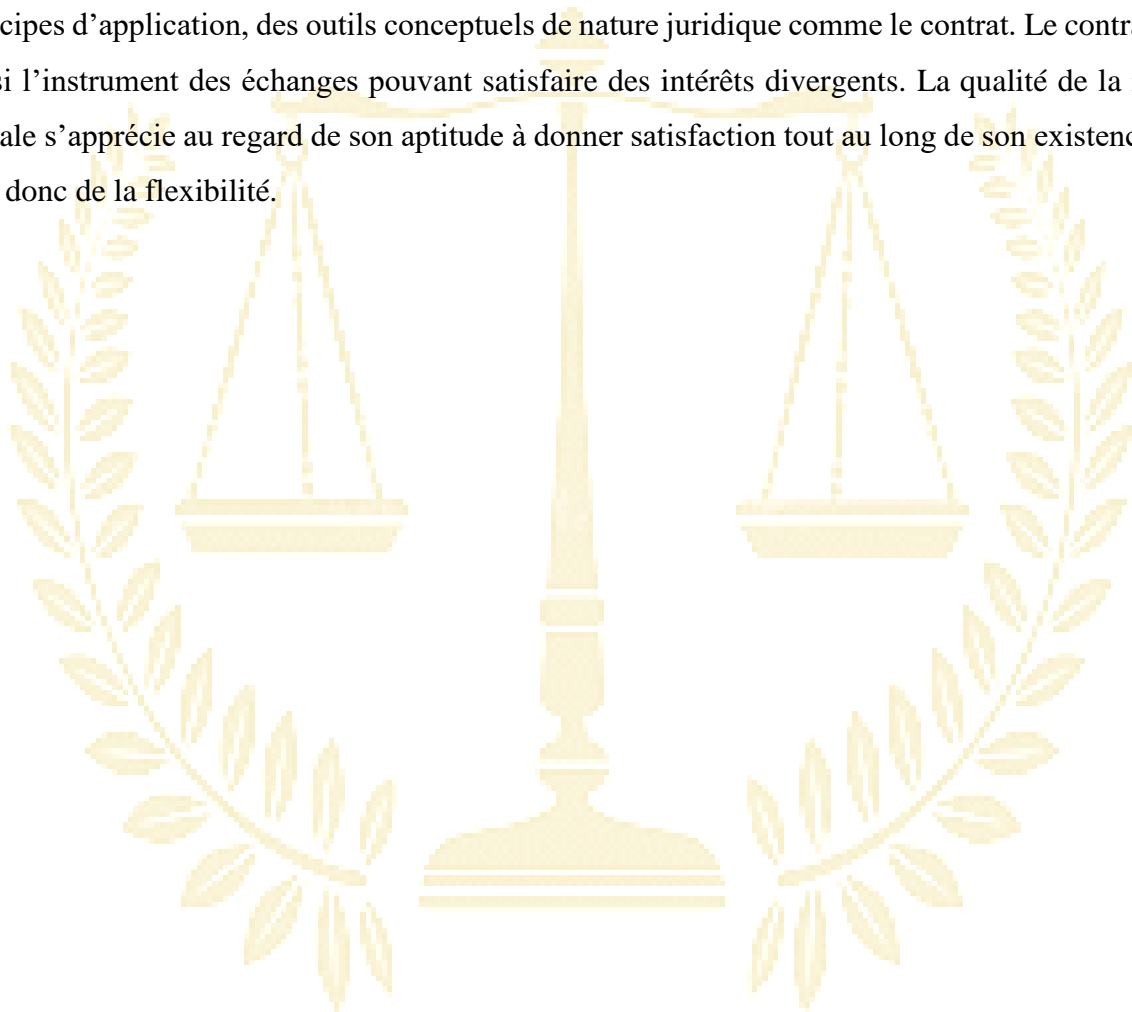
²²⁹ Recommandation 80-01 de la commission des clauses abusives, BOSP 15 mai 1980, n° 80-03, BOSP 8 août 1980. N° 94-02, BOCC 27, septembre 1994.

²³⁰ Dans les Etats membres de l'OHADA, la fixation des prix des produits pétroliers n'est pas laissée à la libre appréciation des fournisseurs.

particuliers face à la compétitivité. La morale s'incorpore au droit et le droit s'enveloppe d'elle. Le contrat et les bons sentiments tiennent en grande partie à l'influence de la morale dans l'élaboration des concepts juridiques.

Le droit se tient dans l'ombre de l'éthique. L'alliance des deux permet de surmonter leurs contradictions, tout en assurant la paix et la beauté.

L'esthétique n'est pas absente du droit. Mais les valeurs et préceptes moraux ne sont pas directement opérationnels en eux-mêmes. Ils nécessitent le truchement des lois, des recettes, des principes d'application, des outils conceptuels de nature juridique comme le contrat. Le contrat est aussi l'instrument des échanges pouvant satisfaire des intérêts divergents. La qualité de la règle morale s'apprécie au regard de son aptitude à donner satisfaction tout au long de son existence : il faut donc de la flexibilité.



Analyse de la contrainte judiciaire au Burkina Faso*Analysis of judicial coercion in Burkina Faso*

Par :

Jean OUEDRAOGO

Magistrat, Juge d'instruction au TGI Ouaga II, Page | 38
Enseignant vacataire à l'ENAM (Burkina Faso)

Résumé :

Dans un contexte national marqué, de plus en plus, par des questions d'inexécution des décisions de justice, les mesures de contrainte légales pour voir appliquer les condamnations prononcées ne doivent pas être occultées. La contrainte judiciaire comme moyen de coercition aux fins de recouvrement des condamnations pécuniaires à l'occasion d'un procès pénal, semble être la vision pragmatique épousée par le législateur burkinabè en consacrant la contrainte par corps depuis l'adoption du Code de procédure pénale en 1968 au lendemain des indépendances. En 2019, à la faveur de l'adoption d'un nouveau Code de procédure pénale, la contrainte par corps est passée à la contrainte judiciaire sans opérer une innovation majeure dans son fonctionnement. Mieux, dans sa mise en œuvre, la contrainte judiciaire n'échappe pas aux difficultés rencontrées par sa précédente. Toute chose qui appelle une analyse critique de ce mécanisme juridique, tant du point de vue du droit que de la pratique. De cette analyse, il en ressort une nécessité de réformes en vue d'une contribution significative de la contrainte judiciaire au recouvrement des condamnations pécuniaires pénales qui constitue aujourd'hui l'une des problématiques majeures de la justice pénale burkinabè.

Mots clés : contrainte par corps ; contrainte judiciaire ; réquisitoire d'incarcération ; condamnations pécuniaires ; recouvrements ; amendes ; dommages et intérêts ; Juge de l'application des peines ; parquet ; service d'exécution des peines ;

Abstract :

In a national context marked more and more by questions of non-enforcement of court decisions, coercive measures to enforce the sentences handed down must be appropriate. Judicial duress as a means of coercion for the purpose of recovering pecuniary sentences during a criminal trial, seems to be the vision that the Burkinabe legislator has adopted by enshrining physical duress since the adoption of the Code of Criminal Procedure in 1968 after independence. With the adoption of the Code of Criminal Procedure of 2019, coercion by body moved to judicial coercion without any major innovation in its operation. Better in its implementation, it does not escape the difficulties encountered by its previous one. Anything that calls on our part, a deep analysis of this legal mechanism, both from the point of view of law and practice, while proposing reforms with a view to a significant contribution of judicial coercion to the recovery of criminal pecuniary convictions which today constitutes a major problem in Burkinabe criminal justice.

Keywords : constrained by body ; judicial constraint ; incarceration ; pecuniary judgments ; recoveries ; fines ; damages and interests ; Sentence enforcement judge ; prosecutor's office ; sentence enforcement service ;

Introduction

Le 21 décembre 2021, la chambre spécialisée du pôle économique et financier du Tribunal de Grande Instance Ouaga I¹ livrait son verdict dans l'affaire dite de « *contrebande de carburant* »², qui avait tant défrayé la chronique au Burkina Faso³. Des peines d'emprisonnement ferme ont été prononcées contre certains coupables, mais surtout de fortes peines d'amendes ont retenu l'attention de plus d'un, ainsi que des condamnations à des dommages et intérêts au profit des parties civiles⁴.

Page | 40

Des verdicts comme celui-ci, prononçant de telles condamnations pécuniaires contre les personnes reconnues coupables sont connus du juge pénal burkinabè. Ils participent non seulement à la dissuasion mais aussi à la réparation du préjudice aussi bien vis-à-vis de l'Etat que des victimes des faits. S'agissant effectivement de la réparation, si ces condamnations pécuniaires peuvent paraître alléchantes ou apaisantes pour ses bénéficiaires, l'on se pose alors la question de savoir quels moyens d'action, disposent-ils pour espérer entrer dans leurs droits ?

L'exécution volontaire, concrétisant la volonté du condamné de s'acquitter de sa dette, devait être naturellement de mise. Pour ce faire, un délai lui est accordé, à compter du jour où la décision est devenue définitive, pour s'exécuter volontairement. Ainsi, le condamné doit-il de se présenter au greffe de la juridiction qui a prononcé la décision pour demander le titre de perception communément appelé *extrait Trésor* et s'acquitter sur place de sa dette⁵. Cependant force est de constater qu'en général les débiteurs de ces condamnations ne sont pas du tout prompts à se libérer de leur propre initiative. Or, comme le souligne le Professeur émérite de l'Université Panthéon-

¹ Cette juridiction a été créée sur le fondement de la loi n° 005-2017/AN du 19 janvier 2017 portant création, organisation et fonctionnement des pôles judiciaires spécialisés dans la répression des infractions économiques et financières et de la criminalité organisée.

² Jugement n°037/21 du 21 décembre 2021 de la chambre spécialisée dans la répression des infractions économiques et financières et de la criminalité organisée logée au TGI OuagaI. Voy. OUEDRAOGO. (J.), « Techniques spéciales d'enquête et respects des droits humains dans le contexte de la criminalité transnationale organisée et du terrorisme dans l'espace du G5 Sahel », *bulletin scientifique du CEDHOP*, N°8, avril-juin 2022, p.14. : <https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn%3Aaaid%3Aascds%3AUS%3A7c4f0624-3e50-3e54-bccbfc89d1464ddb&fbclid=IwAR3navLNHqIRkOloLIIAEjIjI84HF8g12uSUOJO7YOU5172GPTLFFOx5Duw#pageNum=3>.

³ Dans un contexte de lutte antiterrorisme, d'aucuns soutiennent que cette contrebande d'hydrocarbure alimente les réseaux terroristes qui sévissent dans le pays, mais aussi pourrait être une source de financement de ces groupes criminels. Voy. S. KWARKYE, « Briser les chaînes d'approvisionnement des groupes terroristes en Afrique de l'Ouest », *Institut d'Etudes de Sécurité*, juin 2021.

⁴ Z. SORE, « Procès contrebande d'hydrocarbures : 24 mois de prison et une amende de plus de 8 milliards F CFA pour certains accusés », *Observateur paalga*, 21 décembre 2021. <https://www.lobspaalga.com/?p=33176>.

⁵ Art.622-6 à 622-11 du Code de Procédure Pénale burkinabè.

Assas (Paris-2) Marc GJIDARA , « *l'Etat de droit est effectif lorsque les juges peuvent non seulement dire le droit (jurisdictio) mais aussi imposer sa mise en œuvre concrète (imperium)* »⁶. Catherine TZUTZUIANO quant à elle, indique dans sa thèse, intitulée *l'effectivité de la sanction pénale*⁷, qu'une décision de justice doit être mise à exécution et exécutée sans quoi le procès n'a pas de sens. C'est donc l'essence même de la décision qui se révèle lors de son exécution. Dans ce sens, pour la Cour Européenne des Droits de l'Homme, l'inexécution d'une décision de justice constitue une anomalie⁸. L'inexécution d'un jugement apparaîtrait alors peut être plus grave que l'absence de jugement, comme le soutient Jacques NORMAND⁹. Face à cette situation de risque avéré d'inexécution des décisions et partant des condamnations pécuniaires, des mesures coercitives telles que la contrainte judiciaire s'avère une alternative salvatrice, sur laquelle les créanciers pourraient espérer recouvrer leurs créances.

Du point de vue conceptuel, au sens de l'article 622-1 du code de procédure pénale burkinabè, la contrainte judiciaire peut être définie comme un moyen juridique visant à garantir le recouvrement des créances résultant des condamnations à l'amende¹⁰ ou aux frais ou à tout autre paiement au profit du Trésor public ou à tous dommages-intérêts au profit de toute partie au procès pénal¹¹. Concrètement, elle consiste à incarcérer ou maintenir en détention une personne solvable qui ne s'est pas acquittée de ces créances sus mentionnées, auxquelles elle a été condamnée.

L'analyse critique du droit et de la pratique quant à elle, renvoie à une approche critique de certains aspects juridiques et pratiques de la contrainte judiciaire qui méritent notre réflexion.

⁶ GJIDARA (M.), *Les causes d'inexécution des décisions du juge administratif et leurs remèdes*, Presse universitaire de France, 1/2015, p.109.

⁷ TZUTZUIANO (C.), *L'effectivité de la sanction pénale. Droit. Université de Toulon*, 2015. p.11.

⁸ DUGRIP (O.) et SUDRE (F.), « Droit à un procès équitable et exécution des décisions de justice », *note sous Cour EDH*, 19 mars 1997, époux Hornsby c/Grèce, n° 18357/91, JCP G., 1997, n° 47, II, 22949, pp. 507-512

⁹ NORMAND (J.), « Les difficultés d'exécution des décisions de justice », in *La terre, la famille, le juge, Études offertes à Henri-Daniel Cosnard*, Paris, Economica, 1990, p. 394.

¹⁰ L'amende pénale encore appelée amende judiciaire est une peine commune à toutes les infractions dans notre législation. Elle est définie par le juriste WANE BAMEME (L.) comme « *une sanction pénale qui impose de payer une somme d'argent fixée par la loi après qu'une infraction ait été commise* ».

¹¹ Art. 622-1 du Code de Procédure Pénale Burkinabè « *Lorsqu'une condamnation à l'amende ou aux frais ou à tout autre paiement au profit du Trésor public ou à tous dommages-intérêts au profit de toute partie civile est prononcée pour une infraction n'ayant pas un caractère politique et n'emportant pas peine perpétuelle, par une juridiction répressive, celle-ci fixe, pour les cas où la condamnation demeurerait inexécutée, la durée de la contrainte judiciaire dans les limites prévues à l'article 622-2 ci-dessous. Lorsque la contrainte judiciaire garantit le recouvrement de plusieurs créances, sa durée est fixée d'après le total des condamnations.* ».

Succédant à la contrainte par corps¹² qui était jusque-là régie par les articles 699 et suivants de l'ordonnance n°68-7 du 21 février 1968¹³, la contrainte judiciaire a été instaurée par la loi n°40-2019/AN du 29 mai 2019 portant code de procédure pénale au Burkina Faso notamment en ses articles 622-1 et suivants. Elle se veut un outil de pression aux fins de recouvrement par son mécanisme. Cependant cette réforme à l'analyse paraît plus de forme que de fond, ce d'autant que son fonctionnement aussi bien que son champ d'application n'ont fondamentalement pas changé¹⁴. Aussi dans la pratique, à l'instar de la contrainte par corps, la contrainte judiciaire rencontre des difficultés dans sa mise en œuvre de telle sorte que l'on se pose aujourd'hui la question de son effectivité mais aussi de son efficacité pratique. Autrement dit, le dispositif juridique et logistique dans le cadre de la contrainte judiciaire, permettent-ils d'atteindre les objectifs recherchés à savoir la garantie de l'exécution des condamnations pécuniaires ? quelles réformes pour une mise œuvre efficace et efficiente de la contrainte judiciaire ? Telles sont les interrogations auxquelles nous tenterons d'en donner des réponses.

L'étude de cette thématique par la problématique qu'elle pose, présente un intérêt double. Du point de vue théorique, elle permet de s'interroger davantage sur les forces et les insuffisances du régime juridique de la contrainte judiciaire comme gage de recouvrement des condamnations pécuniaires. Sur le plan pratique, il s'agira pour nous à travers l'actualité de la problématique de l'exécution des décisions de justice, de réfléchir sur les moyens de mise en œuvre efficace de la contrainte judiciaire.

Dans un souci de logique et de clarté, notre analyse nous conduira d'une part, à mener un regard critique sur la réforme de la contrainte judiciaire (I), opérée par le code de procédure pénale de 2019 et d'autre part, à examiner la problématique de sa mise en œuvre (II) qui requiert des réformes.

¹² Ce mécanisme est connu des civilisations les plus anciennes. Chez les Hébreux, les Grecs ou encore à Rome, selon la loi des XII Tables, le corps du débiteur qui ne peut pas payer les sommes dues devient la propriété de ses créanciers. L'histoire de la contrainte par corps sera faite de rebondissements frappant tant sur son domaine d'application que sa nature même avec la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004. Pour un parcours de l'histoire de ce mécanisme jusqu'en 2002, RENAUT (M.-H.), « La contrainte par corps, une voie d'exécution civile à coloris pénal », *RSC*, 2002, n° 4, pp. 791-808. V. également CIMAMONTI (S.), *L'effectivité des droits du créancier chirographaire en droit contemporain*, Aix-Marseille 3, 1990, p. 158 et TARDY (V.), « Le droit pénal face à l'impayé : la résurgence de la prison pour dettes », *LPA*, 1996, n° 110, pp. 10 et 11, notes 3 et 4.

¹³ Ordonnance 68-7 du 21 février 1968, portant institution d'un code de procédure pénale (J.O.RHV. du 13 mai 1968, p. 229) ; complétée et modifiée en ses articles 21 et 73 par l'ordonnance 68-53 du 29 novembre 1968 (J.O.HV. du 12 décembre 1968, p. 657).

¹⁴ Greffe-parquet (mise en état des pièces d'exécution et réquisitoire d'incarcération s'il y'a lieu).

I- DE LA REFORME DE LA CONTRAINTE JUDICIAIRE

Le régime juridique de la contrainte judiciaire est principalement consacré aux articles 622-1 à 622-20 du code de procédure pénale, au chapitre II du titre II. D'autres dispositions notamment celles du Code pénal complètent en certaines matières ces dispositions¹⁵. Elles prévoient non seulement le champ d'application de la contrainte judiciaire qui demeure élargi (A) à l'instar de la contrainte par corps mais aussi son fonctionnement (B) qui n'opère pas une différence fondamentale avec la contrainte par corps dont elle succède. Leur mise en œuvre permettrait, sous la pression de l'incarcération, de recouvrer les condamnations pécuniaires.

A- Du maintien du champ d'application étendu de la contrainte judiciaire

A titre de droit comparé, les sanctions pécuniaires susceptibles de faire l'objet d'une contrainte judiciaire sont moins nombreuses que celles qui étaient susceptibles de faire l'objet d'une contrainte par corps en France¹⁶. Le législateur français dans une réforme de 2004¹⁷ a restreint le champ d'application de la contrainte judiciaire en le limitant désormais aux peines d'amendes¹⁸. Mieux même au sein de ces sanctions, l'applicabilité de cette mesure est encore restreinte au regard du montant de la sanction pécuniaire initiale. A titre illustratif, en présence d'une amende en deçà de deux mille (2 000) Euros, la contrainte judiciaire n'est pas applicable¹⁹. De la sorte, le législateur français a entendu éviter l'emprisonnement d'une personne qui doit s'acquitter des sommes d'un montant relativement faible.

¹⁵ Il s'agit notamment des articles 214-20, 214-21 du code pénal de 2018. Il convient tout de même de souligner qu'une harmonisation des terminologies s'avère nécessaire car tandis que le code procédure pénale adopté en 2019 parle de « contrainte judiciaire », le code pénal de 2018 consacre toujours le terme « contrainte par corps ».

¹⁶ Depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, entrée en vigueur le 1er janvier 2005, ayant abrogé l'article L. 272 du Livre des procédures fiscales, la contrainte judiciaire n'est pas applicable, à la différence de la contrainte par corps, aux dettes fiscales. V. en ce sens, Cass. crim., 4 mai 2006, n° 05-84.786 inédit ; ROBERT (J.-H.), « Les bons côtés de la loi Perben II », note sous Cass. crim., 4 mai 2006, n° 05-84.786, *Dr. pén.*, 2006, n° 7, p. 16.

¹⁷ Réforme intervenue avec la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relative à la contrainte judiciaire et à la peine de jours-amendes, CRIM 2005-05 E8/21-03-2005 NOR : JUSD0530049C. <https://www.legifrance.gouv.fr/>. visité le 21 décembre 2022.

¹⁸ Le législateur a peu à peu restreint le domaine de la contrainte par corps (notamment par la loi du 30 décembre 1985), devenue contrainte judiciaire en 2004. Article 749 « La contrainte judiciaire est une mesure à caractère pénal prévue par la loi pour garantir l'exécution des condamnations pécuniaires pénales, et le paiement des amendes douanières et fiscales au profit du Trésor public. Elle ne concerne pas les réparations civiles [...]. Elle ne constitue donc pas une peine, mais une voie d'exécution. ». *ENAP – Classeur de droit pénitentiaire*, Fiche 12, La contrainte judiciaire.

¹⁹ Art. 750 du Code de Procédure Pénale français.

En revanche, le législateur burkinabè a maintenu sa posture de l'extension de la garantie de cette mesure à toutes les condamnations pécuniaires²⁰. Ainsi, la contrainte judiciaire concerne-t-elle non seulement les amendes prononcées mais aussi les frais ou tout autre paiement au profit du Trésor public ou tous dommages-intérêts au profit de toute partie au procès pénal. On pourrait alors comparer ce passage à la contrainte judiciaire, dans le contexte burkinabè, au « *Phénix qui s'éteint et renaît de ses cendres* »²¹ dans la mesure où l'application de la contrainte par corps sans distinction de la nature de la condamnation pécuniaire à survécu à la réforme. Le législateur burkinabè n'a donc pas souhaité limiter son application aux seules peines d'amendes, mais aussi, il n'a pas non plus fixé un seuil minimum pour en recourir²². Il s'agirait donc de toutes les condamnations pénales au sens large, ayant pour objet le versement d'une somme d'argent tant au profit du trésor qu'aux particuliers, parties aux procès.

Cette extension, à notre sens vise évidemment à mettre les créanciers²³ des condamnations pécuniaires prononcées à l'occasion d'un procès pénal, au même pied d'égalité en leur accordant la même possibilité d'user du pouvoir dissuasif de la contrainte judiciaire.²⁴ Limiter en effet, la contrainte à la seule peine d'amende exclurait les particuliers notamment les parties civiles, bénéficiaires des condamnations aux réparations civiles, d'user de cette voie de pression. Au regard très souvent des moyens limités de ces dernières, leur inclusion participerait à la sauvegarde de leurs intérêts dans la procédure pénale²⁵. Néanmoins, même en consacrant cette extension, le législateur aurait pu fixer un seuil minimum pour en recourir, de telle sorte à éviter qu'une personne qui doit s'acquitter des sommes d'un montant relativement faible puisse se retrouver en prison.

S'agissant du débiteur contraignable, nous retenons néanmoins que les dispositions de la contrainte judiciaire ont tenu compte du respect de la dignité et de la situation familiale des

²⁰ Art. 622-1 du Code de Procédure Pénale burkinabè précité.

²¹ RENAULT (V. M.-H.), « La contrainte par corps, une voie d'exécution civile à coloris pénal », op. cit., p. 796 ; DETRAZ (S.), « Rémanence et renaissance d'une institution : de la contrainte par corps à la contrainte judiciaire », *Dr. pén.*, op.cit p. 11.

²² Art.622-1 du Code de Procédure Pénale burkinabè.

²³ Trésor public, (exercé par les parquets) pour les amendes et les particuliers (parties civiles) pour leurs réparations civiles.

²⁴ L'Etat bénéficiaire des amendes et les parties civiles bénéficiaires des condamnations aux dommages et intérêts.

²⁵ G. ROYER, « La victime et la peine », D. 2007, p. 1745 et s. Note sous Cass. ass. plén. 9 mai 2008, AJ Pénal 2008 p. 509 et s. Note sous Crim. 7 octobre 2009, n° 08-88.320, AJ Pénal 2009, p. 501 et s. Note Crim. 11 mai 2010, n° 09-80.725, AJ Pénal 2010, p. 447 et s.

personnes contraignables en ce sens que certains débiteurs en sont exemptés. Il s'agit des condamnés âgés de moins de dix-huit ans accomplis à l'époque des faits qui ont motivé la condamnation et ceux qui ont commencé leur soixantième année au moment de la condamnation²⁶. Aussi le condamné qui justifie de son indigence en est dispensé²⁷. Par ailleurs, « *la contrainte judiciaire ne peut être exercée simultanément contre le mari et sa femme ou les deux concubins ensemble, même pour le recouvrement de sommes afférentes à des condamnations différentes* »²⁸.

Comme on peut le déduire aisément, le maintien de ces exclusions à l'instar de la contrainte par corps²⁹, est fondé sur le respect de la dignité humaine qui vise entre autres à ne pas exposer drastiquement le débiteur dans une situation de précarité personnelle ou familiale, ou l'enfoncer s'il s'y trouve déjà.

En dehors de ces exclusions, tout débiteur qui ne s'est pas volontairement exécuté, dans le délais de trois (03) mois à compter de la date où sa décision de condamnation est devenue définitive peut se voir appliquer la contrainte judiciaire³⁰. A noter que ce délai ne court, contre le condamné détenu provisoirement au moment de la condamnation, qu'à compter de sa libération. Sa mise en œuvre pourrait donc intervenir par l'activisme des différents acteurs de la chaîne d'intervention de la contrainte judiciaire.

B- Du fonctionnement peu novateur de la contrainte judiciaire

Dans son fonctionnement, suivant les dispositions de l'article 622-10³¹ du code précité, la contrainte judiciaire fait intervenir, stricto sensu³², deux services majeurs ou du moins deux acteurs

²⁶ Art. 622-3 du Code de Procédure Pénale burkinabè.

²⁷ Art. 622-4 du Code de Procédure Pénale burkinabè.

²⁸ Art. 622-5 du Code de Procédure Pénale burkinabè.

²⁹ Art. 701 Ordonnance 68-7 du 21 février 1968 précitée.

³⁰ Art. 622-7 du Code de Procédure Pénale burkinabè.

³¹ Aux termes de l'article 622-10 du Code de Procédure Pénale burkinabè, « à l'expiration du délai de trois mois visé à l'article 622-7 ci-dessus, le chef du greffe transmet soit au procureur général, soit au procureur du Faso en vue de l'exercice de la contrainte judiciaire, les extraits des condamnations pécuniaires non exécutées.

Il est alors délivré d'office, et sans commandement préalable, un réquisitoire d'incarcération contre tout condamné qui ne s'est pas acquitté volontairement du paiement de ses condamnations pécuniaires. L'intéressé est conduit au parquet du magistrat requérant qui peut suspendre l'exécution de la contrainte pour un délai de trois mois ».

Ce délai ne peut être renouvelé que deux fois, par décision motivée, sur demande du bénéficiaire formulée huit jours au moins avant l'expiration du délai en cours ».

³² Au sens large, plusieurs acteurs y concourent. Notamment les juges au siège qui doivent en fixer la durée, mais aussi une obligation leur est faite d'avertir le condamné qu'il dispose d'un délai de trois mois, à compter du jour où la condamnation sera devenue définitive, pour s'acquitter de tout paiement prononcé au profit du Trésor public. (Article 622-12). Il y'a aussi les Officiers de Police Judiciaires qui doivent rechercher et conduire les contraignables devant les autorités compétentes etc.

clés à savoir le chef de greffe³³ et le procureur général ou le procureur du Faso³⁴. Le chef du greffe est chargé d'établir et de transmettre les extraits des condamnations pécuniaires non exécutées au ministère public (soit au procureur général, soit au procureur du Faso en fonction de la juridiction concernée), qui se charge de l'exercice de la contrainte judiciaire.³⁵ Cette autorité délivre « *d'office, et sans commandement préalable, un réquisitoire d'incarcération contre tout condamné qui ne s'est pas acquitté volontairement du paiement de ses condamnations pécuniaires* »³⁶. L'intéressé est conduit au parquet du magistrat requérant qui dispose du pouvoir d'ordonner effectivement l'incarcération du débiteur concerné ou, bien évidemment, de lui accorder des mesures favorables en fonction de l'espèce³⁷.

Comme on peut aisément le relever, le passage de la contrainte par corps à la contrainte judiciaire, consacré par le code de procédure pénale de 2019, n'a opéré un changement fondamental dans le fonctionnement du mécanisme de la contrainte³⁸. Quelques points majeurs retiennent notre attention.

Tout d'abord, s'agissant de l'autorité compétente pour exercer la contrainte judiciaire, elle demeure une attribution du ministère public³⁹. Les procureurs et les procureurs généraux sont donc les personnes investies du pouvoir de décision en matière d'exercice de la contrainte judiciaire. Pourtant, s'il est vrai que l'on peut concéder au législateur que de lato sensu, le ministère public est notamment chargé de l'application des décisions de justice⁴⁰, il n'en demeure pas moins que pour l'application des peines stricto sensu il n'en a pas le monopole. Il compose en cette matière avec le juge de l'application des peines qui a notamment compétence pour fixer les principales

³³ Le rôle du greffier en chef, chef de greffe s'est accru avec les innovations apportées par l'arrêté n°2009-0106/MEF/SG/DGTCP/DEL du 24 mars 2009 portant création des régies de recettes auprès des Cours et Tribunaux. Désormais, le greffier en chef ne se contente plus seulement de l'émission des titres de perception, il est également un acteur intervenant directement dans le recouvrement.

³⁴ Si le chef de greffe est la personne responsable de cette entité, en pratique cette tâche est déléguée à certaines personnes ou à un service sous sa coupe. Il en est de même des parquets où un substitut peut se voir confier cette tâche.

³⁵ Art. 622-10 du Code de Procédure Pénale burkinabè

³⁶ Ibid.

³⁷ En effet, la loi lui permet d'accorder une suspension de l'exécution de la contrainte pour un délai de trois mois. Cependant, ce délai ne peut être renouvelé que deux fois, par décision motivée, sur demande du bénéficiaire formulée huit jours au moins avant l'expiration du délai en cours. V. Article 622-10 du Code de Procédure Pénale burkinabè.

³⁸ Dans ce sens, la contrainte judiciaire est comparée au Phénix qui s'éteint et renaît de ses cendres, RENAUT (V. M.-H), « La contrainte par corps, une voie d'exécution civile à coloris pénal », op. cit., p. 796 ; DETRAZ (S.), « Rémanence et renaissance d'une institution : de la contrainte par corps à la contrainte judiciaire », *Dr. pén.*, 2004, n° 10, p. 11.

³⁹ Procureurs généraux/Procureurs du Faso.

⁴⁰ Suivant l'article 242-2, alinéa 2 du Code de Procédure Pénale burkinabè nouveau, le Ministère public « assure l'exécution des décisions et des mandats de justice ainsi que des décisions des juridictions d'instruction. ».

modalités de l'exécution des peines en orientant et en contrôlant les conditions de leur application⁴¹. En tant qu'une des modalités d'exécution des condamnations, il aurait été plus pratique et logique de confier l'exercice de la contrainte judiciaire au juge de l'application des peines qui dispose non seulement des pouvoirs étendus d'orientation et de contrôle mais surtout des garanties du respect des droits de la défense⁴² et des voies de recours⁴³.

L'option de juridictionnalisation de la procédure en matière de contrainte judiciaire à l'instar du droit français, permettrait au parquet d'occuper sa place logique de requérant, et non celle de juge qui s'assimile à un magistrat statutairement indépendant, et cela dans l'intérêt d'éviter les abus. En droit français, conformément aux dispositions de l'article 712-6 du code de procédure pénale, après sa saisine, notamment par le parquet, le juge de l'application des peines organise un débat contradictoire au cours duquel il entend les réquisitions du ministère public et les observations du condamné, ainsi que le cas échéant, celles de son avocat.

A l'issue de ces débats, il peut prononcer ou écarter la contrainte judiciaire par une décision motivée. Mieux, sa décision peut faire l'objet d'un appel sur l'initiative du condamné, du Procureur ou du procureur général dans les dix (10) jours à compter de la notification. De ce point de vue, l'intervention du juge de l'application des peines offrirait une garantie procédurale quant aux respects des droits de la défense mais aussi la possibilité qu'une juridiction supérieure puisse en connaître pour s'assurer d'une saine application de la loi.

Ensuite, si la réforme de 2019, a précisé que les décisions contenant des condamnations en faveur des particuliers sont exécutées à leur diligence, elle va plus loin en leur prescrivant des charges. En effet, à la différence de la contrainte judiciaire à l'initiative du parquet, celle émanant

⁴¹ Art. 66 de la loi n°015-2019/AN portant organisation judiciaire au Burkina Faso.

⁴² Les droits de la défense sont constitués de l'ensemble des droits (*notamment le droit à un tribunal indépendant et impartial, le droit d'être informé des poursuites, le droit d'être assisté et représenté par un avocat et le droit au silence et à la présomption d'innocence*), qui garantissent aux personnes mises en cause, la possibilité d'assurer la protection de leurs intérêts de manière efficace. Ils permettent d'assurer une égalité et une loyauté entre adversaires dans le cadre processuel. Ces prérogatives s'appliquent à toutes les étapes de la procédure, pendant l'enquête de police, l'instruction, le procès, et même après le jugement dans le cadre de l'exécution des peines. Le principe des droits de la défense est commun à la justice administrative et à la justice judiciaire. Voy. PRADEL (J.), *Procédure pénale*, 13^{ème} édition, Paris, CUJAS, 2007, p. 352.

⁴³ Toute personne a le droit de contester une décision de justice qui la concerne. Cela veut dire que toute personne insatisfaite d'une décision de justice rendue, peut demander le réexamen de l'affaire en exerçant la voie de recours y afférente. Le traitement de la contrainte judiciaire ne doit pas être en marge de ce principe cardinal processuel. On désigne par « voies de recours », l'ensemble des procédures destinées à permettre un nouvel examen devant une juridiction hiérarchiquement supérieure ou celle qui a rendu la décision critiquée.

des particuliers impose non seulement un commandement préalable⁴⁴, qui génère sans nul doute des frais mais aussi, doit être exécutée à leur charge⁴⁵. Ce qui signifie que les parties se verront dans l'obligation de supporter tous les frais liés à la mesure notamment l'alimentation de leurs débiteurs durant la période de la contrainte. De ce point de vue, ces obligations peuvent décourager les particuliers à entreprendre une telle procédure surtout qu'elle peut se révéler infructueuse. Ceci pourrait expliquer en pratique, la rareté des cas de contrainte judiciaire exercée à l'initiative des particuliers.

Du reste, dans l'hypothèse d'une contrainte judiciaire décidée, l'emprisonnement doit être mis à exécution immédiatement. La contrainte judiciaire s'exécute alors à la suite de la peine privative de liberté purgée par le condamné. Si celui-ci est libre, il doit être incarcéré sans délai.

En outre, la contrainte judiciaire est exécutée dans un établissement pénitentiaire et le débiteur détenu, est soumis au même régime que les condamnés. Il s'agirait d'une « *prison pour dettes* » selon l'expression de certains auteurs.⁴⁶ Même si elle n'est pas considérée comme une peine mais une mesure judiciaire⁴⁷, dans le fond, elle s'analyse en une véritable peine dans la mesure où son régime est le même que celui des condamnés et s'exécute dans le même établissement pénitentiaire que ceux-ci.

Enfin s'agissant de la durée de la contrainte judiciaire, elle est régie par l'article 622-2 du code de procédure pénale qui a néanmoins le mérite de simplifier les quantums de sa durée par rapport à ceux de la contrainte par corps, en se fondant sur la classification tripartite des infractions. En matière contraventionnelle, elle va d'un (01) à dix (10) jours. En matière délictuelle, elle s'étend de vingt (20) jours à trois (03) mois lorsque l'amende et les condamnations pécuniaires n'excèdent pas un million cinq cent mille (1 500 000) francs CFA et trois (03) à six (06) mois au-delà. En matière criminelle, trois (03) à six (06) mois lorsque l'amende et les condamnations pécuniaires n'excèdent pas un million cinq cent mille (1 500 000) francs CFA et six (06) mois à un (01) an au-delà.

⁴⁴ Art. 622-14 du Code de Procédure Pénale burkinabè.

⁴⁵ Art. 622-15 du Code de Procédure Pénale burkinabè.

⁴⁶ DEBOVE, (F.) & al., *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, PUF, 2^e édition 2016, p.205.

⁴⁷ Par conséquent, il ne peut y avoir de mesure d'aménagement des peines, de permission de sortie, de placement extérieur, de semi-liberté, de grâce, de libération conditionnelle.

Néanmoins, les individus contre lesquels la contrainte est prononcée peuvent en prévenir ou en faire cesser les effets soit en payant ou consignat une somme suffisante pour éteindre leur dette, soit en fournissant une caution solidaire, reconnue bonne et valable, ou une sûreté réelle. Conformément à l'article 622-20 du code de procédure pénale, l'emprisonnement est destiné à faire pression sur le débiteur pour qu'il s'exécute. Ce n'est donc pas un substitut au paiement : la dette reste entière après l'emprisonnement.

Après analyse, bien vrai que la contrainte judiciaire par son mécanisme de pression sur les débiteurs, s'érige en un véritable outil de recouvrement des condamnations pécuniaires, son régime juridique demeure perfectible. Aussi à l'épreuve de la pratique, la contrainte judiciaire soulève d'autres questions dans sa mise en œuvre.

II- DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONTRAINTE JUDICIAIRE

Environ trois (03) ans après l'adoption du nouveau code de procédure pénale consacrant la contrainte judiciaire en lieu et place de la contrainte par corps⁴⁸, les difficultés de cette dernière subsistent toujours. Pour en cerner le fond, une analyse de l'état des lieux nous a paru nécessaire. De cette analyse, il en ressort une quasi inapplication de la contrainte judiciaire (A) qui soulève des problématiques importantes qui commandent des réformes (B).

A- De la quasi inapplication de la contrainte judiciaire

Dans sa mise en œuvre, la contrainte judiciaire reste quasi inefficace quand bien même qu'une grande majorité des décisions judiciaires la prononce expressément⁴⁹. Du reste, elle s'attache d'office aux décisions pénales dont elle est applicable⁵⁰. Le juge ne se contente donc que d'en fixer la durée.⁵¹ Or selon *Brahima SAWADOGO*, chef du greffe du TGI Ouaga II, « *il n'y a qu'un*

⁴⁸ Notons cependant que certaines dispositions notamment les articles 214-20 et suivants du code pénal consacrent toujours la contrainte par corps. Une harmonisation s'avère nécessaire. Du reste, par application de certains principes d'interprétation (*la lex specialis ou la lex posterior derogat priori*), les dispositions du CPP l'emportent.

⁴⁹ Pour Eric OUEDRAOGO ex-juge au Siège au TGI de Gaoua et actuellement Juge au Tribunal de Commerce de Ouaga, toutes les décisions de la chambre correctionnelles qu'il présidait où des condamnations pécuniaires étaient prononcées, elles étaient assorties de la contrainte par corps, aujourd'hui contrainte judiciaire. [Entretien du 12 novembre 2022].

⁵⁰ Elle n'est applicable que pour les condamnations pécuniaires résultant des infractions de droit commun. Celles résultant des infractions ayant un caractère politique en sont exclues ainsi que les infractions de droit commun emportant peine perpétuelle. Voy. art.622-1 CPP.

⁵¹(Article 321-94 CPP : *Tout jugement de condamnation rendu contre le prévenu et éventuellement contre la partie civilement responsable les condamne aux frais et dépens envers l'Etat. Il se prononce à l'égard du prévenu sur la*

dixième(1/10^è) des débiteurs des condamnations pécuniaires qui s'exécute volontairement, de leur initiative »⁵². A titre illustratif, depuis l'ouverture du TGI Ouaga II en mai 2021, seulement une somme d'environ trois cent mille (300 000) Fcfa a été recouvrée à titre d'exécutions volontaires, à la date du 14 décembre 2022⁵³. Face à cette mauvaise foi des débiteurs, la contrainte judiciaire devrait être une véritable manette d'exécution dont la justice devrait s'en saisir pour y remédier quoique « l'exécution volontaire de la sanction est préférée à son exécution forcée » selon la doctrine⁵⁴. Pourtant la réalité est déconcertante, car, il y'a une quasi inexécution des contraintes judiciaires selon les statistiques du ministère de la Justice⁵⁵. Pour le vice-président du TGI Ouaga II, Parfait A. LOURE⁵⁶, la situation est telle que lorsque un justiciable est condamné aux peines d'amendes et/ou aux dommages et intérêts, même fixant clairement la durée de la contrainte judiciaire, ce dernier ne sent aucun effet attaché à cette mesure, de telle sorte que l'on se pose la question de son utilité pratique.

Cette situation est bien connue du monde des acteurs judiciaires et des observateurs avisés. Plusieurs raisons sont avancées tendant à en donner une explication⁵⁷. Les plus importantes sur lesquelles nous nous attarderons, sont d'ordre logistique et surtout un manque de motivation des acteurs de la chaîne du traitement de cette procédure.

S'agissant de la logistique, il convient de rappeler que la mise en branle de la contrainte judiciaire requiert un préalable de la mise à jour de l'état des condamnations non exécutées et exigibles à ce titre, dit « pièces d'exécution »⁵⁸, relevant de la compétence des services de greffes des juridictions. En pratique, cette tâche minutieuse est jusque-là exécutée de façon manuelle sans un mécanisme numérique pouvant permettre d'enregistrer et de générer automatiquement les états.

durée de la contrainte judiciaire. Article 622-1 : Lorsqu'une condamnation à l'amende ou aux frais ou à tout autre paiement au profit du Trésor public ou à tous dommages-intérêts au profit de toute partie civile est prononcée pour une infraction n'ayant pas un caractère politique et n'emportant pas peine perpétuelle, par une juridiction répressive, celle-ci fixe, pour les cas où la condamnation demeurerait inexécutée, la durée de la contrainte judiciaire dans les limites prévues à l'article 622-2 ci-dessous.

⁵² [Entretien du 11 décembre 2022]. Brahima SAWADOGO, Greffier en chef, chef de greffe du TGI Ouaga II.

⁵³ [Entretien du 14 décembre 2022]. GOUEM Dasmané, Greffier en chef au Tribunal de Grande Instance Ouaga II.

⁵⁴ Notamment, parce qu'elle permet d'éviter de recourir à des mécanismes tels que les saisies dont la mise en œuvre est bien souvent longue et coûteuse. Voy. TZUTZUIANO (C.), *L'effectivité de la sanction pénale*. Op. cit.p.173.

⁵⁵ Direction des greffes. *Etats des recouvrements année judiciaire 2020-2021*.

⁵⁶ [Entretien du 12 novembre 2022]. Il a été précédemment Président du Tribunal de Grande Instance de Kaya en province.

⁵⁷ Notamment l'indisponibilité de certaines décisions rendues.

⁵⁸ Ministère de la Justice et des droits humains, *Guide pour l'efficacité de la chaîne pénale au Burkina Faso*, COGNINTA, mars 2022. p.29.

En effet, l'exécution efficace de la contrainte judiciaire nécessite une mise à la disposition des juridictions, notamment des logiciels et tout le matériel informatique nécessaire permettant non seulement l'enregistrement régulier des condamnations mais aussi leur suivi⁵⁹, de telle sorte qu'il suffira d'un clic pour obtenir l'état pour le communiquer aux Parquets. Pour Maître *ZIGANI Jean de la Croix*, ex-agent du bureau d'exécution des peines du TGI Ouaga I, la collecte d'informations et de suivi des condamnations de par leur complexité nécessitent un bureau spécialement dédié à la cause avec une ressource humaine suffisante. Toute la difficulté se trouve actuellement à ce niveau.

Les états ne sont donc pas envoyés aux parquets, maîtres déclencheurs de cette machine de coercition. C'est d'ailleurs cet état qui permet de constater aussi les exécutions partielles dont le parquet peut en tenir compte dans sa gouverne.⁶⁰ Notons néanmoins qu'un projet de dotation des juridictions d'un logiciel de traitement des pièces d'exécutions serait en cours d'étude, piloté par le ministère de la justice⁶¹.

Au TGI Ouaga I, sur initiative personnelle de Me *ZIGANI*, le bureau d'exécution des peines dispose d'un logiciel conçu sur mesure qui permet d'avoir non seulement l'état des condamnations définitives mais aussi d'autres éléments tels que la situation carcérale des détenus condamnés. Cette belle initiative a permis la collecte et la centralisation des condamnations depuis l'année de 2002. De l'avis de son concepteur, il reste néanmoins perfectible car certains de ces paramètres méritent d'être améliorés. Du reste, au niveau institutionnel, le ministère de la justice pourrait s'en inspirer en capitalisant ces acquis⁶².

De l'avis de plusieurs acteurs judiciaires avisés, l'inertie quant à l'établissement des pièces d'exécution, au-delà des questions de logistique, s'explique principalement par le manque de motivation des agents commis à la tâche, ou du moins de tous les maillons de la chaîne de recouvrement des condamnations pécuniaires en général. Concrètement, il n'existe pas de mesure

⁵⁹ En occurrence les décisions frappées d'appel.

⁶⁰ En effet suivant les dispositions de l'article 622-10 du CPP, le parquet apprécie souverainement au regard des circonstances de l'espèce.

⁶¹ Toujours selon maître *ZIGANI*.

⁶² C'est désormais chose faite. Lorsque nous bouclions le présent article, Me *ZIGANI*, venait d'animer une formation de ses pairs sur la vulgarisation des logiciels de traitement automatisé des actes de justice et le suivi de l'exécution des peines. Ce séminaire s'est tenu du 14 au 17 mars 2023, organisé par le Ministère de la Justice avec l'appui financier de l'Agence Belge de Développement (ENABEL) à travers le Projet d'Appui à la justice pour lutter contre l'Impunité(PARJI).

d'accompagnement des acteurs qui pourtant exécutent une mission de régie des recettes. Pour le Greffier en chef, chef de greffe du TGI Ouaga II, la non motivation des acteurs constitue la première cause de l'inexécution des contraintes judiciaires. Pour lui, « *même si les acteurs disposent de toute la logistique nécessaire, tant qu'ils ne seront pas accompagnés et motivés, les résultats ne changeront pas de couleur* »⁶³. Cet avis est soutenable quand on sait que dans certains services de régie ces mesures de motivation des agents existent et constituent des véritables raisons qui amènent les acteurs à atteindre les objectifs de recettes à eux fixés. Des solutions doivent donc être envisagées pour dynamiser ce secteur de recette de la justice.

B- De la nécessité de réformes pour une mise en œuvre efficace

Partant des causes énumérées plus haut, des mesures idoines doivent être prises. Il s'agit notamment de l'accompagnement en logistique des services de greffe, chargés de l'établissement des pièces d'exécution en vue d'un pragmatisme dans leur tâche, de la motivation financière du personnel commis à la tâche du recouvrement, sans oublier la nécessité de réformes quant à certains aspects juridiques de la contrainte judiciaire.

S'agissant des besoins d'ordre matériel et organisationnel, il est plus qu'impératif voire urgent de mettre à la disposition des services de greffes, chargés de l'établissement des pièces d'exécution, toute la logistique nécessaire, notamment des logiciels adaptés à leurs besoins, permettant l'enregistrement et le suivi des condamnations à même de fournir aux parquets les états nécessaires pour mettre en branle la contrainte judiciaire. Le déroulement de ce mécanisme, sans nul doute complexe, doit être dédié à un service spécial dans chaque juridiction avec un personnel suffisant et permanemment formé. Abondant dans le même sens, le Secrétaire Permanent du Conseil Supérieur de la Magistrature (SP/CSM) burkinabè, *Paulin BAMBARA*, estime qu'il faudrait « une réorganisation des services des greffes des juridictions en créant ou en renforçant les services spéciaux de recouvrement avec des attributions clairement définies »⁶⁴.

Au regard des enjeux du recouvrement des condamnations pécuniaires, un tel investissement ne serait pas de trop mais bien au contraire, serait profitable à l'Etat qui est l'un des grands perdants quand on sait le taux de recouvrement des amendes pénales au titre de l'année 2021 qui était de

⁶³ [Entretien du 11 décembre 2022]. Brahima SAWADOGO, op.cit.

⁶⁴ Paulin BAMBARA, est également chargé du cours de *Pratiques de l'application des peines* à l'IUFIC/UTS et ancien Secrétaire Général du ministère de la Justice de 2014-2017. [Entretien du 19 décembre 2022].

1,05 pourcent. En effet, sur un montant total de deux milliards neuf cent soixante millions deux cent treize mille cinq (2 960 213 005) francs CFA, seulement la somme de trente un millions cent cinquante-trois mille un (31 153 001) francs CFA a pu être recouvrée⁶⁵.

De ce point de vue, l'optimisation de ce service permettra aussi d'offrir plus de confiance et de crédibilité de la justice vis-à-vis des créanciers des condamnations pécuniaires. En effet, pour les parties civiles et surtout dans les dossiers économiques et financiers, leur objectif dans le contentieux n'est pas seulement qu'on dise le droit mais surtout qu'elles puissent entrer en possession de leur dû en cas de condamnations.

Quant à la question de la motivation des agents, il est nécessaire d'envisager une rétribution conséquente pour stimuler le pragmatisme des acteurs. Du reste cette question n'est pas nouvelle. Comme dit plus haut, le manque de motivation financière des agents intervenant dans la chaîne de recouvrement dans les services judiciaires est problématique. En effet, théoriquement, il existe certes un arrêté conjoint portant fixation des tarifs des actes de justice⁶⁶ qui prévoit 40% des recettes des condamnations pécuniaires mandaté et imputé à un compte intitulé « RA-SPECIALE-MIN JUSTICE »⁶⁷.

Comme nous pouvons aisément le constater, il n'est pas clairement indiqué que ce fond est au profit du personnel de la justice encore moins aux agents ayant posé des actes dans la chaîne de recouvrement. Du reste, pour ce qui était reversé au personnel de la justice, avant cet arrêté, la clé de répartition ne tient pas compte de l'effort des acteurs clés dans le processus de recouvrement si bien qu'un acteur peut se retrouver avec sept cent cinquante (750) Fcfa comme rétribution sur un recouvrement de plusieurs centaines de millions. Depuis un certain temps, la clé de répartition est âprement discutée par les acteurs judiciaires (Magistrats, Greffier, GSP...). Pour certains, seuls les acteurs ayant posé des actes dans la chaîne de recouvrement des condamnations pécuniaires doivent en bénéficier⁶⁸. En revanche, d'autres estiment que tout le personnel justice doit en

⁶⁵ Source : Direction des greffes.

⁶⁶ Arrêté conjoint n°2018-105/MJDHPC/MINEFID du 10 août 2018 portant fixation des tarifs des actes de justice.

⁶⁷ Article 3 de l'arrêté conjoint.

⁶⁸ Ce débat suscite davantage des interrogations. Quel est le degré d'implication des acteurs judiciaires dans la chaîne du recouvrement pénal. Faut-il une clé de répartition en fonction de ce degré ou faut-il se placer sous l'angle de la prééminence des fonctions ? Particulièrement pour les juges qui prononcent les condamnations au paiement de ces amendes, une toute autre question se pose. Celle de savoir si ceux-ci doivent avoir une part de leurs propres condamnations, cela ne pourrait-il pas les conduire à des condamnations systématiques dans l'optique d'engranger davantage de ristournes, voir leur crédibilité ?

bénéficiaire. Nous pensons que les avis doivent converger. En effet même si on doit inclure tous les acteurs dans la répartition, un fort pourcentage doit revenir aux acteurs clés dont le rendement en est déterminant. Il faudrait donc mettre de côté la complaisance et le corporatisme et analyser la problématique sous l'angle de l'objectif que l'on voudrait atteindre : l'optimisation des recouvrements judiciaires.

D'ailleurs depuis plus de six (06) ans, ces ristournes dérisoires ne sont même plus servies aux acteurs⁶⁹. Pourtant cette situation au-delà de la frustration et de la démotivation, peut exposer les agents commis à la tâche à la corruption. De ce point de vue, la révision donc des conditions de motivation financière des acteurs impliqués dans le processus de recouvrement en s'inspirant de certains modèles notamment celui douanier, peut constituer une source de galvanisation des acteurs et de renflouement des caisses de l'Etat. En effet, conformément à la législation douanière, 50% du produit net de la vente de marchandises confisquées ou abandonnées par suite de transaction ainsi que le produit net de l'amende revient à l'administration douanière⁷⁰ dont 25% aux saisissants⁷¹. Cette façon de galvaniser les acteurs produit des résultats très souvent au-delà des prévisions⁷². Se prononçant sur la problématique du recouvrement des condamnations pécuniaires pénales, *Adama ILBOUDO*, inspecteur des douanes, Chargé de mission au Ministère de l'économie et des finances⁷³, recommande fortement une relecture des clés de répartition pour véritablement tenir compte des acteurs à la manœuvre tout en n'oubliant pas les autres qui

⁶⁹ Pour maître Moussa YAMYAOGO, Greffier en chef au TGI Ouaga II sa « dernière perception date de 2015, où il avait touché 15 000 Fcfa , alors Greffier au Tribunal d'Instance de Bobo Dioulasso ».

⁷⁰ Article 240 de la loi n°03/ADP du 3 décembre 1992 portant révision du Code des douanes.

⁷¹ Article 10 de l'arrêté n°2018-034/MINEFID/SG/DGD du 30 janvier 2018 fixant le mode de répartition des produits des amendes douanières, des ventes de marchandises abandonnées ou confisquées, modifié par l'arrêté n°2022-0497/MINEFID/SG/DGD du 22 décembre 2022.

⁷² En termes de taux de recouvrement annuel, la douane détient l'un des meilleurs rangs au Burkina Faso. A titre illustratif, Sur plus de 700 000 000 000 de francs CFA de prévisions de l'Administration douanière inscrites dans la Loi de Finances Initiale au titre de l'année 2022, ce sont plus de 900 000 000 000 de francs qui ont été recouverts au profit du budget de l'État. Soit un taux de réalisation de 122,36% de recettes propres. Pour 2023, l'objectif confié à la Douane en termes de mobilisation de recettes pour le budget de l'État est de près de 1000 milliards de francs CFA. <https://lefaso.net/spip.php?article118639> .visité le 12 janvier 2023.

⁷³ Adama ILBOUDO était le Directeur de la réglementation et des régimes particuliers de la Direction Générale des Douanes jusqu'à sa nomination comme chargé de mission. Il est également chargé de cours de *Droit pénal douanier* à l'IUFIC/UTS. Consultant en facilitation et en modernisation douanières pour le Groupe de la Banque Mondiale. Expert accrédité en Modernisation et Facilitation douanières de l'Organisation mondiale des douanes. Expert Technique et Opérationnel accrédité en Dossier Recettes de l'Organisation mondiale des douanes.

interviennent d'une manière ou d'une autre dans le processus de recouvrement des condamnations pécuniaires.⁷⁴

Si les débats sur l'effectivité de la contrainte judiciaire semblent plus se tabler sur les questions de logistique et de motivation des acteurs, à l'aune de l'efficacité de son régime juridique, il nous paraît plus intéressant de réfléchir davantage sur le mécanisme de la contrainte judiciaire qui comporte des insuffisances auxquelles il faudrait y penser dans le cadre d'une éventuelle réforme. Il s'agit notamment de son exercice dévolu au parquet, qui à notre sens peut être mieux exercée par le juge de l'application des peines qui dispose plus d'actions de suivi des exécutions des peines. En juridictionnalisant la contrainte judiciaire, elle offrira à la clé des garanties procédurales et des limitations des abus comme le soutient *Éric OUEDRAOGO*, ex-juge de l'application des peines du TGI de Gaoua⁷⁵.

Du reste, cet aspect procédural a véritablement marqué le passage de la contrainte par corps à la contrainte judiciaire en France qui ne s'est pas contenté d'une simple dénomination. En outre, dans un souci de soulager les particuliers qui voudraient enclencher la contrainte judiciaire, il serait judicieux qu'ils puissent être exemptés du commandement de payer à l'instar du parquet, mais aussi des charges que cette procédure pourrait engendrer pour eux.

Conclusion

Si « l'autorité de la chose jugée implique également que ce qui a été jugé doit être exécuté », comme le soutient *Pierre DELVOLVÉ*⁷⁶, force est de constater que les débiteurs de bonne foi se font très rares. Pourtant « l'autorité du jugement » participe de l'autorité de la justice, « l'autorité judiciaire » comme le rappelle *Guy CANIVET*⁷⁷. La contrainte judiciaire, l'un des moyens de recouvrement des condamnations pécuniaires qui a succédé à la contrainte par corps, ambitionne de relever le défi par son mécanisme de pression sur les débiteurs de mauvaise foi.

Cependant, comme un goût inachevé, le législateur a manqué, entre autre, de rendre son fonctionnement juridictionnel pour lui permettre de donner toutes les optimalités de son efficacité. Il ne serait pas de trop d'envisager une juridictionnalisation de la contrainte judiciaire en la confiant

⁷⁴ [Entretien du 17 décembre 2022].

⁷⁵ [Entretien du 12 novembre 2022].

⁷⁶ DELVOLVÉ (P.) & al., « Chose jugée », *Répertoire de Contentieux Administratif. Rép. Dalloz*, 2018, p. 189 à 232.

⁷⁷ CANIVET (G.), « l'autorité du jugement », *Colloque annuel du Collège de France*, Paris, 2008, p.33 à 36.

au juge de l'application des peines⁷⁸ qui dispose plus de pouvoir d'appréciation et de garanties de respect du contradictoire et les possibilités de voies de recours.

Aussi, à l'épreuve de la pratique, elle demeure un outil quasi inutilisé par les acteurs à défaut de mesures d'application adéquates. Il s'agit notamment de la mise à la disposition des acteurs des outils adaptés à la collecte et au traitement des pièces d'exécution, mais aussi le manque de motivation financière de ces acteurs. Pour une mise en œuvre efficace de la contrainte judiciaire et de façon générale du système pénal du recouvrement du secteur judiciaire, des mesures idoines doivent être prises⁷⁹. Elles doivent tenir compte de l'effort des acteurs directement impliqués dans le traitement des recouvrements, mais aussi de la logistique adaptée aux besoins.

⁷⁸ Voy. Ministère de la Justice et des droits humains, *Guide à l'usage du justiciable en matière pénale au Burkina Faso*, CIFDHA, 2022.p 59.

⁷⁹ Cette préoccupation a d'ailleurs été rappelée par son excellence le Président de la Transition burkinabè, chef de l'Etat, le Capitaine *Ibrahim TRAORE*, dans son grand entretien diffusé en direct sur les antennes de la RTB télé et Radio le 3 février 2023. Discours disponible à l'adresse <https://www.youtube.com/watch?v=oNGkJwoPx5k> , consulté le 28 février 2023.

Le droit des investissements dans l'espace OHADA « sur fond d'une saveur douce-amère¹ »

Investment Law in the OHADA area “with a bittersweet taste”

Par: Page | 57

KOUOKAM YOUMBISSI Pasteur Paulin

Doctorant

Université de Douala (Cameroun)

Résumé :

Considérée comme une zone d'intégration économique réalisée par les outils juridiques, l'OHADA qui a vocation à contribuer au développement économique de ses Etats membres, s'est dotée de plusieurs textes uniformes dans des domaines variés du droit des Affaires. Mais aucun de ces textes ne fait expressément référence au droit des investissements qui jusqu'ici est appliqué de façon éparse dans chacun des Etats membres. Toutefois, à la faveur de la révision du 23 Novembre 2017, de l'acte uniforme relatif à l'arbitrage, ainsi que du Règlement d'arbitrage CCJA, le terme investissement qui était jusque-là très rare dans les textes de l'OHADA, y a formellement été consacré. Cette consécration expresse du droit des investissements dans la sphère de l'OHADA, suscite beaucoup d'espoirs pour l'édification de cette matière dans le territoire des Etats membres. Nonobstant cette reconnaissance expresse du droit des investissements dans les matières de l'OHADA, il y'a lieu de se garder de toute jubilation car à l'évidence, il ne s'agit que d'une initiative embryonnaire. En la matière, c'est encore le statu quo et pour l'intérêt du développement économique des Etats membres, il y'a lieu d'envisager de sérieuses perspectives pour l'élaboration d'un véritable droit des investissements dans l'objectif d'améliorer le climat des affaires.

Mots clés : Economie – Investissements – Aménagements – Perspectives – Arbitrage.

¹ L'expression de la saveur douce-amère a été utilisée ici comme une métaphore en liaison avec une plante du même nom dont la consommation procure une sensation initiale de douceur qui se transforme rapidement en sensation d'amertume en pleine dégustation. Cette métaphore fait allusion à l'attention que l'on pourrait accorder au droit OHADA des investissements en raison de son aspect attractif, mais aussi au regret que l'on peut éprouver en raison des carences dans son élaboration.

Abstract:

Considered as an area of economic integration achieved by legal tools, OHADA, which aims to contribute to the economic development of its members, has adopted several uniform texts in various area of business law. But none of these texts makes express reference to investment law, which until now has been applied sparsely in each of the member States. However, thanks to the revision in November 23, 2017, of the uniform act relating to arbitration, as well as the of the CCJA arbitration rules, the term investment which was until then very rare in the texts of OHADA, was formally dedicated to it. This express consideration of investment law in the sphere of OHADA raises many hopes for the construction of this subject in the territory of the member States. Notwithstanding this express recognition of investment law in OHADA matters, there is reason to beware of any jubilation because obviously, this is only an embryonic initiative. In this matter, it is still the status quo and for the interest of the economic development of the member States, it is necessary to consider serious prospects for the elaboration of a real investment law in the objective to improve the business climate.

Keywords : Economy – Investments – Developments – Perspectives – Arbitration

Introduction

L'idée maîtresse qui forme les vertèbres de ce travail, tient d'une volonté d'apporter notre contribution à la vivification du projet jadis mis sur pied depuis la signature du Traité OHADA le 17 Août 1993². A l'entame de la rédaction de cet instrument juridique communautaire, le législateur a fondé l'espoir du développement économique de l'Afrique sur les mesures incitatives destinées à encourager les investissements par la mise en place "des conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques"³. A cet égard, un accent particulier a été mis sur la promotion du droit de l'arbitrage comme devant favoriser l'expansion des investissements en Afrique. Force est de constater qu'après presque trois décennies de la signature de ce traité, les fruits ne semblent pas encore tenir la promesse des fleurs. Le droit des investissements qui devrait être le principal levier juridique pour le développement du droit des Affaires de l'OHADA, ne joue pas encore la partition escomptée. La cause à l'observation, en est qu'il a été élaboré de façon résiduelle sur le plan communautaire et a été essentiellement laissé dans le champ des compétences étatiques, exercées concomitamment avec d'autres organisation sous-régionales. Mais il ne fait l'objet d'aucun doute que la mise en œuvre de ce droit dans les instruments juridiques de l'OHADA, contribuerait à doper la dynamique de croissance des Etats membres et faire du marché africain, le marché de l'avenir.

Le droit des investissements est envisagé comme une discipline au sein du droit international économique, mais les tergiversations de la doctrine n'ont pu lui donner un contenu très précis. Toutefois, en considération de son essor depuis environ sept décennies, il est devenu une véritable matière élaborée au sein des chartes, des codes, des lois à caractère spécial et des conventions dont la plus représentative est celle du CIRDI⁴. C'est une matière au confluent de plusieurs cultures juridiques, qui touche au développement économique des Etats à travers un flux important des capitaux étrangers. Et en cela, il évolue au gré des considérations qui prennent en compte les exigences de souveraineté des Etats d'accueil et de protection des investisseurs, ainsi que des richesses qu'ils charrient. *De facto*, il est particulièrement dynamique et rend délicate toute tentative de systématisation. Il évolue certes, mais s'inscrit dans une continuité qui permet d'en

² L'OHADA a été créée en 1993 à l'initiative d'un certain nombre d'Etats africains par le Traité de Port-Louis en Ile Maurice.

³- Cf. Préambule du traité OHADA

⁴ Abréviation du Centre International de Règlement des Différends Internationaux. Créée par la Convention de Washington du 18 Mars 1965, le CIRDI est une instance du Groupe de la Banque mondiale qui offre aux investisseurs, les moyens de conciliation et d'arbitrage afin de régler les différends relatifs aux investissements.

proposer une approche générale avec l'objectif constant, de faciliter les échanges internationaux et de protéger les étrangers, ainsi que leurs patrimoines.

Plusieurs législations à caractère régional ont donné de la consistance au droit des investissements dans les territoires qui en sont concernés, mais le droit OHADA est resté à la traîne. Les Etats membres se sont alors contentés des productions législatives élaborées sur le plan interne et des sécrétions juridiques d'autres organisations communautaires en matière d'investissement. Des recherches portant sur les lois relatives aux investissements dans l'espace OHADA, nous semblent comme dit plus haut, être une contribution à la réalisation de l'objet du Traité, bien qu'à la lecture de l'intitulé du traité, certains auteurs doutent qu'elle ait été conçue pour attirer les investisseurs. Pour une meilleure analyse des objectifs de l'OHADA en matière d'investissement, on peut laisser le contenant pour examiner le contenu, c'est-à-dire laisser le titre pour prendre connaissance des dispositions substantielles du traité et se rendre bien compte qu'au-delà de l'objectif d'harmonisation, le droit OHADA a vocation à attirer les investissements dans les Etats membres⁵. Etant entendu que les différends qui pourraient s'élever à l'occasion de la réalisation des investissements impliquant les personnes morales de droit public, doivent être réglés suivant les principes d'équité, sans qu'aucune des parties ne puisse évoquer un droit qui lui propre pour se soustraire aux sanctions éventuelles⁶.

Le problème au cœur de notre thème renvoie à l'évaluation des lois en vigueur dans l'espace OHADA en matière d'investissement. Il s'agira de démontrer dans les articulations ci-après, le niveau d'attractivité des investisseurs en liaison avec les lois qui régulent leurs activités, mais aussi de réfléchir sur les possibilités de construire un droit des investissements qui offre toutes les garanties d'efficacité aux opérateurs d'économiques. Cette préoccupation se pose à l'heure où les investissements étrangers dans les Etats de l'OHADA sont en plein essor et que le législateur en a désormais pris la pleine mesure par le biais de certaines dispositions tendant à leur encadrement. Les différents supports législatifs de l'OHADA constituent la vitrine à consulter pour connaître avec précision les dispositions en vigueur en matière d'investissement dans les Etats membres de

⁵ Lire à cet égard S. MANCIAUX Op. cit., note 12

⁶ Cette considération a été prise en compte dans la rédaction de l'acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage, notamment en son article 2 alinéa 2, lequel prévoit que « Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les Etablissements publics peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage ».

l'OHADA (I), ainsi que les entraves susceptibles de constituer un frein à l'éclosion de droit des investissements dans ledit espace (II).

I- LA REALITE DE LA CONSECRATION DU DROIT DES INVESTISSEMENTS DANS L'ESPACE OHADA

Page | 61

Pour savoir ce que prévoit le droit OHADA en matière d'investissement, il faut aller plus loin en examinant le contenu de ses instruments. Les dispositions liées aux investissements sont abondantes. Le Traité révèle en effet que l'OHADA est conçue comme une matrice au sein de laquelle doivent s'élaborer les règles communes regroupées en Actes Uniformes. Présentement, dix actes uniformes ont été adoptés dans des domaines très variés. On observera cependant qu'aucun de ces actes uniformes et aucun des chapitres du Traité OHADA n'est exclusivement dédié aux investissements, mais contiennent des dispositions qui leur sont favorables. Au-delà des apparences, il, s'agit d'examiner, en substance, les apports ou liens éventuels entre le droit OHADA et le droit des investissements.

Que les termes d'investissement et/ou d'investisseur soient employés dans les textes OHADA parfois dans une acception économique, parfois dans une acception juridique, n'a rien de surprenant. L'origine économique du concept est certaine et explique d'ailleurs ses difficultés de transposition dans la sphère juridique. Cet aspect économique du terme investissement semble être celui pris en compte par le législateur OHADA à travers les différentes dispositions relatives aux investissements (A) qui consacrent un droit des investissements encore à ses balbutiements (B).

A- Un aperçu de la législation en vigueur dans l'espace OHADA en matière des investissements

Le repérage des dispositions qui font apparaître textuellement les termes « investisseur » ou « investissement » dans les textes OHADA indique qu'il n'en existe pratiquement pas. Le terme « investissement » n'apparaît qu'une seule fois dans le traité OHADA lui-même, notamment dans ce passage du préambule déjà cité. Il n'est notamment pas réitéré à l'article premier du Traité qui se contente de fixer l'objectif premier de ce texte : harmoniser le droit des affaires dans les Etats parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes.

S'agissant des actes uniformes actuellement en vigueur, la recherche desdits termes n'est pas non plus reluisante⁷. Plus inquiétant, en raison de l'importance du mécanisme d'arbitrage dans le développement du droit des investissements, les termes « investissement » et « investisseur » ne ressortaient non plus dans l'acte uniforme sur l'arbitrage. Mais à la faveur de la révision dudit acte par celui entré en vigueur le 23 Novembre 2017, le législateur a prévu que l'arbitrage puisse être fondé sur un instrument d'investissement tel un code des investissements ou un traité relatif aux investissements. Mais dans toutes les dispositions de l'acte révisé, le terme investissement n'apparaît qu'à l'article 3.

A l'évidence, le législateur OHADA a adopté pour une démarche qui relève de la prudence juridique comme cela est le cas dans plusieurs législations du domaine du droit des affaires. Il s'est gardé d'employer le terme « investissement » pour éviter de le circonscrire, de sorte à ce qu'il n'englobe pas l'ensemble des initiatives tendant à participer au développement économique des Etats membres. C'est encore la démonstration de ce que le terme investissement fait partie de ces termes que les juristes emploient sans les définir de façon précise et universelle. Ce n'est pourtant pas faute d'essayer. En la matière, les textes sont éparses, la jurisprudence éclatée et les controverses doctrinales sont vives dans la sphère des relations économiques internationales⁸.

Les dispositions y relatives, formulées dans l'intérêt des investisseurs, sont suffisamment claires si on prend l'exemple de celles qui régulent l'appel public à l'épargne et qui concernent plus spécifiquement dans une telle hypothèse, les informations devant être délivrées aux « investisseurs ». Ces derniers étant des potentiels souscripteurs de parts sociales, de possibles futurs actionnaires. Dans la mesure où l'opération d'investissement se réalise souvent par le biais de la création d'une société ou d'une prise de participation dans une société, qualifier un associé, même potentiel, d'investisseur nous semble justifié.

Il en va de même pour le terme « investissements » qui apparaît à l'article 94 de l'acte uniforme sur le droit commercial général à propos des éléments à prendre en compte pour déterminer le montant de l'indemnité d'éviction en cas de refus de renouvellement d'un bail commercial⁹.

⁷ Le terme « investisseur » apparaît quatre fois dans l'acte uniforme sur les sociétés commerciales et GIE (aux articles 87, 90, 91 et 832). Quant au terme « investissement », il apparaît une fois dans l'acte uniforme sur le droit commercial général (à l'article 94) et une fois également dans l'acte uniforme sur la comptabilité des entreprises (à l'article 32).

⁸ Comme relevé dans l'introduction générale.

⁹ Cet article dispose en substance : « Le bailleur peut s'opposer au droit au renouvellement du bail à durée déterminée ou indéterminée en réglant au locataire une indemnité d'éviction. A défaut d'accord sur le montant de cette indemnité,

En effet, à défaut d'accord entre le bailleur et le preneur sur le montant de l'indemnité d'éviction, celle-ci doit être fixée par la juridiction compétente en tenant compte notamment du montant du chiffre d'affaires, des investissements réalisés par le preneur et de la situation géographique du local. Dans ce cas, le terme « investissements » correspond aux opérations réalisées par le preneur pour augmenter ses moyens de production en vue d'améliorer l'exploitation de son fonds de commerce. Ici, c'est donc plutôt la notion économique de l'investissement qui est utilisée : il y a augmentation du stock de capital résultant d'une décision de renonciation à une consommation immédiate d'une partie de ses ressources pour l'utiliser en vue d'accroître ses recettes futures.

C'est cette même approche comptable qui prévaut s'agissant du « flux d'investissement » que doit faire apparaître le tableau financier des ressources et emploi prévu par l'article 32 de l'acte uniforme sur la comptabilité des entreprises. Ce « flux d'investissement » désigne la part des ressources que les entreprises affectent au maintien ou à l'augmentation de leurs moyens de production.

La pertinence législative en matière des investissements dans les Etats membres s'appréhende sur plusieurs plans et tend pour l'essentiel à favoriser la dynamique des investissements locaux et étrangers. Plusieurs mécanismes sont alors mis en œuvre relativement à la protection juridique des investissements, à l'encadrement des mécanismes qui gouvernent le jeu de la libre concurrence commerciale, au tempérament de la pression fiscale, à la libre circulation des personnes et de biens, au renforcement du droit de la propriété, aux allègements des procédures d'implantation des sociétés, à l'allègement des contraintes liées à la constitution du capital social, etc...

Ces mesures incitatives sont contenues dans plusieurs instruments législatifs contenues dans des lois ordinaires, des codes dédiés aux investissements, des lois spéciales visant à la promotion des investissements. En plus des instruments internes qui régissent la sphère des investissements, les Etats membres de l'OHADA sont également impliqués dans plusieurs instruments législatifs internationaux destinés à la promotion des investissements en interne. Il s'agit notamment des accords conclus avec les Etats tiers à travers des traités bilatéraux, voire multilatéraux sur les investissements. Il s'agit également des règles issues des instruments sous-régionaux en relation

celle-ci est fixée par la juridiction compétente en tenant compte notamment du montant du chiffre d'affaires, des investissements réalisés par le preneur, de la situation géographique du local et des frais de déménagement imposés par le défaut de renouvellement.

avec les investissements. Mais autant dire tout de suite que dans le cadre des Etats concernés par notre étude, nous avons noté qu'en la matière, on assiste véritablement à une sorte d'atavisme ou de prudence qui oblige les Etats à des codifications fermes. Les lois sous-régionales en matière d'investissement sont dérivés essentiellement des chartes, mais non des codes au sens stricte du terme. Il s'agit des sortes de directives impulsées au niveau sous-régionale, mais dont les modalités de mise en œuvre incombent aux Etats. Cela induit la possibilité pour deux Etats membres d'une même Organisation sous-régionale ayant en partage une charte des investissements, d'avoir des lois totalement différentes en la matière et n'ayant pour seul lien que leur conformité à la charte sous-régionale. C'est d'ailleurs un désagrément qui a été abondamment relevé dans notre étude sous le prisme des disparités législatives dans un espace d'intégration juridique.

Les lois sur les investissements dans les Etats membres sont donc caractérisées par leur pluralité qui se prolonge également au niveau des sources législatives propres à l'OHADA. Dès sa création et relativement à son objet, il n'est pas indiqué explicitement dans le Traité qui la fonde, que l'OHADA régira les opérations d'investissement. Sa désignation par l'acronyme consacrée, fait explicitement allusion à l'harmonisation du droit des affaires. Mais quels sont les domaines que renferme le droit des affaires qui n'est pas une catégorie juridiquement élaborée de sorte à maîtriser de façon exhaustive son contenu ? Conscient de ce que cette interrogation allait inéluctablement se poser, le législateur a opté pour la piste de l'énumération des domaines qui seront régis par le droit OHADA. Mais, à l'issue de cette énumération, il a ouvert la voie à la possibilité pour les instances décisionnelles d'y inclure d'autres domaines que ceux contenus dans l'énumération faite dans le traité.

Mais à l'examen de l'offre législative faite par l'OHADA, il en ressort clairement que le domaine des investissements est concerné par les objectifs du traité, même s'il n'a pas été nommément désigné¹⁰. Légiférer sur le droit des sociétés, sur le droit commercial, sur les voies d'exécution, sur l'arbitrage, est une façon déguisée de légiférer sur les investissements. Puisqu'il ne saurait être possible d'envisager les opérations d'investissement en dehors du cadre des sociétés, ou en dehors des relations de type commercial. Les investissements ont nécessairement

¹⁰ K. MBAYE, « Avant-propos du numéro spécial OHADA », (mai-août 1998) 827 Penant 125. Dans cet article, le Juge Kéba MBAYE affirmait ainsi que « le besoin s'est fait sentir, devant le ralentissement des investissements, d'essayer de reconstruire l'édifice juridique de l'ensemble des pays de la zone franc afin de redonner confiance aux opérateurs économiques. »

un impact sur le cours des économies et sur les flux financiers. En d'autres termes, les investissements ont nécessairement un impact sur la vie des affaires qui est le cœur de l'OHADA.

Il se trouve alors que les textes de l'OHADA, sans faire explicitement référence aux investissements sont un ensemble de réglementation sur le droit des investissements, ou tout au moins contiennent des dispositions qui gouvernent le droit des investissements. C'est donc à juste titre que nous indiquons que le droit OHADA sont un prolongement de la pluralité législative du droit des investissements dans les Etats membres.

Plusieurs textes qui en dérivent sont de nature à satisfaire les besoins exprimés par les investisseurs. A l'épreuve des faits, l'avènement du droit OHADA s'est révélé décisif pour la promotion des investissements dans l'espace éponyme. Les promoteurs des sociétés profitent avec satisfaction de l'attractivité qu'offrent les dispositions issues des divers actes uniformes qui gouvernent la vie des affaires dans cet espace de l'Afrique. Plusieurs sociétés multinationales étrangères ont trouvé dans cet espace, un terrain fertile à l'éclosion de leurs implantations. Plusieurs jeunes entrepreneurs et même des intermédiaires de commerce y déploient allègrement leurs activités favorablement encadrées. La qualité des lois et la pratique des investissements renseignent à suffire sur la preuve de l'attractivité des instruments mis en place par l'OHADA pour favoriser les investissements tant au niveau, interne, intracommunautaire et qu'international.

B- Le droit des investissements dans les instruments juridiques de l'OHADA : une réalité encore embryonnaire

L'attentisme des opérateurs économiques internationaux qui hésitent à recourir au Droit OHADA de l'arbitrage pour le règlement des différends, est-il dû aux inconvénients du droit OHADA ? Le cas échéant, les dispositions du droit OHADA de l'arbitrage devraient être passées au peigne fin de sorte qu'il en ressorte un droit de l'arbitrage plus attractif pour les investisseurs. A l'évidence, le droit des investissements dans l'espace OHADA n'est pas matérialisé dans un acte dédié, de sorte à permettre d'en ressortir aisément la consistance. Mais relativement aux investissements très précisément, le législateur a innové en consacrant l'arbitrage des investissements. Cette innovation s'est réalisée à la faveur de la révision de l'acte uniforme relatif à l'arbitrage et au Règlement d'arbitrage CCJA. De la sorte, le droit OHADA des investissements demeure manifestement circonscrit dans la seule sphère de l'arbitrage.

En substance, l'Acte Uniforme relatif à l'Arbitrage, dans sa version révisée du 23 novembre 2017 dispose en son article 3 que « *l'arbitrage peut être fondé sur une convention d'arbitrage ou*

sur un instrument relatif aux investissements, notamment un Code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements ». Sur le fondement de cette disposition, l'on peut affirmer que le législateur a posé les jalons du droit des investissements ou plus simplement de l'arbitrage des investissements.

Poursuivant cette dynamique, il est prévu à l'article 2.1 alinéa 2 du règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice de d'Arbitrage que « la Cour peut également administrer des procédures arbitrales fondées sur un instrument relatif aux investissements, notamment un Code des investissements ou un traité bilatéral ou multilatéral relatif aux investissements ».

Ainsi, l'article 3 évoqué ci-dessus de l'Acte Uniforme relatif à l'Arbitrage et l'article 2.1 du Règlement d'Arbitrage consacrent l'arbitrage d'investissement dans le droit OHADA. Il est donc indéniable que cela représente une nouveauté pour le droit OHADA. A l'observation, il se trouve que le terme "investissement" n'est principalement utilisé de façon expresse dans les instruments juridiques de l'OHADA, que dans les cas cités ci-dessus¹¹. Comme dans un souci d'orientation, le législateur l'a relié au terme "arbitrage". S'agirait-il d'un souci d'introduire explicitement le droit des investissements dans la sphère du droit de l'OHADA ou d'un souci d'élargir simplement le champ de l'arbitrage pour inclure l'arbitrage-d'investissement ? A bien y regarder, les deux objectifs exprimés dans ce questionnement semblent être ceux partagés par le législateur.

L'arbitrage dans l'espace OHADA a été conçu comme un outil principalement utilitariste au service du Développement économique de l'Afrique. Il a été mis à contribution comme principal adjuvant pour la prospérité de l'économie des Etats africains. L'arbitrage OHADA est de type moderne et adapté à tous types de différends dans le milieu des affaires. C'est une offre composite qui s'applique autant à l'arbitrage interne qu'à l'arbitrage international, à l'arbitrage commercial qu'à l'arbitrage d'investissement, à l'arbitrage ad hoc qu'à l'arbitrage institutionnel, à l'arbitrage de droit qu'à l'arbitrage en amiable composition. C'est une offre à l'adresse des investisseurs de tous bords y compris les personnes morales de droit public.

Mais aussi ingénieux qu'il soit, le droit OHADA de l'arbitrage se trouverait très vite plombé s'il ne répond pas efficacement aux attentes des investisseurs qui convoitent le marché africain. Vingt-neuf ans après l'avènement du traité OHADA et Vingt-cinq ans après l'avènement de l'Acte

¹¹ Nous faisons fi du préambule du Traité OHADA qui évoque sans emphase la notion d'investissement dans son cinquième paragraphe en assignant à l'OHADA l'objectif de « garantir la sécurité juridique des activités économiques afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement ».

uniforme OHADA portant organisation du droit de l'arbitrage, on fait le paradoxe constat d'un manque d'engouement pour l'arbitrage OHADA en dépit de tous les efforts du législateur. Même certains accords bilatéraux d'investissements impliquant certains Etats membres de l'OHADA, ne retiennent curieusement pas le Droit OHADA de l'arbitrage comme législation de référence pour le règlement des différends pouvant survenir à l'occasion de la réalisation des investissements¹².

Il est quasi unanimement admis que le droit OHADA de l'arbitrage, en même temps qu'il s'identifie dans certaines dispositions à d'autres systèmes d'arbitrage internationaux, revendique quelques singularités appréciables du point de vue de la promotion des investissements. Plusieurs mérites lui sont reconnus et l'on s'attendrait logiquement à ce qu'il crée une émulation particulière dans les milieux d'affaires des Etats membres. Mais la réalité n'est pas encore celle escomptée. On ne saurait s'empêcher d'amorcer une réflexion sur les raisons de ce manque d'enthousiasme pour le recours à un Droit de l'arbitrage dont on a fait que dire du bien jusqu'ici. Une réalité demeure certaine : le continent africain est très convoité, mais les investisseurs traînent encore le pas, nonobstant les perspectives de croissance économique qui suscitent quelques espoirs. Il devient alors important d'essayer une esquisse des difficultés qui plombent l'essor du Droit OHADA de l'arbitrage.

II-LES ENTRAVES AU DEVELOPPEMENT DU DROIT OHADA DES INVESTISSEMENTS

La réalité d'un droit attractif des investissements dans les Etats membres de l'OHADA, a été suffisamment mise en perspective dans les travaux de plusieurs auteurs pour démontrer les raisons qui motiveraient les investisseurs à se déployer abondamment dans cet espace où foisonnent une multitude de textes de nature à optimiser les opérations d'investissement.

Mais si l'abondance des lois ne nuit pas notamment dans un espace caractérisé par une communauté juridique, elle pose néanmoins des soucis lorsqu'elle est déployée de façon disparate comme nous l'avons observé des différentes lois en vigueur en matière des investissements dans l'espace OHADA. Les lois sur les investissements dans cet espace sont caractérisées par la catégorie du multiple, elles varient au gré des aspirations de chaque Etat membre, mais certainement aussi au gré des opportunités économiques avec des partenaires étrangers en liaison avec les richesses potentielles de l'Etat considéré. On peut ainsi relever qu'en terme de

¹²- Lire à cet égard, Cassius Jean SOSSOU, Mémoire de fin de formation pour l'obtention du « Master of Advanced Studies in International Dispute Settlement », Université de Genève, année universitaire 2008-2009

développement économique ou mieux en terme d'attractivité des investisseurs, les Etats membres de l'OHADA ne sont pas logés à la même enseigne.

La vocation à l'intégration juridique de ces Etats devrait au minimum induire de repenser les lois communément applicables dans lesdits Etats en matière d'investissement, a fortiori lorsque l'objectif à peine voilé du traité OHADA est de ficeler les conditions juridiques à même de faire émerger un marché commun aux Etats membres, organisé par des lois uniformes et structuré autour des juridictions dans l'ordre judiciaire et dans l'ordre arbitral.

A l'observation, tout le dynamisme législatif observé autour des lois sur les investissements dans l'espace OHADA ne produit qu'un effet mitigé et ne permet pas aux fruits escomptés de tenir en l'état, la promesse des fleurs. Parce qu'il faut relever une fois de plus que l'OHADA a été pensé comme un outil juridique au service du développement économique de ses Etats membres.

Les dix-sept Etats membres de l'OHADA mis ensemble sur la base d'un nouveau paradigme du droit des investissements, constitueraient un ensemble suffisamment puissant pour faire de cet espace d'intégration juridique, un véritable pôle d'attraction des investissements à travers le monde entier. Le foisonnement de structures d'intégration juridico-économique ne devrait pas entraîner la disparité des législations en matière d'investissement ; mais un ensemble cohérent de sorte à consolider le processus d'intégration. Cette considération nous semble d'autant plus pertinente que les pays africains voient également dans ce cadre juridique harmonisé un moyen de rapprochement des peuples, objectif du reste poursuivi par l'Union Africaine¹³. A bien des égards, la formation des espaces intégrés est une dynamique qui porte bien des fruits sur le plan du développement économique, mais l'effectivité de ce développement ne pourrait être atteinte que si les processus d'intégration sont sagement pensés (A) sans écorcher les souverainetés étatiques en matière de politique d'investissement (B).

A- Le problème de la coexistence harmonieuse des lois sur les investissements

La question des outils et des procédés d'intégration vaut tout son pesant d'or. Plusieurs moyens sont envisagés, mais le législateur OHADA a opté pour l'intégration par l'uniformisation des lois dans les secteurs concernés par le traité, alors même que la dénomination du traité renvoie à l'harmonisation. Celle-ci semble être un vecteur incontournable de l'intégration, de même

¹³ F. ONANA ETOUNDI, « Les expériences d'harmonisation des lois en Afrique », Revue de l'ERSUMA :: Droit des affaires - Pratique Professionnelle, N° 1 - Juin 2012, Doctrine.

qu'elle constitue un facteur de stabilité et de sécurité juridique et judiciaire de l'investissement en Afrique¹⁴.

L'équation à résoudre ici, a été de réfléchir à la mise en harmonie d'un ensemble de lois hétéroclites, élaborées aux fins de la satisfaction des aspirations singulières et logées dans des instruments juridiques multiples. C'est cela la réalité du droit actuellement en vigueur des investissements dans l'espace OHADA. Le lustre de leur pertinence se trouve assombri par le foisonnement de leurs sources.

Les Etats membres de l'Organisation devraient prendre des mesures en vue d'harmoniser leurs codes d'investissements par la coordination au sein d'une structure sous régionale, de politiques régionales bien orientées, ce qui devrait donner à l'organisation, les meilleures chances d'attirer les investisseurs. Cela est d'autant plus facile à réaliser qu'ils ont pour la plupart, l'avantage de posséder d'importants instruments de convergence et d'harmonisation : une monnaie commune, le franc CFA et une autorité monétaire centrale.

En effet, nous sommes d'avis que l'harmonisation du droit des affaires et l'amélioration du fonctionnement des systèmes judiciaires sont nécessaires pour restaurer la confiance des investisseurs, faciliter les échanges entre les pays et la libre circulation des marchandises, des services et des capitaux dans les Etats membres. En effet, l'exercice optimale de ces libertés communautaires exige l'harmonisation des droits et des pratiques du droit. Cette exigence constitue pour des pays en développement comme ceux de l'OHADA, une priorité pour créer les conditions favorables à l'instauration d'un espace de sécurité juridique et judiciaire indispensable à l'importation des flux importants d'investissements. En effet, investir est déjà en soi un risque, même s'il est calculé. Ainsi, si ce risque est doublé de celui d'un « système juridique fluctuant, ondoyant et insaisissable »¹⁵, il n'y a pas beaucoup de chance de susciter l'attrait des investisseurs. Or, il apparaît que cette harmonisation n'est concevable que dans le cadre de l'OHADA.

Les conflits de compétences entre normes communautaires sont réels¹⁶. Retenir la conception large du droit des affaires en y intégrant des questions relatives au droit des investissements, serait source de conflits législatifs, si l'on n'élabore pas des conventions y afférentes entre des

¹⁴ F. ONANA ETOUNDI, Op cit.

¹⁵ www.ohada.org

¹⁶ Sur les conflits de compétences entre l'OHADA et l'UEMOA qui a vocation à intervenir dans de nombreux domaines du droit des affaires, V. Arts. 60 ; 67 ; 76 ; 82 du Traité modifié de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) du 29 janvier 2003.

organisations communautaires auxquelles appartiennent les Etats membres de l'OHADA. En effet, « la concurrence des compétences entre organisations internationales peut conduire à deux situations diamétralement opposées, soit un vide juridique, soit un trop plein de textes qui laissent présager un avenir de désordre »¹⁷. Ainsi, remédier à ces situations nécessite un dialogue intelligent entre ces organisations. Objectivement, l'OHADA regroupe bon nombre d'Etats membres des autres communautés et organisations sous régionales voire communautaires. Elle s'inscrit dans une perspective plus globale¹⁸.

Dans sa genèse, l'OHADA était entre autres, un outil d'intégration¹⁹ tout comme la CEMAC et l'UEMOA. Avec une réelle volonté politique dans une perspective d'intégration africaine, ces autres organisations pourraient délaissier certaines compétences au profit de l'OHADA. Même s'il faut reconnaître que c'est un pari risqué, cela n'est pas impossible. La délicatesse de l'œuvre repose sur le volontarisme politique. Relativement au volontarisme politique, le dialogue de l'OHADA avec les organisations concurrentes a été récemment amorcé. Lors du Conseil des Ministres de l'OHADA tenu les 13 et 14 décembre 2012 à Cotonou, « au titre des Actes uniformes en préparation, le Secrétaire Permanent a informé le Conseil sur les concertations envisagées avec les autorités de la CEMAC sur le droit du travail. En ce qui concerne la coexistence de deux référentiels comptables dans l'espace OHADA (SYSCOA et le système comptable OHADA), un cadre permanent de concertation a été mis en place entre le Secrétaire Permanent et les responsables des organes et institutions concernés, le 30 août 2012 à Dakar »²⁰.

Ce cadre permanent de concertation repose assurément sur les « dispositions des Traités qui comportent tous des clauses permettant à ces organisations d'établir toute coopération utile avec les organisations régionales ou sous-régionales existantes, de faire appel à l'aide technique de tout

¹⁷ J. ISSA-SAYEGH, J. LOHOUES-OBLE, OHADA. Harmonisation du droit des affaires, Collection droit uniforme africain, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 115. V. également CORNU (Gérard), op. cit., p. 40.

¹⁸ L'Art. 53 al.1 du Traité OHADA énonce : « Le présent Traité est, dès son entrée en vigueur, ouvert à l'adhésion de tout État membre de l'OUA 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 ».

¹⁹ Les avantages attendus de l'OHADA, tels qu'ils avaient été présentés lors de son lancement sont : « la mise à la disposition de chaque État de textes juridiques simples et clairs, techniquement performants quelles que soient les ressources humaines ; la facilité des échanges internationaux ; la communication et le transfert des techniques modernes de gestion des entreprises ; la sécurité juridique et judiciaire des entreprises, restaurant ainsi un climat de confiance ; la préparation de l'intégration économique », P. TIGER, Le droit des affaires en Afrique (OHADA), 3e édition, Collection Que sais-je ?, Paris, PUF, 2001, p. 26. Ainsi, les pères fondateurs de l'OHADA l'ont voulu comme « un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance », V. K. MBAYE, Préface, in OHADA Traité Actes uniformes commentés et annotés, 4 e édition, Juriscope, 2012, p. 3.

²⁰ <http://www.ohada.com/actualite/1744/compte-rendu-de-la-reunion-du-conseil-des-ministres-de-l-ohada-tenu-les-13-et-14-Décembre-2012-à-cotonou-au-Bénin-suite-et-fin.html>.

Etat ou organisations internationales et, surtout, de conclure des accords de coopération avec elles ». Ce cadre de concertation a permis de régler les difficultés liées aux référentiels comptables OHADA/UEMOA au profit de l'OHADA. Certes, une fois n'est pas coutume mais les mêmes causes peuvent produire les mêmes effets. L'OHADA gagnerait à engager le débat auprès des organisations concurrentes pour l'essor de son texte consumériste. Lorsque l'obstacle de la concurrence des sources normatives communautaires sera levé par l'OHADA, et que "les forces vives de l'OHADA" seront associées dans l'entreprise de délimitation du champ matériel de l'OHADA, les concertations avec les gouvernements des États Parties²¹ pourront prospérer pour l'adoption sans anicroche des instruments juridiques liés aux investissements dans l'espace OHADA. A cette étape, les concurrences normatives internes n'auront plus de raison d'être du fait de la portée abrogatoire des Actes uniformes de l'OHADA²². Le dialogue demeure le juste prix à payer.

Il est loisible de constater à ce stade que la crise de normativité dans l'élaboration du droit OHADA des investissements résulte notamment de la controverse autour de la vocation du droit OHADA à régir le droit de la consommation et de la concurrence des normes étatiques et communautaires y relatives. Cette situation peu enviable nécessite l'exploration des pistes de solutions adéquates, à travers le recadrage du périmètre du droit des affaires et le dialogue des institutions communautaires. En effet, dans un espace intégré comme celui de l'OHADA, les disparités législatives sur une même question sont source de désordre et peuvent entamer l'édifice d'intégration. Or par sa mission d'harmonisation des législations, l'OHADA s'est imposée comme « un pare-feu à l'éclatement du droit des affaires et à l'isolement de ses 17 États membres ».

L'une des manières les plus simples d'anticiper et de prévenir ou de résoudre la concurrence dans la production des normes des organisations régionales citées et l'OHADA est de recourir à titre préventif, aux dispositions des Traités qui comportent en général, des clauses permettant à ces organisations d'établir toute coopération utile avec les organisations régionales ou sous-régionales existantes, de faire appel à l'aide technique de tout Etat ou d'organisations internationales et, surtout, de conclure des accords de coopération avec elles.

²¹ Art. 6 du Traité de l'OHADA.

²² Art. 10 du Traité de l'OHADA. ; Sur l'évolution de la question, V. GOUMISSI (Coretha Hermance A.), « Commentaire de l'avis CCJA-OHADA N°003/2016/AC du 27/09/2016 », BEPP, n°2, octobre 2017, p.10.

On a relevé à cet effet l'exemple du droit comptable élaboré par l'OHADA et l'UEMOA. Ce risque de chevauchement a été évité dans ce cas particulier par la concertation en amont des deux organisations pour prévoir un droit et un plan comptable quasiment identique avec d'une part, l'Acte uniforme portant sur le droit comptable et d'autre part, le Système Comptable Ouest Africain (SYSCOA).

Mais en dehors de cette formule de concertation formelle ou non, toujours possible, entre organisations internationales, aucun mécanisme général préventif ou de solution des conflits de compétences n'a été institué dans la zone africaine subsaharienne. A supposer donc que la solution de la concertation soit impossible, comment arrivera-t-on à résoudre les conflits de normes portées par des législations des différentes organisations différentes ? Rappelons qu'il n'y a conflit de normes que si deux dispositions ayant le même objet sont contraires. Il y a lieu de distinguer dans cette analyse deux hypothèses : lorsque le conflit normatif dont il s'agit oppose le droit commun à un droit spécial ou lorsqu'il oppose deux législations de droit commun.

D'abord le conflit peut se porter entre un régime de droit commun et un régime de droit spécial. En effet, il peut advenir que l'une des organisations en présence ait forgé un droit commun et l'autre, un droit spécial (par exemple, le droit des sociétés commerciales élaboré par l'OHADA est considéré comme le droit commun des sociétés commerciales et celui des banques et des assurances créé respectivement par l'UEMOA et la CIMA constituent des droits spéciaux de sociétés commerciales exerçant dans le domaine de banque ou d'assurance ; tandis que les règles comptables édictées par le code CIMA pour les entreprises d'assurance constituent un régime dérogatoire au droit commun comptable SYSCOA ou OHADA).

Dans un tel cas de figure, lorsque les régimes spéciaux dérogent au droit commun mais uniquement dans les limites étroites de ces régimes spéciaux et pour l'objet précis des dispositions dérogatoires considérées, la CCJA pour l'OHADA, comme la Cour de Justice de l'Union, pour l'UEMOA devraient donner une interprétation de la portée dérogatoire de la règle ou du régime spécial.

Ensuite le conflit de normes peut concerner deux régimes de droit commun (par exemple l'OHADA et l'UEMOA avec le droit comptable). Dans de pareils cas, le risque est grand d'être en face d'un conflit de règles insoluble lorsqu'elles seront appliquées dans l'espace de l'UEMOA car, selon qu'elles y auront intérêt, les entreprises pourront réclamer l'application de l'Acte uniforme ou du SYSCOA.

Or, à la différence de la règle de conflit qui permet, dans les limites fixées par le système de droit international privé du for, de répartir l'application de la lexfori et de la loi étrangère, aucun des ordres juridiques ne détient la clé de la répartition des compétences entre normes en concurrence. En effet, aucun ordre juridique ne peut s'arroger le pouvoir de cette répartition. Certes, il appartient à l'ordre juridique OHADA de fixer sa sphère d'applicabilité matérielle et spatiale qui s'impose aux ordres juridiques internes des Etats- parties. Mais, il ne revient pas fondamentalement aux autorités ou aux organes de l'OHADA, notamment à la CCJA de traiter ou d'interpréter, par exemple, une norme juridique UEMOA ou CEDEAO dans un litige donné et porté à sa connaissance.

De manière générale, la politique d'extension du domaine du droit des affaires actuellement envisagée pour couvrir sinon la totalité, du moins l'essentiel des règles juridiques applicables à l'entreprise et aux activités économiques est porteuse de ce risque d'accroissement des situations de concurrence entre les normes communes produites ou susceptibles d'être produites par l'OHADA et les normes communes ou communautaires produites par les autres organisations régionales. Si bien que tout en restant dans son domaine de compétence, l'OHADA peut se heurter à des limites résultant de l'existence d'organisations internationales concurrentes partageant les mêmes sphères de compétence. En conséquence de cela, tout y va de l'appréciation souveraine des Etats membres relativement à l'orientation de leur politique interne des investissements.

B- La question des souverainetés étatiques des Etats membres

Les tergiversations de l'OHADA en matière d'investissement s'expliquent en bonne partie par des considérations liées à la souveraineté de ses Etats membres²³. C'est une question généralement considérée comme relevant des politiques nationales des Etats, de sorte qu'il s'avère difficilement admissible de céder à des organisations tierces, le soin de légiférer en matière d'investissement. Mais l'impératif de booster le développement économique des Etats membres d'un espace d'intégration juridique ne saurait être envisagé sans penser aux possibilités d'édulcorer les souverainetés desdits Etats. Tout dépendrait des aménagements à faire pour ne pas affaiblir les politiques nationales d'investissement. En effet, « *l'expression de la souveraineté des Etats de l'OHADA est la force et la faiblesse, l'assurance et le danger, bref le bon et le mauvais risque, selon que les Etats décideront d'avancer ou de reculer dans la réalisation d'une intégration*

²³ S. MANCIAUX, « Que disent les textes OHADA en matière d'investissement ? », Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle, N° 1 - Juin 2012, Etudes.

juridique exhaustive »²⁴. En présence des Etats souverains, la tâche du législateur OHADA n'est pas facile car :

*« Il est plus facile d'accepter des règles uniformes pour la création des sociétés commerciales que d'accepter d'abandonner à des règles communes ou à un organe commun le soin de déterminer le principe et les modalités d'admission d'entreprises étrangères. Il est plus facile d'accepter des règles uniformes pour le recouvrement des dettes privées que d'accepter des règles communes protégeant les investisseurs contre certaines interventions intempestives des autorités publiques »*²⁵.

La difficulté sérieusement redoutée dans l'élaboration d'un droit communautaire d'investissement réside sans nul doute, dans la crainte de violer les domaines de souveraineté étatique en la matière. Ce d'autant que plusieurs domaines névralgiques du droit des affaires relèvent des questions de politique nationale. C'est le cas notamment en matière fiscale, en matière douanière, en matière minière, etc... Si le droit pénal général est au cœur du sanctuaire de la souveraineté des Etats²⁶, il en va de même du droit des investissements.

Vu sous cet angle, on peut comprendre même si on ne le cautionne pas, la balkanisation actuelle du droit des investissements, chaque Etat légiférant en fonction de ses aspirations et de sa politique macroéconomique. Il y'aurait donc autant de droit fiscal dans l'espace OHADA que de pays membres qui le composent. Pareil dans plusieurs autres matières.

Il y'a ainsi lieu de constater que la mise en œuvre du droit uniforme a conduit à une certaine résistance des ordres juridiques nationaux²⁷. Pourtant l'enjeu n'est pas nécessairement l'impérative uniformisation, mais une harmonisation telle que l'indique l'acronyme OHADA. Il s'agirait mieux de gommer simplement les différences qui entachent inutilement l'unicité du droit des investissements dans les Etats membres.

L'intervention de la CCJA pour interpréter l'article 10 du Traité relatif à la règle de la supranationalité met en évidence les contraintes liées à l'érection d'un ordre communautaire. Mais,

²⁴ H. M. MONEBOULOU MINKADA, op cit. note 8

²⁵ Sébastien MANCIAUX, Op. cit.

²⁶ Ibid.

²⁷ J. ISSA-SAYEGH, « Aspects techniques de l'intégration juridique des États africains de zone franc », communication à la session de formation du CFJ de Dakar du 27 au 30 avril 1998, sur le thème : « L'OHADA, un droit régional en gestation ».

la prolifération des instances d'harmonisation au sein de la même communauté juridique, pose un problème de rationalisation des systèmes juridiques poursuivant des objectifs similaires. La persistance de ces blocages structurels affecte la cohérence du droit de l'OHADA.

On en arrive à constater avec regrets que le droit OHADA des investissements est un ramassis de textes éparses localisé tantôt dans des traités bilatéraux d'investissement, tantôt dans des textes internes à caractère spécial, tantôt dans quelques instruments juridiques de l'OHADA et tantôt encore mais de façon résiduelle, dans des chartes des communautés économiques. La conséquence de cette balkanisation du droit des investissements dans l'espace OHADA se perçoit à travers sa difficile appréhension, pis encore les éventuelles contrariétés qui peuvent entacher son exécution dans la communauté dite harmonisée.

A l'honneur des africains et à la faveur de la création d'un marché véritablement émergent, il nous semble plus que nécessaire de théoriser sur la normalisation des dispositifs en vigueur dans l'OHADA en matière d'investissement. Dans le sillage de notre réflexion dans ce sens, nous pensons qu'il y'a lieu de consolider le droit OHADA des investissements en gardant une marge de souveraineté pour les législations nationales. En d'autres termes, nous pensons que les Etats membres peuvent concéder au législateur OHADA, la possibilité de légiférer dans des domaines moins névralgiques qui constitueraient le droit commun des investissements dans l'espace OHADA, et réserver aux législateurs internes le soin de légiférer dans des domaines qui constitueraient le droit spécial des investissements des Etats membres.

Bien évidemment, il faudrait que le législateur se montre suffisamment prudent en garantissant aux Etats membres le plein exercice de leurs souverainetés par la protection de leurs prérogatives dans le domaine du droit des investissements, parce qu'à bien des égards, le droit de légiférer en matière des investissements est perçu comme un élément de politique national des Etats. Il serait alors dangereux de laisser le soin de la réglementation aux entités extérieures aux Etats.

Mais dans les dynamiques de la création des grands ensembles communautaires d'intégration juridique, les souverainetés étatiques peuvent se trouver quelque peu édulcorées au profit des instances supranationales dotées des capacités législatives. Les Etats membres de l'OHADA ne devraient pas échapper à cette réalité. Les organes décisionnels de l'organisation doivent se dresser

non en duel, mais en duo avec ceux des Etats pour régler dans l'ensemble des domaines du droit des affaires²⁸.

La conséquence inévitable serait qu'on en arrive à effriter quelque peu la substance des souverainetés étatiques et diluer la capacité des Etats à impulser par eux-mêmes les dynamiques d'investissement en cohérence avec leurs politiques macroéconomiques. On peut à cet égard comprendre la prudence du législateur OHADA qui s'est gardé jusqu'ici de mettre en place un système d'encadrement du droit des investissements, même si la tentation est quand même grande de régler quelques-uns des domaines importants²⁹.

Les exigences relatives aux investissements internationaux doivent trouver dans le Droit OHADA, un cadre d'application idoine. Il sera alors question de prendre en considération et intégrer des valeurs législatives qui répondent favorablement aux aspirations des investisseurs étrangers. L'institutionnalisation de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage comme Cour suprême des Etats de l'OHADA en matière du contentieux dans le domaine du droit des affaires, constitue une grande première dans le monde de l'arbitrage international, et n'a pu être mis en place que grâce à la supranationalité qui lui a été consentie par les Etats-membres de l'OHADA. Il s'agit manifestement d'un abandon de souveraineté, puisque l'exécution forcée d'une décision de justice est un monopole de la puissance publique du lieu de ladite exécution.

Considérant la volonté des Etats membres de se réunir dans un espace d'intégration juridique, il est nécessairement inévitable d'aménager les souverainetés des Etats parties de sorte à optimiser la pertinence juridique des textes OHADA en matière d'investissement. Cela passera obligatoirement par de nécessaires concessions dans lesquelles les Etats transféreront une portion de leur souveraineté au profit de l'entité supra étatique qu'est l'OHADA pour légiférer en matière d'investissement. Mais bien évidemment, il devra strictement s'agir du transfert d'une partie seulement de la souveraineté, sans que cela n'obère les possibilités pour les Etats de garder une réelle marge de souveraineté dans le domaine des investissements, relatif notamment aux domaines névralgiques comme celui des ressources naturelles.

²⁸ Selon l'article 2 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 Traité.

²⁹ Le législateur OHADA a néanmoins privé les Etats membres des privilèges de souveraineté qui leur permettait de légiférer par exemple dans les matières comme le droit des sociétés, des entreprises en difficulté, des sûretés, des voies d'exécution, etc...

La question qui se dégage d'ores et déjà est de savoir les limites qui démarqueraient les domaines d'investissement sur lesquels les Etats continueront de légiférer et ceux sur lesquels l'attribution de compétence législative sera réservée à l'OHADA. Dans la logique de ce que nous entrevoyons, on pourrait élaborer un domaine des investissements applicable dans tous les Etats de l'OHADA, c'est ce qu'on pourrait considérer comme le droit commun des Etats membres en matière des investissements. A côté de la sphère réservée au législateur communautaire, on aura un droit dérogatoire au droit commun des investissements, qui sera celui élaboré singulièrement par chaque Etat membre.

L'autre question que cela suscite, est orientée vers la critériologie qui va présider à la démarcation des compétences entre les domaines respectifs des Etats en matière d'investissement et celui de l'OHADA. Mais disons-le tout de suite cette critériologie devra s'articuler autour des problématiques de souveraineté. L'objectif étant de rassurer les Etats de ce qu'ils continueront d'exercer leur souveraineté en matière d'investissement, mais dans des proportions bien encadrées.

Conclusion

Les lois en vigueur sur les investissements dans les Etats membres de l'OHADA puisent leurs sources dans plusieurs instruments juridiques qui sont pour l'essentiel étrangers à cette Organisation. Elles émanent principalement de l'ordre juridique interne des Etats et accessoirement des chartes et codes d'autres organisations sous-régionales, voire même des dispositions tirées des conventions internationales renvoyant à des juridictions arbitrales étrangères en cas de différends liés aux investissements.

L'impression qui découle de qui précède c'est que le domaine des investissements n'est point concerné par les objectifs du traité. Or c'est bien le contraire, même si l'objectif d'attirer les investissements n'a pas été expressément indiqué³⁰. Légiférer sur le droit des sociétés, sur le droit commercial, sur les voies d'exécution, sur l'arbitrage, est une façon déguisée de légiférer sur les investissements. Puisqu'il ne saurait être possible d'envisager les opérations d'investissement en dehors du cadre des sociétés, ou en dehors des relations de type commercial. Il se trouve alors que les textes de l'OHADA, sans faire explicitement référence aux investissements sont un ensemble de réglementation sur le droit des investissements, ou tout au moins, contiennent des dispositions

³⁰ K. MBAYE, « Avant-propos du numéro spécial OHADA », (mai-août 1998) 827 Penant 125. Dans cet article, le Juge Kéba MBAYE affirmait ainsi que « le besoin s'est fait sentir, devant le ralentissement des investissements, d'essayer de reconstruire l'édifice juridique de l'ensemble des pays de la zone franc afin de redonner confiance aux opérateurs économiques. »

qui gouvernent le droit des investissements. C'est donc à juste titre que nous indiquons que le droit OHADA sont un prolongement de la pluralité législative du droit des investissements dans les Etats membres.

Face à cette réalité hétéroclite, l'équation à résoudre est de réfléchir à la mise en harmonie d'un ensemble de lois diversement élaborées, pour la cohérence des aspirations singulières logées dans des instruments juridiques multiples. Sans cette cohérence souhaitée de tous nos vœux, le lustre de la pertinence indiquée des lois des investissements en vigueur dans les Etats membres, se trouverait assombri par le foisonnement de leurs sources.

La difficulté est réelle, mais non insurmontable, car le droit des investissements, comme toute discipline juridique, a nécessairement des fondements. Il puise ses racines dans les origines mêmes du droit international, dans ce "droit des gens" au sein duquel s'est développé le standard minimum de traitement des étrangers, et d'autres standards tirés de la coutume internationale et destinés à la protection des acteurs dans les relations internationales. Le législateur communautaire devrait légitimement s'en inspirer pour poursuivre l'œuvre entamée à l'occasion de la révision intervenue en 2017 de l'acte uniforme sur l'arbitrage et du règlement d'arbitrage CCJA.

La dichotomie naissante entre l'émergence de l'Etat moderne comme acteur majeur dans la vie des affaires en compétition avec des acteurs privés, et le caractère absolument souverain des Etats, ne doit pas fausser le libre-jeu de la compétitivité économique internationale. Dans la logique contractuelle, le principe de l'équilibre des droits et obligations entre les parties doit être impératif, sans prérogative exorbitante ou application de la théorie du fait du prince. Investisseurs publics et privés doivent pouvoir se tutoyer sur la table des négociations des contrats, ainsi que dans leur exécution. Cette considération évoque les différends qui pourraient concerner les Etats de l'OHADA et les investisseurs locaux ou étrangers. Elle interpelle également sur la nécessité de capaciter la CCJA à résoudre les différends à caractère international en liaison avec les question d'investissement.

L'option portée sur le centre d'arbitrage du CIRDI pour le règlement des différends d'investissements, reste une constance, y compris dans les traités d'investissement conclus par les Etats membres de l'OHADA. La révision de l'acte uniforme et du règlement d'arbitrage CCJA pour consacrer l'arbitrage d'investissement dans le droit OHADA n'est restée que dans la dimension d'un vœu pieux faute de consistance. Mais elle peut être considérée comme les prémices d'une élaboration prochaine d'un acte uniforme OHADA sur les investissements.

L'attentisme des opérateurs économiques internationaux qui hésitent à recourir au Droit OHADA de l'arbitrage pour le règlement des différends peut s'expliquer par les inconforts actuels de l'OHADA en matière des investissements. Il sera alors impérieux à l'occasion de l'adoption d'un tel acte, de scruter les causes de ces inconforts pour faire place à un droit des investissements plus attrayant.

Les initiatives aux fins de consolidation du droit OHADA des investissements auront le mérite de donner une identité, une singularité qui permettrait de caractériser le droit des investissements en vigueur dans l'espace qu'il couvre. Cette consolidation par quelque procédé qui devra être utilisé, permettra de parler du droit OHADA des investissements et non plus comme c'est le cas aujourd'hui, des lois d'investissement en vigueur dans l'espace OHADA.

La difficulté des lois relatives aux investissements dans l'espace OHADA s'explique également par leur profonde dislocation en raison de la tendance à maintenir les souverainetés étatiques dans la législation de certains champs qui relèvent du droit des investissements. Ainsi, le droit des investissements en zone OHADA se traduit dans une réalité dichotomique : celle de promouvoir les investissements dans le cadre d'une législation harmonisée et celle de la préservation de l'autonomie des souverainetés étatiques dans la législation sur les investissements.

Il est alors urgent de réfléchir sur les possibilités de la réorganisation du droit des investissements, aux fins de lui susciter toute la crédibilité recherchée par les investisseurs de tous bords. A cet égard, il nous paraît nécessaire de proposer une réorganisation du droit des investissements dans les Etats membres de l'OHADA, sans entraver les souverainetés desdits Etats dans l'élaboration et la mise en exécution de leur politique nationale en matière d'investissements. Une piste sérieuse de cette proposition, serait de régler les aspects généraux de l'investissement par un acte uniforme dédié et de laisser ses aspects névralgiques dans la marge des compétences étatiques.

Le polymorphisme contemporain en droit des sociétés à l'aune de l'Acte Uniforme OHADA sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique

Contemporary polymorphism in company law in the light of the Uniform Act on commercial companies and economic interest groups
Par:

Page | 80

Docteur/Ph.D CHOUARUPOUO NDASSA Moussa Kallil

HDR en Droit Privé et Sciences Criminelles
Chargé de Cours au Département de Droit Privé Fondamental
FSJP-Université de Douala (Cameroun)

Résumé :

S'il est évident que les sociétés commerciales de droit OHADA ont pour vocation de dynamiser ou de revitaliser l'économie des Etats parties en s'insérant dans le mouvement ambiant de globalisation et de libéralisation des échanges, il faut tout de même nuancer cette perception en objectant que la vie économique ne se limite pas aux seules sociétés et a fortiori aux seules sociétés commerciales. L'ensemble des personnes morales est concerné ainsi que l'entreprise individuelle, et les entités économiques et non personnifiées. La réalité actuelle est celle du polymorphisme sociétaire qui renvoie à la conception plurielle des sociétés commerciales, « bouclier indispensable » du tissu économique dont la flexibilité est requise pour répondre aux contrecoups de l'économie de la communauté OHADA. A la question de savoir si cette pluralité des sociétés commerciales est la solution idoine à tous les défis majeurs auxquels sont confrontés les pays de l'espace « ohadien », le doute est autorisé car on assiste à une démultiplication des phénomènes sociétaires de grande envergure qui contribuent au dévoiement progressif de la notion de droit de société. Ainsi, on est passé d'une sorte de mystique de l'action collective à une instrumentalisation lise des sociétés vues comme de simples techniques juridiques. On pourrait le constater au travers de la perception du polymorphisme contemporain dilué par l'émergence de nouvelles formes sociétaires ou extra-sociétaires.

Le pari législatif souhaité est celui de l'harmonisation effective des textes régissant les formes plurielles du droit de sociétés.

Mots clés : Droit des sociétés – polymorphisme – société anonyme – société à responsabilité limitée – coopérative – société en noms collectifs – législateur – acte uniforme – société à responsabilité illimitée – flexibilité.

Abstract:

While it is obvious that commercial companies governed by OHADA law are intended to energize or revitalize the economy of the States Parties by becoming part of the prevailing movement of globalization and trade liberalization, this perception must nevertheless be qualified. by objecting that economic life is not limited to companies alone and a fortiori to commercial companies alone. All legal persons are concerned as well as the sole proprietorship, and economic and non-personalized entities. The current reality is that of societal polymorphism which refers to the plural conception of commercial companies, "essential shield" of the economic fabric whose flexibility is required to respond to the repercussions of the economy of the OHADA community. To the question of whether this plurality of commercial companies is the appropriate solution to all the major challenges facing the countries of the "Ohada" space, doubt is authorized because we are witnessing a multiplication of large-scale societal phenomena which contribute to the progressive deviation of the notion of company law. Thus, we have gone from a kind of mystique of collective action to a smooth instrumentalization of societies seen as simple legal techniques. This could be seen through the perception of contemporary polymorphism diluted by the emergence of new corporate or extra-corporate forms.

The desired legislative bet is that of the effective harmonization of the texts governing the plural forms of company law.

Keywords: Company law – polymorphism – public limited company – limited liability company – cooperative – collective name company – legislator – uniform act – unlimited liability company – flexibility.

Introduction

« *La société existe pour le bénéfice des hommes et non les hommes pour le bénéfice de la société* »¹

Tout le monde semble connaître peu ou prou les sociétés car elles s'affichent dans un monde de communication. Leur rôle, dans l'activité économique, est manifestement très important². Page | 82

Historiquement, le code de commerce ne définissait pas les sociétés commerciales. La conception régnant au début du XIX^{ème} siècle faisait de la société l'un des « petits contrats »³. Il s'agit assurément d'une appellation infamante qui ne cadre pas avec la réalité actuelle de cette notion. La meilleure formulation a été offerte par l'article 1832 du code civil de la façon suivante : une société compte en principe au moins deux personnes (physiques ou morales) qui consentent à mettre en commun des biens ou des activités afin d'exécuter le projet que les fondateurs ont défini notamment celui de partager le bénéfice pouvant résulter de l'activité économique ou d'en tirer le profit subséquent. Mais un résultat aussi heureux n'est pas toujours évident et le contrat de société fait donc office de contrat aléatoire, les associés en cas de perte, doivent y faire face selon les règles du type de société adopté et accessoirement selon les statuts.

Il faut néanmoins préciser que la vie économique ne se limite pas aux seules sociétés et, a fortiori, aux seules sociétés commerciales. Elle concerne, non seulement l'ensemble des personnes morales mais aussi les entreprises individuelles, les entités économiques non personnifiées et maints organismes d'accompagnement. C'est ce qui matérialise l'idée du polymorphisme du droit des sociétés commerciales, c'est-à-dire la pluralité des formes sociétaires qui pose le problème de son implémentation effective au regard de l'acte Uniforme OHADA sur le droit des sociétés dont les articles 4 et 5 entretiennent une confusion dans la définition de la société.

Du latin *societas* qui veut dire association ou rassemblement, une « société » est une fiction légale conférant la personnalité juridique à une entité (économique) formée de plusieurs personnes qui mettent en commun des biens, des droits, des capitaux ou des services en vue d'un objet que leurs conventions déterminent. Il s'agit donc concrètement d'un contrat entre deux ou plusieurs personnes qui décident de mettre en commun des biens en nature ou en numéraires et en industrie

¹ Herbert Spencer, née le 27 avril 1820 à Derby et décédé le 8 décembre 1903 à Brighton, in Figaro Scope.

² Le CANU (P.) et DONDERO (B.) : *Droit des sociétés*, 5^e édition, in GDJ 2013, L'extenso, Editions Paris Cedex 02, p.19.

³ *Ibid*, p.40.

en vue de partager les bénéfices, les économies ou les pertes qui en résulteront. L'article 5 de l'Acte Uniforme suscitée a ajouté que la société commerciale peut être également créée dans les cas prévus par le présent Acte Uniforme, par une seule personne dénommée « associé unique » par acte écrit. Il s'agit certes de l'option la plus accessible et la plus conciliante mais elle est aux antipodes de la définition de la société qui est originairement un contrat impliquant naturellement au moins « deux personnes ».

Quoi qu'il en soit, on assiste de plus en plus à une recrudescence des phénomènes sociétaires qui font évoluer rapidement la législation en matière des sociétés commerciales. Le droit de société, apparaissant à ce niveau, comme la branche du droit privé qui étudie les sociétés civiles et commerciales. Au fond, l'on est passé d'une sorte de mystique de l'action collective à une instrumentalisation des sociétés, vues comme de simples « techniques » juridiques. Le droit commercial a vraisemblablement gagné de nouveaux territoires qui ont complètement liquéfié son identité originaire. On peut donc constater « qu'on est passé d'un droit de caste à un droit ouvert à tous, même aux non-professionnels, au point que de nombreuses dispositions du droit des sociétés s'expliquent par le souci de défendre des profanes, surtout lorsqu'ils ont la qualité d'associés⁴. La question centrale de nos recherches est relative aux complications contemporaines de cette présentation plurielle des sociétés dans l'espace OHADA. S'il est évident que la notion de société est aujourd'hui remise en question, pénétrée et concurrencée par d'autres notions (entreprise, personne morale, patrimoine, groupement, entité ...) toute chose qui favorise sa dilution irréversible (II) il faudrait *in limine litis* rappeler les repères normatifs du droit des sociétés commerciales au travers de la perception qu'on a des sociétés (I).

I- LE POLYMORPHISME PERCEPTIBLE EN DROIT DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

Comme tous les autres secteurs du droit, le droit de sociétés a besoin des principes directeurs qui permettent d'encadrer sa compréhension exégétique chaque fois qu'on a le sentiment que les textes sont imprécis ou lacunaires. Historiquement, il existait un fossé notable entre les petites sociétés (à un, deux ou quelques associés) et les grandes sociétés par actions cotées en bourse qui réunissent des millions d'actionnaires⁵. C'est entre autres pour cette raison que le droit Napoléonien avait partagé le droit des sociétés entre le code civil et le premier code de

⁴ Voir Le CANU (P.) et DONDERO (B.) : *Op.cit*, p.31.

⁵ Voir Le CANU (P.) et DONDERO (B.) : *Droit des sociétés, Op.cit*, p.31.

commerce de 1807 en se fondant notamment sur la distinction entre les sociétés civiles et les sociétés commerciales et avait soumis la création des S.A à une autorisation gouvernementale⁶.

Pourtant, dans l'ancien droit, des auteurs comme Pothier n'accordaient pas de plan à la société « civile ». Pour ces auteurs, toute société était commerciale dès lorsqu'elle visait à partager des bénéfices entre les associés⁷. Pour mieux comprendre la pluri-segmentation actuelle du droit de société, telle qu'entérinée par le nouvel Acte Uniforme du 30 janvier 2014, il faudrait rappeler les principales variétés de sociétés fondées sur le risque couru (A) lesquelles ont des fondements justifiant le caractère plus ou moins résilient des sociétés faisant appel public à l'épargne (B).

A- La variété des formes des sociétés commerciales

Les sociétés commerciales occupent une place non négligeable dans le monde des affaires. Elles présentent des caractéristiques bien particulières et peuvent appartenir à différentes familles.

L'ordonnancement de l'article 1832 du code civil dont s'est inspiré, l'Acte Uniforme sur les droits des sociétés, fait ressortir, à suffisance, des éléments plus concrets qui servent à spécifier la société par rapport aux organismes ou aux contrats voisins. Quatre éléments discriminants peuvent être mis en relief à partir de ce texte : le ou les associés, les apports, l'entreprise commune que l'on peut rapprocher de l'objet social, la participation aux résultats. Cette présentation a été théorisée par l'article 4 de l'AUS : « la société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature ou de l'industrie dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent Acte Uniforme ». Pour mieux comprendre le polymorphisme du droit des sociétés, il convient de distinguer la diversité des formes de sociétés de la contextualisation du droit des sociétés.

Bien avant les codes napoléoniens, le droit français distinguait les sociétés commerciales et les sociétés civiles. Il faut néanmoins souligner que les secondes n'exerçaient pas une activité de commerce mais satisfaisaient certains besoins patrimoniaux de personnes physiques agissant ensemble⁸. Le code de commerce de 1807 ne mentionnait que trois types de sociétés commerciales.

⁶ La distinction entre les activités civiles et les activités commerciales (article 632 et 633 C.COM) et la distinction entre les contrats civils et les contrats commerciaux (article 1107 C. CIV).

⁷ Levy-Bruhl : *L'histoire juridique des sociétés de commerce en France*, Paris, 1938, p.36.

⁸ Le CANU (P.) et DONDERO (B.) : *Droit des sociétés*, 5^e édition *op.cit*, p.20.

D'ailleurs, son article 19 précisait que : « la loi reconnaît trois espèces des sociétés commerciales : la société en noms collectifs, la société en commandite et la société anonyme ».

Cette variété de formes rendait presque impossible la recherche d'une définition unitaire de la « société ». De plus, le droit commun des sociétés n'est le plus souvent que « partiellement commun ». Cette multipolarité du droit des sociétés a été entérinée par l'Acte Uniforme sur le droit des sociétés qui distingue les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux. Pour mieux cerner les divergences nées de la binarisation des sociétés, il convient de distinguer les sociétés à risques illimités (1) des sociétés à risques limités (2).

1- La nouvelle perception des sociétés de personnes à risques illimités et la mixité du recours aux risques

La société à risque limitée est, comme son nom l'indique, une forme d'entreprise dans laquelle les associés bénéficient d'une certaine protection financière. Leur patrimoine personnel est, dans cette occurrence, protégé des aléas de l'entreprise. Dans ces sociétés, les associés garantissent la totalité du passif social. Leur apport, peut donc n'avoir qu'une importance très relative. En revanche, leur solvabilité à venir est essentielle. Elle conditionne le crédit de la société. Ces formes de société ne sont choisies que par des personnes qui se connaissent et se font suffisamment confiance au point de risquer ensemble la quasi-totalité de leur fortune⁹ on parle « *d'intuitu personae* » de « sociétés de personnes ». L'une des caractéristiques de ces sociétés réside dans le fait qu'en cas de défaillance de l'entreprise, les associés ne peuvent perdre tout au plus, que leur participation au capital social. Par souci de cohérence, l'Acte Uniforme distingue les sociétés en noms collectifs (a) des sociétés en commandite simple (b).

a- Les sociétés en noms collectifs à l'épreuve de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales

Le risque atteint son maximum dans « la société en noms collectifs » qui est une société commerciale, par la forme, caractérisée par un très fort « *intuitu personae* ». La meilleure présentation des sociétés en noms collectifs peut être déduite de l'article 270 de l'AUSC d'après lequel : « la société en noms collectifs est celle dans laquelle tous les associés sont commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales ». Ici les associés sont commerçants par détermination de la loi et sont tous tenus au passif de la société avec solidarité. Il faut préciser que la société en noms collectifs, peu connue, a de nombreux atouts. Tout d'abord, aucun montant

⁹ *Ibid*, p.21.

minimum n'est exigé pour son capital lequel est essentiellement flexible. Ce capital est d'ailleurs divisé en parts sociales de même valeur nominale¹⁰.

Ensuite, ces parts sociales ne peuvent être cédées qu'après avoir obtenu l'accord de tous les associés, le principe étant celui de l'incessibilité ou de l'intransmissibilité des parts sociales¹¹. A défaut d'unanimité, la cession ne peut avoir lieu, mais les statuts peuvent aménager une procédure de rachat pour permettre le retrait de l'associé qui a cédé ses parts sociales.

En outre, les gérants associés bénéficient d'une grande stabilité puisque leur révocation ne peut intervenir qu'à la seule unanimité des associés. Cette solution, est aisément compréhensible car « ladite révocation entraîne sa dissolution à moins que sa continuation ne soit prévue dans les statuts ou que les autres associés ne le décident à l'unanimité ».

La stabilité des sociétés en noms collectifs se perçoit également au travers des décisions collectives qui sont prises en principe à l'unanimité des associés. L'article 283 AUSC semble très expressif lorsqu'il précise que « toutes les décisions qui excèdent les pouvoirs des gérants sont prises à l'unanimité des associés ».

En d'autres termes, pour des résolutions graves qui engagent la vie de la société en noms collectifs, l'avis de l'entièreté des membres est requis. Toute chose destinée à garantir et à préserver la solidité de cette institution de personnes.

La forte empreinte des considérations intrinsèques fait en sorte qu'on n'accepte pas n'importe qui comme associé dans les sociétés en noms collectifs. La forte coloration d'intuitu personae justifie d'ailleurs la propension à mettre fin à la société en cas de décès d'un associé¹². Il faut néanmoins relativiser cette allusion en soulignant que pour éviter cette éventualité, les statuts devraient prévoir que la société continue soit entre les associés survivants et les héritiers ou successeurs de l'associé décédé avec ou sans l'agrément des associés survivants.

On peut rapprocher la société en noms collectifs, dans son fonctionnement, des sociétés civiles avec une différence de taille. Contrairement aux sociétés en noms collectifs, dont la

¹⁰ Voir article 273 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique du 30 janvier 2014.

¹¹ La cession des parts sociales ne peut être envisagée et être opposable à la société qu'après l'accomplissement de l'une des formalités suivantes :

- 1- La signification à la société de la cession par exploit d'huissier
- 2- L'acceptation de la cession par la société dans un acte authentique
- 3- Le dépôt d'un original de l'acte de cession au siège social contre remise par le gérant d'une attestation de dépôt. Voir article 275 AUSC.

¹² Voir article 290 de l'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales du 30 janvier 2014.

responsabilité des associés est indéfinie et solidaire, dans les sociétés civiles, l'obligation des associés aux dettes de la société n'est pas solidaire, elle est seulement conjointe c'est-à-dire que chaque associé n'est tenu au passif social que proportionnellement à sa part dans le capital de la société. Ainsi, ont le caractère civil toutes les sociétés qui ne sont pas commerciales en raison de leur forme, de leur nature ou de leur objet.

b- Le caractère sui generis de la société en commandite simple

La société en commandite simple est une forme atypique qui combine les éléments des sociétés de personnes et ceux des sociétés des capitaux. La mixité de recours à deux types de risques (limités et illimités) aurait justifié qu'on isole les sociétés en commandite simple mais du fait de la forte prépondérance de l'« *intuitu personae* » dans les sociétés en commandite simple, une préférence est accordée au traitement de cette société commerciale dans le cadre des sociétés des personnes.

Aux termes de l'article 293 AUSC, « la société en commandite simple » est celle dans laquelle coexistent un ou plusieurs associés indéfiniment et solidairement responsables des dettes sociales dénommés « associés commandités » avec un ou plusieurs associés responsables des dettes sociales dans la limite de leurs apports dénommés « associés commanditaires » ou « associés en commandite » et dont le capital est divisé en parts sociales. S'inscrivant dans la même logique, l'alinéa 1 de l'article 293 AUSC précise que les dispositions relatives aux SNC, société de personne par essence, sont applicables aux sociétés en commandite simple sous réserve des règles prévues par l'AUSC, hypothèse qui vise à légitimer le classement des SCS dans la catégorie des sociétés de personne.

La société en commandite simple est une entreprise commerciale dont les associés sont divisés en deux catégories : les commandités (associés actifs) et les commanditaires (investisseurs). Il s'agit assurément d'un excellent moyen de rassembler des fonds pour mener à bien un projet d'entreprise comme on a pu le constater au travers des dispositions de l'AUSC¹³. Les associés commandités sont responsables solidairement et indéfiniment des dettes de l'entreprise et en ont le contrôle de la direction comme de la gestion. Les associés commanditaires quant à eux apportent le financement et peuvent engager leur patrimoine personnel mais ne répondent des dettes qu'à la hauteur de leur apport au capital social. La société en commandite

¹³ Voir article 293 AUSC.

simple favorise la division distincte des tâches entre les gestionnaires et les apporteurs de capitaux au sein de la société. Les premiers investissant leur énergie, les seconds apportant le financement.

Concrètement, il faut remarquer que la société en commandite simple peut être constituée sans capital social et avec deux associés. Elle dispose de la personnalité morale et son objet doit être commercial. L'associé commandité, c'est-à-dire actif au sein de la société, a la qualité de commerçant. Il est responsable des dettes de la société à concurrence de son apport initial.

On peut néanmoins constater que la société en commandite simple est « plus lourde à manier car assez méconnue et comme l'inconnu, elle fait peur ». Ce qui n'est pas le cas avec les sociétés en noms collectifs (SNC) où tous les associés sont imposés en leur nom propre et ont la qualité de commerçant. Ici toute décision est prise à l'unanimité des associés. A l'inverse dans une société en commandite simple, la responsabilité de certains associés est limitée comme c'est le cas dans les sociétés de capitaux où la responsabilité des actionnaires est proportionnée au montant de leurs apports.

2- Le décor des sociétés commerciales à risques limités

Comme son nom l'indique, la société commerciale à risques limités est une forme d'entreprise dans laquelle les associés bénéficient d'une certaine protection financière. Ainsi, leur patrimoine est protégé des aléas de l'activité. En cas de défaillance de l'entreprise, ils ne peuvent perdre que leur participation au capital social, lequel comprend les apports qu'ils ont libérés lors de la création de la société et ultérieurement lors des augmentations de capital notamment les apports d'argent (numéraires) ou de biens (nature). Comme on peut le constater, le risque encouru par ces sociétés est moindre car les créanciers professionnels n'ont pas la possibilité de s'attaquer à leur patrimoine personnel sauf dans certains cas de figure marginaux.

Dans le même ordre d'idées et à l'opposé de certaines idées reçues, les sociétés à responsabilité limitée (S.A.R.L) ne sont pas les seules formes de société à risques limités. Cette catégorie regroupe les sociétés anonymes (S.A), les sociétés par action simplifiée (SAS), les sociétés en commandite par action (S.C.A) et les sociétés en commandite simple (S.C.S). Pour ces deux dernières sociétés, il faut préciser que seuls les associés commanditaires bénéficient d'une responsabilité limitée et non les associés commandités qui ont la qualité de commerçants.

Normalement dans les sociétés à risques limités, l'associé ne risque pas plus que ce qu'il a apporté cela veut dire que si la société est devenue insolvable, les créanciers impayés ne pourraient pas poursuivre les associés sur leurs biens propres. Les apports constituent les fonds propres de la

société. Ainsi, « plus ils sont importants, plus les créanciers ont des chances d'être payés¹⁴ ». La fidélité de la restitution de nos recherches commande que nous distinguions les SARL (a) des sociétés par actions (b).

a- La réalité des sociétés commerciales à responsabilité limitée

Page | 89

Conçue pour les plus petites entreprises, la société à responsabilité limitée existe depuis une loi du 7 mars 1925¹⁵. Prévue par les articles 309 et suivants de l'AUSC, la société à responsabilité limitée est une société dans laquelle les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits sont représentés par des parts sociales. La particularité de cette forme de société réside dans le fait qu'elle peut « être instituée par une personne physique ou morale ou entre deux ou plusieurs personnes physiques ou morales »¹⁶.

La SARL est concrètement, une forme juridique de société commerciale à responsabilité limitée constituée par deux associés au minimum ou par un seul associé lorsqu'elle prend la forme d'une SARL unipersonnelle. Dans cette société, règne un certain *intuitu personae*. Les parts sociales, à la différence des actions, ne sont pas des titres négociables. Cela ne voudrait pas dire qu'on ne peut pas les céder, mais les autres associés peuvent contrôler les cessions qui ne se font donc pas facilement, l'agrément devant être donné par la majorité des associés représentant la moitié des parts sociales.

S'il est constant que la SARL a toujours été présentée comme un type de « société de personnes à responsabilité limitée », une société par intérêts alliant « l'intransmissibilité de la part à la responsabilité limitée envers les tiers »¹⁷. Mais de nos jours, une doctrine majoritaire a tendance à considérer que, tout en conservant certains caractères des sociétés des personnes, la SARL devrait désormais être classée dans les sociétés de capitaux¹⁸.

Dans les SARL, le nombre des associés est encadré ou circonscrit (d'un seul à cent) : le ou les associés ne sont pas tenus au passif social, ils ne peuvent perdre plus que leur apport. La société, dans cette hypothèse est représentée par un ou plusieurs gérants dont les pouvoirs se rapprochent de ceux du directeur général de la société anonyme.

¹⁴ Le CANU (P.) et DONDERO (B.) : *Droit des sociétés*, 5^e édition, *op.cit.*, p.23

¹⁵ Il s'agit d'une loi française qui a été finalement incluse avec des retouches sensibles dans la loi du 24 juillet 1966. Elle est désormais régie par les articles 233 et S. code de commerce.

¹⁶ Article 30 alinéa 2 AUSC.

¹⁷ CAMERLYNCK (G.) : *De l'intuitu personae dans la société anonyme*, Thèse, Paris, 1929, (P.) JEANDEL, *L'intuitu personae dans les sociétés commerciales*, Thèse, Paris, 1932, pp 67 et 74.

¹⁸ MERLE (P.) : *Droit commercial*, les sociétés commerciales, Précis *Dalloz*, 3^e éd, 1992, n°12, p.18, GUYON (Y.) : *Droit des affaires*, Tome 1, Droit commercial général et sociétés, Economica, 7^e éd, 1992, n°317, p.217.

Dans la même optique, en attendant l'essor probable de la société par action simplifiée (SAS) instaurée par l'Acte Uniforme révisé relatif au droit des sociétés commerciales, la SARL reste la forme la plus usitée. Sa création connaît une simplification majeure avec le nouvel Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique et plus récemment encore à la faveur de l'avènement de la loi camerounaise n°2016/014 fixant le capital minimum et les modalités de recours aux services du notaire dans le cadre de la création d'une société à responsabilité limitée.

D'après les dispositions de l'article 311 révisé de l'Acte Uniforme, le capital d'une SARL doit être au minimum d'un million. Mais la même disposition laisse, à la discrétion des Etats signataires du traité, la possibilité de légiférer sur la question. Le Cameroun s'est inscrit dans cette dynamique en ramenant le seuil minimal du capital social à la somme de cent mille (100 000) FCFA. L'article 2 de la loi de 2016/014 sus-indiquée dispose notamment : « le capital social minimum d'une société à responsabilité limitée est fixée à cent (100 000) FCFA ».

Au regard de ce qui précède, on peut dire que la flexibilité reconnue aujourd'hui aux SARL permet à certaines d'entre elles, de se rattacher volontairement des sociétés de capitaux¹⁹ et à d'autres de s'en éloigner²⁰. C'est d'ailleurs ce qui justifie l'option de l'étude exclusive des sociétés par actions.

b- L'aperçu des sociétés par actions sous le prisme de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales

La nomenclature des sociétés par actions est aujourd'hui quelque peu hétérogène. Il faut rappeler que jusqu'en 1994, il n'existait que la société anonyme et la société en commandite par actions. Puis sont apparues successivement, dans le landerneau législatif français, la société par actions simplifiées, la société européenne et la société privée européenne²¹. Le point commun de toutes ces structures étant d'émettre des actions, c'est-à-dire des titres négociables et plus généralement de pouvoir émettre des valeurs mobilières. L'AUSC retient principalement comme société par actions ou société des capitaux les sociétés anonymes (b1) et les sociétés par action simplifiée (b2).

b.1- l'envergure des sociétés anonymes

¹⁹ Par exemple parce qu'elles émettent des obligations et comptent beaucoup d'associés.

²⁰ Notamment parce que leurs statuts ont choisi d'instaurer un très fort « *intuitu personae* » et que leur capital reste faible.

²¹ LE CANU (P.) et DONDERO (B.) : *Op.cit.*, p.23.

Originellement, la première société anonyme, autrefois dénommée compagnie, était plutôt conçue pour les grandes entreprises, ce qui la prédisposait à l'offre de titres financiers au public et à la cotation en bourse (désormais l'admission des titres aux négociations sur un marché réglementé). Dans cette société, les associés (dénommés actionnaires) ne sont propriétaires d'actions qu'ils peuvent facilement aliéner. Autrement dit, « *l'intuitu personae* » n'existe quasiment pas sauf dans l'hypothèse des exceptions statutaires²². D'aucuns estiment qu'il est supplanté par un « *intuitu pecuniae* » (en considération de l'argent)²³. Cette remarque est évidente dans les sociétés cotées en bourse où la plupart des actionnaires font seulement un placement.

La société anonyme²⁴ est régie par le livre 4 de l'Acte Uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique. Elle se définit comme étant la société dans laquelle les actionnaires ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont les droits sont représentés par les actions²⁵. Les actionnaires ne sont tenus au passif de la société anonyme ; ils ne peuvent perdre plus que ce qu'ils ont apporté. La société anonyme constitue, à proprement parler, le véhicule dont il est fait le plus couramment usage pour des investissements substantiels. L'intérêt, que présente une telle structure par rapport à la société en noms collectifs, à la société en commandite simple ou encore aux sociétés non immatriculées au RCCM, réside dans le fait que la société anonyme est une société à responsabilité limitée. Tout au plus, les actionnaires ne courent le risque que de perdre leur mise en cas de faillite ou déconfiture de la société et ne pourraient pas être poursuivis individuellement par les créanciers sociaux pour le paiement des dettes de la société²⁶.

Il ne semble pas vain de rappeler les règles de constitution d'une SA. En effet, cette constitution requiert la réunion de plusieurs conditions de fond notamment celles qui ont trait aux actionnaires et au capital social. L'Acte Uniforme ne fixe aucun nombre minimum, ni maximum d'actionnaires pour la constitution et le maintien de la société anonyme. En effet, cette dernière peut ne comporter qu'un seul actionnaire. C'est la société anonyme unipersonnelle²⁷. La société

²² *Ibid*, p.24.

²³ *Ibid*, p.24.

²⁴ Sur le régime de la S.A, voir aussi ANOUKAHA (F.) « OHADA : Sociétés commerciales et G.I.E », Juriscope, pp.404 et s. MARTOR (B.) et autres, le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Litec, 2^e Ed., pp.102 et s. SAMBE (O.) et DIALLO (M.) : *Guide pratique de sociétés commerciales*, pp.117 et s.

²⁵ Article 385 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

²⁶ LE BARS (B.) : *Droit des sociétés et de l'arbitrage international pratique en droit de l'OHADA*, Joly, Paris, 2011, p.153.

²⁷ Article 385 alinéa 2 de l'AUSGIE

se doit également d'être dotée d'un capital de dix millions (10 000 000) F CFA divisé en actions dont la valeur nominale est de dix mille (10 000) F CFA au moins²⁸. Toutefois, si la société fait appel public à l'épargne ou si ses titres sont inscrits à la bourse de valeur, le capital minimum est porté à cent millions (100 000 000) F CFA²⁹. L'exigence de ce capital semble rationnelle puisqu'elle redonne à la S.A sa vocation originelle à savoir une technique de gestion adaptée aux grandes entreprises³⁰.

Il faut tout de même noter que la souscription au capital social doit être intégrale et doit intervenir avant la date de la signature des statuts ou de la tenue de l'assemblée générale constitutive. La libération du capital social peut aussi être progressive. En effet, les actions correspondant à des apports en numéraires doivent être libérées au moment de la souscription d'un quart au moins de leur valeur nominale³¹. La libération du surplus devant intervenir dans un délai de trois ans à dater de l'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier. Mais tant que la libération intégrale du capital n'est pas intervenue, la société ne peut procéder à une augmentation de capital excepté le cas où cette augmentation est réalisée par des apports en nature ou à l'émission des obligations³². Cette forme de société a posé les jalons de la dernière-née des sociétés des capitaux à savoir la société par actions simplifiées.

b.2- L'exploration de la société par actions simplifiées : la dernière-née des sociétés commerciales dans l'AUSGIE

La société par actions simplifiées est certainement la dernière trouvaille du législateur communautaire de 2014 en matière de sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique. Il a suivi assurément les pas du législateur français de 1994³³. En effet, créée en 1994 pour faire face à la concurrence des droits étrangers plus souples que le droit français, la société par action simplifiée³⁴ (emprunte une bonne partie de ses règles à la société anonyme « les actions et le risque limité, notamment »).

²⁸ Article 309 alinéa 2 AUSGIE

²⁹ Article 387 AUSGIE : DOBILL (M.), Comptabilité OHADA, Tome III-Comptabilité des sociétés, Douala-Cameroun, Karthala et AECC, 2013, p.27.

³⁰ GUYON (Y.) : *Droit des affaires*, Tome 1 : Droit commercial général et sociétés, 7^e éd., Paris, Economica, 1996, n°278, p.271.

³¹ Article 388 AUS et G.I.E.

³² Cour d'Appel d'Abidjan arrêt n°1060/2000 K.C/Z et T. Le juris-OHADA, n°3/2003-Juillet-Septembre 2003, p.43.

³³ Loi n°94-1 du 3 janvier 1994 dont les principaux articles sont intégrés dans le code de commerce (article 227-1 à L 227-20).

³⁴ C'est la société qui a été l'objet d'une simplification et non les actions.

Une société par actions simplifiées est une forme de société commerciale qui comporte au minimum deux associés (personne physique ou morale). Grâce à cette forme de société, les associés peuvent organiser librement son fonctionnement eu égard à la grande souplesse dans la rédaction des statuts. Il faut déjà remarquer que la S.A.S a été introduite en droit OHADA à la faveur de la réforme du droit des sociétés commerciales intervenue en 2014. Elle coexiste désormais avec les autres formes de sociétés commerciales que sont la société anonyme, la société en commandite simple (S.C.S) la société en noms collectifs (S.N.C), la société à responsabilité limitée (S.A.R.L). Elle est prévue par les articles 853 alinéa 1 à 853 alinéas 2 et 3 de l'Acte Uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique.

De nature essentiellement atypique, la S.A.S est une société à risques limités dans laquelle les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à hauteur de leurs apports. Elle se rapproche donc de ce point de vue de la S.A.R.L et de la S.A.

Il s'agit d'une société ne faisant naturellement pas appel public à l'épargne car ses titres ne sont pas négociables sur le marché boursier. La flexibilité de la S.A.S se matérialise par le fait qu'elle est librement organisée par les associés relativement au capital social, au nombre des associés et aux modes d'administration.

Cette flexibilité se constate également par l'absence de capital social minimum car les parties ont la possibilité de fixer librement le capital social ainsi que le montant nominal des actions et les conditions de libération des apports. Il faut ajouter que la S.A.S peut être une société pluripersonnelle ou unipersonnelle (dans cette hypothèse, on parle de la S.A.S.U). Le législateur s'est d'ailleurs attardé sur la S.A.S comprenant plusieurs actionnaires tout comme celle n'ayant qu'un actionnaire.

En définitive, s'il ne fait aucun doute que les règles prévues pour les sociétés anonymes s'appliquent à la S.A.S³⁵, sauf quelques exceptions³⁶, il faut souligner que la S.A.S n'a pas de régime juridique propre. Elle est librement organisée par des actionnaires conformément à l'article 853 alinéa 7 qui dispose que : « les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée ».

³⁵ Voir article 853-3 AUSGIE et du groupement d'intérêt économique.

³⁶ Parmi les exceptions, on note que la présence du commissaire aux comptes n'est pas obligatoire sauf les cas prévus par l'article 853-13.

Au demeurant, ce polymorphisme sociétaire se fait aussi remarquer par la conception dichotomique des entreprises émettant des titres.

B- La pluralité de sociétés commerciales et l'appel public à l'épargne public

L'offre au public de titre financier, anciennement nommé appel public à l'épargne ou A.P.E Page | 94 est une notion de droit financier qui vise à différencier les sociétés et qui sert à imposer à celles qui font appel public à l'épargne certaines obligations spécifiques visant à protéger ou informer le public.

Assurément, il faut préciser que le fait qu'une société place ses titres dans le public la fait entrer dans un domaine qui déborde le cercle des associés³⁷. Le public a besoin d'être informé et protégé. Mais l'information offerte au public doit être correcte et juste. L'ouverture du capital au public connaît différents degrés. Elle connaît son maximum avec l'admission des titres sur un marché réglementé (les sociétés cotées). Mais il existe aussi des marchés « organisés » et des procédés qui sollicitent le public hors de toute organisation (marchés-libres). La plupart du temps, la présence des valeurs mobilières sur les marchés traduit une offre de titres au public. Contrairement à la législation française qui a supprimé de son corpus juridique l'expression : « société faisant appel public à l'épargne » en la remplaçant par « société dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé »³⁸ le législateur OHADA a maintenu l'appellation « société faisant appel public à l'épargne ». La primeur étant accordée aux sociétés anonymes en raison de leur taille³⁹. C'est d'ailleurs pour cela qu'il classe les sociétés anonymes en société ne faisant pas appel public à l'épargne ou faisant appel public à l'épargne. A dire vrai, la véritable S.A est celle qui fait appel public à l'épargne. Au regard de ce qui précède, nous distinguerons les piliers classiques de l'appel public à l'épargne (1) du flou qui entoure la notion d'appel public à l'épargne (2).

1- Les piliers classiques de l'appel public à l'épargne

³⁷ LE CANU (P.) et DONDERO (B.) : *Op.cit.*, p.783.

³⁸ Voir ordonnance n°2009-80 du 22 janvier 2009.

³⁹ L'article 1841 du code civil « interdit aux sociétés qui n'y ont pas été autorisées par la loi de procéder à une offre au public des titres financiers ou d'émettre des titres négociables, à peine de nullité des contrats conclus ou des titres émis ».

Le législateur OHADA n'a pas défini de façon précise la notion « d'appel public à l'épargne » mais au travers de l'article 81 de l'AUSC et du groupement d'intérêt économique, trois piliers constituent le substrat de l'appel public à l'épargne :

- 3- La cotation en bourse
- 4- Le recours aux procédés de placement des titres
- 5- L'émission des titres au-delà de cent (100) personnes.

Relativement à la première hypothèse, la société anonyme devrait être cotée en bourse. Il s'agit de l'inscription des titres ou des actions à la bourse de valeurs mobilières. La S.A ne peut en être éligible que si elle justifie minimalement d'un capital de cent millions (100 000 000) F CFA⁴⁰. Il s'agit d'un montant assez dissuasif pour les entreprises de petite taille qui ne sauraient s'y aventurer.

Le législateur a également retenu le recours soit à des établissements de crédit ou des agents de change soit à de procédés de publicité quelconque⁴¹ ou encore au démarchage⁴². Pour offrir les titres de la société au public, selon l'article 21 du règlement général de la Commission de Surveillance du Marché Financier de l'Afrique Centrale (COSUMAF), il n'y a pas appel public à l'épargne. L'opération est réalisée, sans publicité ni démarchage, uniquement auprès d'investisseurs qualifiés agissant pour leur propre compte⁴³.

En fin la troisième condition qui constitue le pré-requis, pour l'admission d'une S.A au collège des sociétés faisant appel public à l'épargne, est la diffusion des titres au-delà d'un cercle de cent actionnaires. Seule une grande société ou de grande taille a vocation à rassembler plus de cent actionnaires. En dehors de ce cercle, la société à un actionnariat concentré ; celui-ci très souvent composé des fondateurs, des familles de fondateurs ou des éventuels héritiers des fondateurs et il détient effectivement le pouvoir de décision⁴⁴. Il détermine la politique de la

⁴⁰ Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du G.I.E article 824 alinéa 2.

⁴¹ POUGOUE (P.G.), NGUEUBOU-TOUKAM (J.) et ANOUKAHA (F.), *Op.cit.*, p.352 : « Il faut entendre par « publicité » toute annonce diffusée dans la presse, en affiche, dans les lieux publics, communiquée, diffusée dans les organes de presse ».

⁴² L'article 22 du règlement général de la COSUMAF considère comme investisseurs qualifiés les caisses de retraites et autres organismes publics ou privés de dépôt et de gestion de fonds, les organismes de prévoyance sociale ; les organismes d'assurance et de réassurance ... En ligne www.cosumaf.org/ressources/file/pdf.

⁴³ NDJAMONO ONGUILA (F.) : *Les critères fondamentaux de la société anonyme en droit OHADA*, in les cahiers de droit, Vol.53, n°1, mars 2012, p.49-77 (2012).

⁴⁴ NDJAMONO ONGUILO (F.) : *Op.cit.*, p.69

société, infléchit sa gestion dans un sens qui lui est favorable⁴⁵. Les dirigeants non actionnaires n'étant qu'une façade⁴⁶, ils agissent conformément aux intérêts des actionnaires majoritaires ou de la famille. Il s'agit dans cette occurrence de l'actionnaire qui détient de 20 à 40% des droits de vote. L'absence ou la non représentation de cet actionnaire est une cause de renvoi de la tenue de l'Assemblée⁴⁷.

Dans le même sens, il faut retenir que si la société fait coter ses titres sur un marché réglementé (la plus évoluée d'offre au public), la nécessité d'information et de protection s'amplifie et se trouve complétée par la logique propre du marché⁴⁸. Le titre y est essentiellement vu comme un bien financier représentant une certaine espérance de gain, ce qui nécessite une meilleure mesure de la performance de la société et donc de ses dirigeants). La cotation ou l'appel public à l'épargne a donc pour but de rendre liquides les droits sur la société qui peuvent donc circuler très facilement (si du moins il existe une offre et une demande suffisantes).

Au demeurant, il faut relativiser cette perception en observant que de nombreux phénomènes viennent nuancer ou perturber cette formidable flexibilité patrimoniale ce qui amène à questionner véritablement les contours du flou autour de l'appel public à l'épargne.

2- L'imbroglia législatif de l'appel public à l'épargne

A titre de rappel, la société faisant publiquement appel à l'épargne est celle qui recourt à l'épargne publique, par des moyens divers⁴⁹. Pour le législateur OHADA, seule la société anonyme est susceptible de faire appel public à l'épargne. Le caractère hétéroclite de l'appel public à l'épargne est sujet à question. En effet, l'appel public à l'épargne, dans les Etats membres de l'OHADA, est régi à la fois par les textes nationaux propres à chaque Etat et ceux émanant des trois organisations internationales d'intégration régionale : l'OHADA, la CEMAC et l'UEMOA, chacune édictant des règles particulières devant être combinées.

L'Acte Uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales contient notamment des dispositions relatives à l'appel public à l'épargne qu'il réserve toutefois exclusivement aux

⁴⁵ L'autorisation par le législateur de l'OHADA des assemblées générales extraordinaires approuvant ou désapprouvant les décisions de l'assemblée générale qui modifient les droits relatifs à une certaine catégorie d'actions, semble encourager le contrôle de la S.A pour les titulaires des actions de propriété c'est-à-dire celles qui donnent à leurs détenteurs des droits que n'ont pas les autres actions voir article 555 à 557 AUSCGIE.

⁴⁶ Article 417 AUSGIE : « Le conseil d'administration peut comprendre des membres qui ne sont pas des actionnaires de la société dans la limite du tiers des membres ».

⁴⁷ Voir articles 548, 553 et 556.

⁴⁸ CONAC (P.H.) : « La distinction des sociétés cotées et non cotées », *Rev, Sociétés*, 2055-67.

⁴⁹ MARTOR (B.) et autres cités par (F.) NDJAMONO ONGUILA, *Op.cit*, p.70.

sociétés anonymes, et qui plus est, à celles d'entre elles ayant leur siège social dans un Etat membre de l'espace OHADA⁵⁰. La question qu'on pourrait se poser est celle de savoir si une société, n'ayant pas son siège social dans l'OHADA, doit se conformer pour autant aux règles conjointes de l'OHADA, de l'UEMOA et de la CEMAC, c'est-à-dire constituer une société de droit OHADA⁵¹.

En effet, les possibilités offertes pour procéder à des opérations d'appel public à l'épargne dans ces pays, sans avoir à constituer une société locale, sont variées. Dans cette occurrence, il convient de s'appesantir sur les réglementations applicables au sein des zones UEMOA et CEMAC à toutes sociétés, y compris étrangères désirant lever des fonds dans des Etats membres de ces organisations régionales.

De l'aveu d'un auteur avisé, « il existe donc un ensemble des règles composites, issues à la fois du droit OHADA et des réglementations des zones UEMOA et CEMAC qui peuvent parfois générer des difficultés d'articulation »⁵². Il faut d'ailleurs rappeler que l'UEMOA fut la première à doter ses Etats membres d'Afrique de l'Ouest d'un cadre juridique précis et relativement complet, pour organiser et sécuriser les activités d'appel public à l'épargne au sein de la zone de l'UEMOA. La CEMAC quant-à-elle vient de rattraper son retard par rapport à ses voisins d'Afrique l'Ouest en adoptant toute une série de réformes relatives à l'organisation, au fonctionnement et à la surveillance du marché financier d'Afrique Centrale⁵³.

Elle a notamment doté, le 19 janvier 2009 sa commission de surveillance (COSUMAF)⁵⁴ d'un règlement général définissant précisément les règles propres au marché financier de la zone CEMAC et en particulier, les règles relatives à l'appel public à l'épargne. Ce règlement général représente l'aboutissement d'un long processus de négociation entre les Etats d'Afrique Centrale et la perspective d'un nouvel élan de dynamisme économique pour les investisseurs de la région.

⁵⁰ MARTOR (B.) et THOUVENOT (S.) : *Les acteurs des marchés financiers et l'appel public à l'épargne dans l'espace OHADA*, RD aff. int.2002, p.749.

⁵¹ THOUVENOT (S.) et AUBRIOT (E.) : *L'Appel public à l'épargne au sein de la CEMAC et de l'UEMOA par une société étrangère à l'espace OHADA*, in le dossier le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Cahiers de droit de l'uniforme, n°1/janvier-février 2010.

⁵² *Ibid*, p.37.

⁵³ Le règlement fondateur CEMAC-UMAC du 11 novembre 2003 a en effet été récemment modifié et des nouvelles instructions ont été adoptées et notamment l'instruction n°2006-01 du 3 mars 2003 relative au document d'information exigé dans le cadre d'un appel public à l'épargne.

⁵⁴ La commission de surveillance du marché financier (COSUMAF) est l'autorité de tutelle et de régulation de l'organisation régionale d'Afrique Centrale.

Eu égard à ce qui précède, il y a lieu de soutenir que les investisseurs étrangers devant lever des fonds dans l'espace OHADA, via un processus d'appel public à l'épargne, se trouvent, de manière incidente, confrontés « à un enchevêtrement de diverses dispositions légales prises à l'échelle nationale, régionale et internationale qui peuvent parfois être délicates à articuler entre elles »⁵⁵. Au demeurant et en dépit d'une volonté certaine des Etats membres de l'OHADA, de l'UEMOA et de la CEMAC de réguler leurs activités d'appel public à l'épargne par un corpus de législations communes et homogènes, certains manquements ou incohérences subsistent encore comme ceux constatés à la bourse camerounaise de Douala tout comme les différences entre les règlements UEMOA et CEMAC pour l'appel public à l'épargne des sociétés étrangères. Toutefois, ces dernières années ont été marquées par un nouvel élan de dynamisme législatif et réformateur des activités financières et boursières de l'espace OHADA, préalable pour toute société souhaitant investir sur les marchés financiers des deux sous-régions. Ces attermoissements législatifs préfigurent le dévoilement progressif du polymorphisme sociétaire.

II-LE DEVOIEMENT PROGRESSIF DU POLYMORPHISME SOCIETAIRE

Comme tous les autres secteurs du droit, le droit des sociétés a besoin des principes directeurs qui permettent d'orienter l'interprétation dans les nombreux cas où les textes sont imprécis ou lacunaires. Classiquement, deux théories se sont toujours affrontées pour la détermination de la nature juridique de la société. Toute chose qui a contribué à son émasculatation. Les termes du débat relatif à la nature juridique ont connu des périodes d'effervescence puis de mise en sommeil⁵⁶.

On peut, tout de même, observer que la théorie contractuelle n'est pas restée stable au long des années. Dans une conception plus moderne, la société (ou le groupement) se caractérise par la volonté de ses membres de créer une situation juridique nouvelle, des effets de droit particuliers. L'accord des parties, c'est-à-dire la rencontre de leurs volontés constitue toujours l'aspect essentiel de la plupart des sociétés, qui explique et justifie non seulement les règles statutaires mais aussi les règles légales.

Naturellement, cette explication ne vaut pas pour les sociétés unipersonnelles. En réaction contre la conception contractuelle, une philosophie institutionnelle s'est développée grâce à des

⁵⁵ THOUVENOT (S.) et AUBRIOT (E.) : *Op.cit*, p.40.

⁵⁶ V. BERTREL (J.P.) : « Le droit sur la nature de la société », *Etudes*, Sayag Litec, 1998, p.31 du même auteur : « Liberté contractuelle et société, Essai d'une théorie du juste milieu en droit des sociétés » *RTD.com*, 1996, p.593, DAIGRE (J.J.) : « Transformer les sociétés », *JCP*, ed, E, 1995, suppl, 18 mai, p.16.

auteurs comme Thaller⁵⁷ qui a inspiré et influencé toute la littérature autour de cette théorie institutionnelle. Le doyen Hauriou définissait d'ailleurs l'institution comme un groupement humain, organisé de façon durable pour la réalisation d'une idée⁵⁸. Le facteur « organisation » est certainement essentiel ; il contient les phénomènes de pouvoir qui se produisent dans les sociétés ; il justifie la loi de la majorité et la structuration (organes de contrôle, organes de gestion, d'administration et de représentation qui assurent une fonction définie par la loi et non par la seule volonté des parties). Relativement à la durée, elle montre que l'institution, contrairement à un contrat, doit échapper aux caprices de ses maîtres⁵⁹. Page | 99

Au regard de cette présentation duale du droit des sociétés, il y a lieu de questionner le polymorphisme conflictuel des sociétés commerciales, lequel se dénature progressivement soit en s'assouplissant (A) soit en s'élargissant (B) au prix de nombreux ajustements.

A- L'érosion progressive du droit des sociétés commerciales au travers de son assouplissement

Les vicissitudes de la notion de société et la complexité des situations concrètes retentissent sur la notion de société. Au sens du droit civil et plus précisément du droit commercial, la société constitue l'acte juridique par lequel des personnes mettent en commun des biens et une industrie particulière à l'image d'une activité spécifique ou encore leur compétence et ce dans un but prédéterminé : partager les bénéfices, les économies et les pertes qui peuvent en émaner. En effet, des impairs difficilement solubles persistent par rapport à l'identification véritable de la nature juridique des sociétés commerciales. Ainsi, la création de la société par l'acte juridique et donc par le contrat implique la présence, par principe, de deux personnes au minimum. Le législateur a entériné le postulat, consacré par nombreuses législations européennes, selon lequel : une seule et même personne peut décider de créer unilatéralement une société. Des régimes juridiques s'appliquent alors selon la nature juridique de la société concernée. La querelle terminologique sur l'identité des sociétés commerciales justifie la dérive conceptuelle (1) tout comme elle légitime l'hyper contractualisation des sociétés commerciales (2).

1- La mutation conceptuelle du droit des sociétés

⁵⁷ THALLER (E.) : *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., 1900, n°248, qui qualifie les sociétés commerciales « d'organismes » dotés d'une « charte ».

⁵⁸ HAURIUO (M.) : « L'institution et le droit statutaire », *Rec. Acad. Législ.* Toulouse, 1906 « La théorie de l'institution et de la fondation », *Cahiers de la Nouvelle Journée, La cité moderne et les transformations du droit*, 1925.

⁵⁹ LE CANU (P.) et DONDERO (B.) : *Droit des sociétés, op.cit.*, p.77.

La conception classique voulait que la société fût perçue comme un contrat. La personnalité juridique semble aujourd'hui beaucoup plus prégnante surtout dans l'hypothèse où on est en présence des sociétés à risques limités pour les associés. De la société, vue comme un contrat, on est pas passé à la société, acte unilatéral car il a été admis qu'une société puisse être créée par un « associé unique »⁶⁰ dans les cas prévus par la loi⁶¹.

Depuis l'époque immémoriale, la société a été conçue comme un contrat. Il faut d'ailleurs se rendre à l'évidence que ce contrat est particulier par rapport à la figure classique du contrat. Ce caractère contractuel de la société a fait l'objet dans les années 50 d'une critique très sévère qui prenait appui sur l'extrême réglementation des sociétés.

D'après l'article 1832 du code civil, duquel s'est inspiré l'article 4 de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales, « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter, d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter ».

Il ressort clairement de cette définition que la société s'apparente à un contrat. Mais la question qui mérite d'être posée est celle de savoir si la notion de contrat permet à elle seule de rendre compte de la nature de sociétés. En d'autres termes, la société est-elle réductible à un « accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »⁶².

Un rapide aperçu de l'article 1832 permet d'émettre quelques réserves car d'après son alinéa 2 une société peut être instituée dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne.

Une société peut dès lors être créée en dehors du cadre de la formation d'un contrat, sa création peut en effet, procéder de l'accomplissement d'un acte unilatéral.

Au regard de ce qui précède, il est fort à parier qu'un embarras manifeste existe par rapport à la nature juridique exacte de la notion de société. Sinon comment concevoir qu'une société qui se présente sémantiquement comme le produit d'au moins deux personnes soit généré par une

⁶⁰ *Ibid*, p.42.

⁶¹ Article 1832 alinéa 2 du code civil.

⁶² Voir article 1101 du code civil.

seule personne au travers d'un acte unilatéral. Le législateur communautaire OHADA s'est engouffré dans cette brèche en rappelant à l'article 4 AUSGIE que la société est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature ou de l'industrie dans le but de partager les bénéfices ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Il s'agit assurément de la thèse contractuelle qui se dégage de cette disposition. La désubstantialisation de la notion de société est perceptible au travers de l'article 5 AUSGIE lequel prévoit que la société commerciale peut être également créée par une personne dénommée « associé unique » par un acte écrit.

Au demeurant, il faut souligner que la perception contractuelle de la société issue du principe de l'autonomie de la volonté a profondément marqué la rédaction du code civil et a irradié de nombreuses législations sur le droit des sociétés à l'instar de l'AUSGIE. Ainsi, la société est un contrat puisque le consentement individuel se trouve à son origine. Elle résulte de la volonté des parties. Il faut néanmoins relativiser cette allusion en remarquant que l'analyse contractuelle ne permet pas d'appréhender tout le droit des sociétés qui demeure en très grande partie, normé ou réglementé malgré le souci du législateur de réserver la plus large place possible à l'expression de la volonté des associés dans les statuts. C'est d'ailleurs pour cette raison que cette analyse ne justifie pas l'existence de la société unipersonnelle qui résulte d'un acte unilatéral⁶³. On peut donc subodorer qu'en dépit de cette manifestation de volonté, la qualification d'acte unilatéral paraît plus appropriée que celle de contrat. Autant dans le contrat, un accord est réalisé entre des intérêts antagoniques⁶⁴, autant dans l'acte unilatéral collectif, les volontés tendent vers le même objectif. C'est le cas de la société où la volonté de chaque associé est de créer une personne morale nouvelle « ... en vue de partager des bénéfices ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter... ».

En vérité, la société n'est pas seulement une manifestation de la volonté. En dehors de la société en participation, elle est aussi une personnalité, un patrimoine et un intérêt distincts de ses membres, lesquels dans les sociétés de capitaux sont assujettis à la règle de la majorité.

Nous assistons à une dérive progressive de la notion de société. En réalité, il faut relever que la société a une nature mixte⁶⁵. Pour certains, la société, comportant au moins deux associés, a indubitablement une nature hybride. C'est justement dans cet hybridisme que se trouve

⁶³ SCHILLER (S.) : *Les limites de la liberté contractuelle en droit de sociétés*, LGDJ, Bibl drp, 2002, p.65.

⁶⁴ Ainsi, dans le contrat de travail, l'employeur veut obtenir la meilleure prestation possible et le salarié, la rémunération la plus élevée possible.

⁶⁵ BERTREL (J.P.), *Le débat sur la nature de la société*, Mélanges, (A.) SAYAG, p.131, Litec, 1997.

l'épicentre de la dénaturation de la société. Pour d'autres, la société, qui, n'est pas complètement un contrat ou une institution, est une entité au sein de laquelle coexistent des règles contractuelles et de règles de type institutionnel. Mais cette conception dualiste de la société est purement conjoncturelle et adaptable à la situation rencontrée. Si dans les sociétés de personnes, l'aspect d'acte juridique ou contractuel l'emporte en raison de l'*intuitu personae*, tel n'est pas le cas des sociétés des capitaux dont l'aspect institutionnel prédomine, exception faite des sociétés par actions simplifiées.

En définitive, l'approche institutionnelle présente néanmoins un caractère inachevé en ce qu'elle n'apporte pas de solutions à toutes les difficultés soulevées par la constitution et le fonctionnement des sociétés. Cette discussion, jadis abandonnée sur la nature juridique des sociétés, au motif de son caractère théorique et inutile, semble ravivée de nos jours à la faveur de l'introduction en France de la notion Anglo-saxon de « *Corporate Governance* »⁶⁶.

La prééminence de l'aspect institutionnel ne saurait occulter la manifestation d'une tendance favorable à la « contractualisation » des sociétés⁶⁷.

2- La contractualisation du droit des sociétés à l'aune de l'AUDSCGIE (Acte Uniforme sur les Sociétés Commerciales et le Groupement d'Intérêt Economique)

Le principe, sous sa forme canonique, lie des personnes égales qui ont librement souscrit des obligations généralement réciproques. C'est l'un ou l'autre de ces traits qui fait souvent défaut dans les avatars modernes du contrat. Le principe de l'effet relatif des conventions est mis en échec avec le développement d'accords qui, sur le modèle de la convention collective, ne lient pas seulement les personnes contractantes mais engagent aussi les groupes représentés par elles⁶⁸.

Les milieux d'affaires se plaignent depuis longtemps du caractère excessivement réglementaire du droit des sociétés. Ceci s'expliquant par le fait que ce droit comporte des principaux généraux non écrits (intangibilité de la qualité d'associés, lien entre la participation et le droit de vote, spécialisation des organes sociaux etc.) qui animent la jurisprudence non sans l'effet de surprise⁶⁹. Les praticiens font donc pression pour obtenir des simplifications et des assouplissements et ils utilisent à plein temps la liberté contractuelle pour compléter⁷⁰ et souvent

⁶⁶ JO n°0181, 5 août 2008, p.12471.

⁶⁷ BERTREL (J.P.) : *Liberté contractuelle et sociétés*, RTD Com, 1996, p.595, PRIEUR (J.), *Droit des contrats et droit des sociétés*, Mélanges SAYAG (A.), p.371, Litec 1997.

⁶⁸ SUPIOT (A.) : *La contractualisation de la société*, in courrier de l'environnement de l'INRA n°43, mai2001, p.51.

⁶⁹ LE CANU (P.) et DONDERO (B.) : *Op.cit*, p.42.

⁷⁰ GUYON (Y.) : *Traité des contrats, les sociétés*, LGDJ, 5^e éd., 2002.

infléchir les règles qui résultent de ce droit très rigide. Techniquement cette ultra contractualisation se perçoit dans la rédaction des statuts parfois complétés par un règlement intérieur (que les lois tendent à rendre obligatoire) et des conventions extra-statutaires généralement appelées pactes d'associés ou d'actionnaires.

Loin de désigner la victime du contrat sur la loi, la « contractualisation de la société » est bien plutôt « le symptôme de l'hybridation de la loi et du contrat et de la réactivation des manières féodales de tisser le lien social »⁷¹. Au nom de cette contractualisation, il est usuel de voir les sociétaires compléter ou modifier les statuts par des accords externes plus discrets qui précisent ou infléchissent le jeu des règles légales ou des clauses statutaires, avec des objets variés pour rendre le pouvoir, le conserver ou le partager et sortir d'une société. Ces pactes sont très fréquents. Les contrats de joint-ventures, vus ici comme des sociétés créées par deux groupes pour un objectif commun. Ils ont pour cause la participation des parties à une société mais il a été jugé qu'un pacte avait une durée indéterminée s'il limitait sa durée au temps où les signataires conservaient la qualité d'actionnaires⁷². Plus que jamais, le contrat s'affirme comme un universel abstrait qui submerge le cloisonnement normatif des Etats. Mais l'empire du contrat ne peut se soumettre aux Etats qu'en englobant les valeurs concrètes qu'ils abritent.

Il convient tout de même de préciser que la contractualisation, à l'échelle communautaire OHADA, a toujours semblé diffuse. Dès l'adoption en 1997 de l'AUSC, le caractère d'ordre public des règles, qui y étaient édictées a été au cœur de maintes interrogations de la part des praticiens et de la doctrine. L'ensemble des dispositions de cet Acte Uniforme étaient déclarées d'ordre public par le législateur qui faisait ainsi un choix difficile à comprendre, lequel il s'inscrit totalement aux antipodes de la dynamique contemporaine. Pourtant depuis la réforme de janvier 2014, la doctrine n'est pas unanime sur la portée, du choix du législateur OHADA, à orienter le droit des sociétés dans la mouvance de la contractualisation. Ainsi, pendant que certains voient dans la réforme un triomphe de la liberté contractuelle, d'autres n'y voient qu'une apparente consécration de l'autonomie de la volonté qui ne cacherait qu'un droit rigide exclusivement constitué des règles d'ordre public. Au vu de ces précédents, on note un réel recul de l'ordre public

MOUSSERON (P.) : *Les conventions sociétaires*, LGDJ, 2010.

⁷¹ SUPIOT (A.) : *Op.cit*, in courrier de l'environnement de l'INRA, Mai 2001, p.8.

⁷² Cass.com, 6 nov. 2007, Note DONDERO (B.), *Rev. sociétés* 2008, p.429, Note (J.) MOURY.

sociétaire et un profond assouplissement du régime juridique des formes sociétales jusque-là connues pour leur caractère institutionnel avéré.

En bref, le principe, « tout ce qui n'est pas interdit est permis »⁷³ corrélié à la liberté contractuelle, a largement fait progresser ce savoir-faire en matière de société⁷⁴. Il ne présente pas toujours toutes les garanties de sécurité et d'efficacité attendues car la prévisibilité des solutions est moins grande que pour l'application des modèles légaux et les sanctions des défauts d'exécution moins efficaces⁷⁵ d'où l'émergence de certaines pratiques comme celle consistant à faire signer le pacte d'actionnaires par la société « cible »⁷⁶. Le dévoiement du polymorphisme sociétaire au-delà de sa dénaturation, a tendance à favoriser l'élargissement du champ originaire du droit des sociétés.

B- L'extension irréversible du droit des sociétés commerciales

Le droit des sociétés commerciales a tendance à se métamorphoser complètement. On assiste de plus en plus à une diversification des techniques de groupements d'entreprises notamment au travers d'une inflation des personnes morales non sociétaires, des contrats multiformes (coopération, intégration, partage des marchés...). De plus, on est enclins à appliquer au groupe sociétaire certaines règles conçues pour l'entreprise (droit du travail, procédures collectives, droit fiscal...).

Il faut préciser d'ailleurs que le fait que le droit des sociétés accueille les situations de fait ou s'étende à des aspects non normés s'explique par le souci de l'aménagement qu'il leur apporte en termes de régimes juridique⁷⁷. La démarche du droit des sociétés, en recourant à cette technique, « est d'une part d'encadrer un maximum de situations dans le circuit de l'économie afin de réduire l'informel et d'autre part de traquer les auteurs de la violation des normes afin de protéger efficacement les parties faibles »⁷⁸. Avec le phénomène de la mondialisation ambiante, l'expansion du mouvement est irréversible. Cette expansion passe par l'émergence des personnes morales non sociétaires (1) et le développement du droit de l'entreprise (2), tous étant des excroissances voisines du droit des sociétés commerciales encadré par l'AUSGIE.

⁷³ Voir article 5 de la déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen.

⁷⁴ POITRINAL (F.D.) : « Les pactes d'actionnaires », Mélanges Pierre BEZARD, 2003, p.127, GERMAIN (M.), « Pactes, statuts et ordre public », in Mélanges en l'honneur de MERLE (Ph.), Dalloz, 2013, p.305

⁷⁵ LE NABASQUE (H.) et TERRIER (G.) : « L'exécution forcée des pactes d'actionnaires », *Dr sociétés*, Actes pratiques, Mai 1994, n°14.

⁷⁶ DONDERO (B.) : « Le pacte d'actionnaires signé par la société », *Rev., sociétés*, 2011, p.535.

⁷⁷ BIBOUM (F.) : *Les situations de fait en droit des sociétés de l'OHADA*, in RDUS, 2013, p.43.

⁷⁸ *Ibid*, p.8.

1- L'émergence des personnes morales non sociétaires

A côté des sociétés, le droit récent a créé des modèles nouveaux, à l'architecture plus souple : la pratique a elle-même donné des utilisations nouvelles à des formules conçues pour des usages passablement différents. Parmi les créations récentes, on peut citer les fondations d'entreprise dont le but est trop affirmé pour concurrencer les sociétés⁷⁹. Il faut relever que les situations de fait constituent le terreau fertile d'expression des personnes morales non sociétaires que l'on peut étudier sous deux angles : les sociétés de fait ou créées de fait (a) et les autres entités dépourvues de personnalité juridique (b).

a- Les arcanes des sociétés de fait

La société créée de fait et la société de fait sont l'expression ineffable de la matérialisation de l'extension du droit des sociétés commerciales. Créée aux termes de l'article 864 AUSC, il y a société de fait lorsque deux personnes physiques ou morales se comportent comme des associés sans avoir constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique⁸⁰.

En revanche, il y a société créée de fait lorsque deux ou plusieurs personnes physiques ou morales ont constitué entre elles l'une des sociétés reconnues par le présent Acte Uniforme mais qui comporte un vice de formation non régularisé ou ont constitué entre elles une société non reconnue par le même acte⁸¹.

Cette définition peut être rattachée à l'article 115 du même AUSGIE qui prévoit également l'hypothèse où les associés ont souhaité créer une société, mais n'ont pas établi, par écrit, le contrat de société (ou le cas échéant l'acte unilatéral de volonté)⁸².

Dans un cas comme dans l'autre, il s'agit des personnes physiques morales non sociétaires parce que ceux qui auraient dû être considérés comme associés décident soit de vivre délibérément en marge de la légalité en se basant sur la théorie de l'apparence pour agir au nom de la société fictive, soit fonctionnent en dépit d'un vice rédhibitoire à leur existence. Il faut ajouter que la

⁷⁹ GANTIER (V.B) et BLANC (G.) : « Le financement des fondations d'entreprise : une réforme qui reste à trouver », D. aff., 1998, n°127, p.1302.

⁸⁰ Article 864 AUSGIE, TGI de Ouagadougou (Burkina Faso), Jugement commercial n°215 du 21 février 2001, STTP Sarl C/ Société Africaine de Services SA et Sofitex cité dans GATSI (J.), OHADA, Code de société commenté et annoté, Douala, Pul 2011, Note sous article 864 AUDSCGIE, P.186, Lucas (FX): « La société dite créée de fait », in Mélanges offerts, GUYON, Dalloz, 2003, p.738.

⁸¹ Article 865 AUDSCGIE

⁸² FENEON (A.), Droit des sociétés en Afrique (OHADA) ISSY-les Moulineaux (hauts-de-seine), LGDJ, 2015, p.763. BIBOUM BIKAY (F.) : « Les situations de fait en droit des sociétés de l'OHADA », RDUS, 2013, p.838.

distinction entre société de fait et société créée de fait ne réside qu'au niveau de leur processus de création respectif⁸³. L'existence d'une société créée de fait ou d'une société de fait peut être prouvée par toute voie de droit⁸⁴. Cette preuve pourrait être rapportée par la déclaration des parties et des témoins, lesquels ont démontré l'existence d'investissements et de dépenses communes dans l'exploitation d'une boutique⁸⁵.

A contrario, l'absence d'apports suffit à caractériser l'inexistence d'une société de fait⁸⁶.

Pour faire simple, on peut résumer qu'une société de fait est une société en activité qui a volontairement été constituée par une ou plusieurs personnes, mais qui n'a pas été formée correctement, c'est-à-dire qu'une ou plusieurs règles de formation de société n'ont pas été respectées. On peut examiner quelques-unes des mentions substantielles : absence d'une mention obligatoire dans les statuts, absence d'une mention obligatoire dans la publication d'une annonce légale, absence du dépôt du capital social etc...

Dans la société créée de fait, les personnes agissent comme des associés, c'est-à-dire partagent des pertes et bénéfices de l'activité qu'elles exercent en commun. Mais elles n'ont pas nécessairement voulu créer une société ou du moins n'en ont pas eu conscience. Aucun acte juridique n'a donc été effectué. En guise de conséquence, la société créée de fait peut être considérée comme un « avorton du droit des sociétés »⁸⁷. Elle n'a donc jamais pu atteindre le stade normal de l'espèce à laquelle elle appartient⁸⁸ alors que la société de fait l'a atteint ; elle a même fonctionné avant d'en avoir été déchu par l'annulation. C'est qui fait qu'elle existe dans les faits pour éviter l'incidence de la rétroactivité et la liquidation des opérations en souffrance⁸⁹.

En définitive, c'est au juge qu'il appartient de dire s'il y a ou non société de fait. L'article 868 de l'Acte Uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique semble le résumer : « lorsque l'existence d'une société de fait est reconnue par le juge, les règles de la société en nom collectif sont applicables aux associés ». Ainsi, les associés, ayant cru s'éloigner de la légalité en refusant d'immatriculer la société ou en ignorant le vice qui entachait leur structure créée de bonne foi, encourent une sanction au travers de la reconnaissance

⁸³ BIBOUM (F.) : « Les situations de fait en droit des sociétés de l'OHADA », *Op.cit.*, 2013, p.838.

⁸⁴ Article 867 AUSGIE.

⁸⁵ CA DE Dakar arrêt du 20 janvier 2003, GUEYE C/ GUEYE Ohadata J-03 147 www.ohadata.com

⁸⁶ Cour Suprême de la Côte d'Ivoire ch- judiciaire arrêt n°570-02 du 04 juillet 2002, Wan Kul Lee C/ Kuk Hyun-ohadata J-04-64 www.ohadata.com

⁸⁷ BIBOUM BIKAY (F.) : *Op.cit.*, p.838

⁸⁸ *Ibid*, p.838

⁸⁹ *Ibid*, p.838

de la société querellée. Cette réalité propre aux sociétés de fait ou créées de fait s'étend également aux structures dépourvues de personnalité juridique à l'instar de la société en participation.

b- La mise en relief de la société en participation dans l'AUDSCGIE

Tout comme les sociétés de fait, la société en participation est une société dépourvue de personnalité juridique et non immatriculée au registre de commerce et du crédit mobilier. Concrètement, la société en participation est celle dont les associés conviennent librement qu'elle ne sera pas immatriculée au RCCM et qu'elle n'aura pas la personnalité morale⁹⁰.

La société en formation est définie par le Nouveau Dictionnaire Juridique comme étant la société non encore constituée⁹¹. Cette définition, conforme à l'article 100 de l'Acte Uniforme sur les sociétés, dissimule mal toute la dynamique qui caractérise la société en formation « Ne l'entrevoir que sous l'angle de sa différence d'avec la société constituée, c'est vouloir lui dénier toute existence. Or la société en formation, existe, vit et prend des engagements, au moins par l'intermédiaire des fondateurs qui sont susceptibles d'engager la future société devenue situation de droit à la suite de l'immatriculation »⁹².

La société en participation est donc en principe dissimulée aux tiers. Dans ce sens, elle est dite « société occulte ». Dans une telle société, seul le gérant est connu des tiers, il agit en son nom et pour son compte sans révéler aux tiers le contrat qui l'unit avec l'ensemble des participants.

Toutefois, il peut arriver que les coassociés révèlent aux tiers l'existence de la société en participation et, dans cette occurrence, la société devient ostensible. Les associés agissent alors au vu et au su des tiers quand bien même la société n'aurait pas été immatriculée au RCCM⁹³. Ce type de société présente néanmoins, l'avantage de permettre aux parties de bénéficier des règles du droit des sociétés sans devoir subir le lourd formalisme imposé⁹⁴. De part sa flexibilité, elle peut s'avérer très utile lorsque les associés souhaitent former ensemble un *consortium* secret ou une joint-venture (issue de la Common Law)⁹⁵.

En somme, la société en participation est une société non immatriculée créée par au moins deux associés. Elle n'est soumise à aucune formalité de publicité. Il s'agit donc d'une société

⁹⁰ Article 854 AUS et GIE voir Antoine DELABRIERE : « La société en participation dans l'OHADA », (2004) 848, Penant 396.

⁹¹ GATSI (J.) : Nouveau Dictionnaire Juridique, 2010, Note 2, p.295.

⁹² BIBOUM (F.) : *Op.cit*, p.839.

⁹³ NDI AW (D.) : « Les sociétés de personnes », in sociétés commerciales et GIE, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.501.

⁹⁴ BIBOUM BIKAY (F.) : *Op.cit*, p.864.

⁹⁵ LE BARS (B.) : *Droit des sociétés et de l'arbitrage international pratique en droit de l'OHADA*, Joly, Paris, 2011, p.263.

inconnue par les tiers et qui n'existe qu'à l'égard de ses associés fondateurs. Pour constituer une société en participation, il n'est pas nécessaire de rédiger un acte écrit mais il est néanmoins recommandé de rédiger un écrit, par acquit de conscience, pour fixer les principales règles de fonctionnement de la société en participation notamment ses statuts. Ses associés sont libres d'organiser son fonctionnement en respectant les règles fondamentales du droit des sociétés.

En l'absence des dispositions prévues, la société en participation fonctionne comme une société en noms collectifs si son objet est commercial et comme une société civile si son objet est civil.

A l'égard des tiers, la société en participation n'existe pas et chaque associé est donc responsable personnellement de tous les actes passés pour le compte de la société (étant donné qu'ils sont seuls à pouvoir passer des actes). Si le principe semble être la liberté des associés dans leur façon de s'organiser, ils doivent néanmoins s'abstenir de stipuler des clauses léonines⁹⁶ qui pourraient dénaturer l'intégrité du contrat.

En tout état de cause, le droit des sociétés n'est pas indifférent à la réalité que constitue la société en formation dans la mesure où, entre autres, les actes pris lors de la société en formation sont susceptibles d'être repris avec effet rétroactif au jour de l'immatriculation (éventuelle) de la société. Situation qui ne fait que conforter la thèse de l'existence latente de ladite société. Des observations comparables peuvent également être faites pour le groupement d'intérêt économique, les associations ou les entreprises qui constituent tout un faisceau d'entités purement extra-sociétaires.

2- La dynamique extensive au profit du faisceau d'entités extra-sociétaires

A côté des sociétés commerciales, le droit OHADA a créé des modèles nouveaux, à l'architecture plus souple et flexible. La pratique a elle-même donné des utilisations nouvelles à des formules conçues pour des usages passablement différents. Parmi les créations récentes, on peut citer les groupements d'intérêt économique (a), les entreprises et même les associations (b) dont le but semble, de façon inavouée, de concurrencer les sociétés⁹⁷.

a- L'essor contextuel du groupement d'intérêt économique

⁹⁶ Une clause est léonine lorsqu'elle prévoit qu'une personne touche l'intégralité des bénéfices ou à l'inverse, supporte toutes les pertes de l'entreprise.

⁹⁷ GANTIER-VERDON (B.) et BLANC (G.) : « Le financement des fondations d'entreprise : une réforme qui reste à trouver », D. aff., 1998, n°127, p.1302.

Le groupement d'intérêt économique, montre le souci de répondre mieux aux besoins spécifiques de l'économie. C'est un contrat qui permet à plusieurs entreprises de s'unir pour faciliter ou développer leur activité économique, pour améliorer ou maximiser les résultats de cette activité. En droit de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA), la création du groupement d'intérêt économique représente une opportunité laissée aux entreprises de mettre en commun leurs moyens pour accroître leurs activités économiques. Mais paradoxalement le GIE n'est pas très utilisé par ses destinataires. Il fait ainsi l'objet du silence des acteurs qui conduit à s'interroger sur son attractivité⁹⁸. Concrètement, le GIE est constitué par la réunion de deux ou plusieurs personnes physiques ou morales exerçant des activités économiques. Il est conçu pour permettre à des entreprises préexistantes de collaborer en vue d'accroître leur activité. D'ailleurs le législateur OHADA, tout comme son homologue européen, prévoit que deux ou plusieurs personnes physiques ou morales peuvent constituer entre elles des GIE⁹⁹. Comme le précise le législateur communautaire OHADA, le GIE est créé en vue de faciliter, de développer, d'améliorer ou d'accroître l'activité économique de ses membres¹⁰⁰. Sans en définir ce qui constitue une activité économique, le législateur a donné des indications qui permettent d'en cerner les contours. Ainsi, il est précisé que même les personnes exerçant une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé peuvent être membre d'un GIE¹⁰¹. Comme on peut le constater, l'activité économique va au-delà du domaine commercial et comprend aussi des activités de nature civile. En procédant par énumération, Yves Guyon considère qu'il s'agit de toute activité de production, de distribution et de service car, d'après lui, le caractère économique d'une activité doit s'entendre de manière la plus large et couvrir non seulement le commerce, et l'industrie mais aussi l'artisanat, l'agriculture et les professions libérales¹⁰².

La confusion entretenue entre la société et le GIE semble flagrante. Mais, à bien y regarder, la différence est évidente entre ces deux entités. En effet, prévu par le livre VII de l'Acte Uniforme

⁹⁸ DEWEDI (E.) : *Réflexion critique sur l'attractivité du Groupement d'Intérêt Economique (GIE) en droit OHADA*, in les cahiers de droit, Vol.57, n°, 1 mars 2016, p.131-172.

⁹⁹ Article 871 AUSGIE. C'est d'ailleurs dans cette logique que s'orientait déjà l'ordonnance n°67-821 du 23 septembre 1967 sur les groupements d'intérêt économique. JO, 28 sept. 1967, p.9537 qui a créé pour la première fois le GIE. Il existe aussi le Groupement Européen d'Intérêt Economique (GEIE).

¹⁰⁰ Voir ANOUKAHA (F.) et autres, *OHADA sociétés commerciales et GIE*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.532.

¹⁰¹ Article 871 AUSGIE.

¹⁰² GUYON (Y.) : *Droit des affaires*, Tome 1 « Droit commercial général et sociétés », 12^e éd., Paris, Economica, 2003, p.584.

relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, le GIE peut être défini comme « le groupement (...) qui a pour but exclusif de mettre en œuvre, pour une durée déterminée, tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité »¹⁰³.

Le processus de lutte contre l'informel a conduit le législateur à imaginer diverses formes de structures afin de permettre à des acteurs économiques de faible capacité, de mieux s'organiser. En dehors des sociétés commerciales classiques (SNC, SCS, SARL, SA, SAS) le législateur a prévu l'existence du GIE qui est un cadre pour instaurer une solidarité entre acteurs. L'activité du GIE doit se rattacher à celle de ses membres et être auxiliaire à celle-ci et c'est pourquoi il n'a pas pour vocation de réaliser et de partager des bénéfices ce qui suppose que ces derniers doivent avoir, chacun, sa propre activité, ses propres affaires et en toute indépendance du GIE ; à défaut celui-ci serait assimilé à une société de fait. Il en résulte que le GIE ne peut être qu'un prolongement de l'activité de ses membres puisqu'il doit tout mettre en œuvre pour améliorer ou accroître les résultats de celle-ci. Par conséquent, chaque membre devrait avoir une activité propre pour que celle du GIE en soit l'accessoire auxiliaire à une société de fait¹⁰⁴.

C'est l'un des marqueurs qui différencient le GIE de la société commerciale dans laquelle il n'est pas requis des associés d'avoir une activité économique distincte encore moins que l'activité de la société soit auxiliaire à celle des associés. Tout comme les sociétés commerciales, le GIE doit avoir ses statuts qui prennent la dénomination de « contrat de groupement » ou de « contrat de GIE », contrat qui doit obligatoirement être établi par écrit et soumis aux mêmes conditions de publicité que les sociétés commerciales. Pour jouir de la personnalité juridique et de la pleine capacité à même de lui permettre de prendre des engagements en son nom propre, le GIE doit nécessairement être immatriculé au registre du commerce et du crédit mobilier même s'il a un objet purement civil. A défaut de cette immatriculation, le GIE sera considéré comme une société de fait. Mais cette immatriculation n'emporte nullement une présomption de commercialité du GIE.

Au regard de ce qui précède, il existe une passerelle créée par le législateur pour favoriser la mutation du GIE en société. En effet, à l'initiative de l'Assemblée Générale des membres, le groupement d'intérêt économique ne peut être transformé qu'en une société en nom collectif et en

¹⁰³ Article 869 AYSC et du GIE.

¹⁰⁴ Voir article 865.

une société à responsabilité limitée. Il faut d'ailleurs préciser que c'est une extension de la possibilité offerte aux membres du groupe car avant la récente réforme de 2014, le GIE ne pouvait être transformé qu'en SNC. Le législateur, par cette parade, a certainement voulu faire bénéficier aux créanciers des GIE des avantages identiques quant aux dettes sociales puisque ces deux formes juridiques ont le même régime de responsabilité. Pour s'en convaincre, on peut rappeler les dispositions de l'article 882 alinéa 3 où il est précisé qu'en cas de transformation du GIE en SARL, les créanciers, dont la dette est antérieure à la transformation, conservent leurs droits contre le GIE et ses associés. Cette dynamique extensive concerne également les associations et les entreprises.

b- L'expansion du droit de l'entreprise et des sociétés coopératives

Une double détente caractérise cette dynamique extensive l'une est relative à l'entreprise (b1) et l'autre est propre aux sociétés coopératives (b2).

b1- La promotion de l'entreprise individuelle

La notion d'entreprise (à distinguer du contrat d'entreprise) pourrait prendre la place de la notion de fonds de commerce, mais elle est incomparablement plus riche et diversifiée¹⁰⁵ et c'est sans doute pour quoi elle a déconcerté beaucoup de juristes¹⁰⁶.

L'entreprise peut être définie comme étant une unité économique qui implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels, de production ou de distribution reposant sur une organisation préétablie. Le terme « entreprise » est souvent utilisé en droit du travail au sein duquel il est interprété comme étant un ensemble de travailleurs ou d'entreprises exerçant une activité commune sous l'autorité d'un même employeur. L'entreprise est souvent présentée comme étant « une entreprise individuelle » car elle n'est articulée qu'autour d'une seule personne. L'entreprise individuelle apparaît seulement comme une structure d'emprunt, presque une sorte de « non structure ». Elle est, en effet pour l'essentiel, confondue avec son chef, ou, si l'on préfère, son propriétaire : ce sont donc certains attributs juridiques de la personne physique qui servent pour caractériser l'entreprise sans structure propre¹⁰⁷. Traditionnellement, cette entreprise n'avait, pas en droit privé français, de patrimoine propre. Une partie de la doctrine avait toutefois pensé que la

¹⁰⁵ Voir MERCADAL (B.) : « La notion d'entreprise, Mélanges, DERRUPE (J.), 1992, p.9.

¹⁰⁶ LAMBERT (G.) : « Introduction à l'examen de la notion juridique d'entreprise », Mélanges (P.) KAYSER U.A.M, 1979, Tome 2, p.79.

¹⁰⁷ LE CANU (P.) et DONDERO (B.) : *Droit des sociétés, Op.cit*, p.46.

création par les entrepreneurs individuels d'un patrimoine d'affectation pourrait être une heureuse solution¹⁰⁸.

Quoi que le sujet soit intellectuellement fécond, nous le délaisserons presque entièrement en observant la possibilité établie de plus longue date de créer des sociétés unipersonnelles, laquelle été conférée aux S.A.S et S.A.R.L (unipersonnelles). Même si elle peut être identifiée comme entreprise, notamment grâce à son inscription au registre du commerce et des sociétés ou à son régime fiscal et comptable¹⁰⁹ même si elle a une dénomination propre (mais c'est souvent celle de son propriétaire) et un siège qui ne se confond pas nécessairement avec le domicile de son propriétaire ; elle n'est pas reconnue comme un être juridique à part. La notion d'universalité (groupe de biens de droits et d'obligations) étant mieux indiquée dans ce cas de figure.

Le droit OHADA résume cette situation en parlant de l'entrepreneur en tant qu'« un entrepreneur, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole »¹¹⁰. Pour obtenir le statut de l'entrepreneur, la personne physique doit faire sa déclaration au greffe ou à l'organe compétent dans l'Etat partie où il souhaite exercer son activité.

Le droit communautaire laisse la latitude aux dix-sept Etats membres de fixer les mesures incitatives pour l'activité de l'entrepreneur notamment en matière fiscale et d'assujettissement aux charges sociales. En d'autres termes, les impôts et les charges sociales dépendent des législations nationales. Dans la même longueur d'ondes, il faut préciser que le fonctionnement d'une entreprise est libre et autonome.

Contrairement à la société qui dispose de biens propres et qui sont distincts des biens de l'associé, les biens de l'entreprise se confondent aux biens de l'entrepreneur. La responsabilité est illimitée comme pour dire que tous ses biens ainsi que ceux de son conjoint (en cas de mariage sous le régime de la communauté des biens peuvent être saisis par ses créanciers. La responsabilité personnelle de l'entrepreneur peut être engagée si l'entreprise fait faillite. Mais son patrimoine peut néanmoins être protégé par une déclaration ou clause d'insaisissabilité de ses biens personnels non affectés à son activité auprès d'un notaire.

¹⁰⁸ Voir notamment CHAMPEAUD : « L'entreprise personnelle à responsabilité limitée », RTD.Com, 1979.579, (N.) LE GAC : *Protection du patrimoine et risques liés à l'entreprise : l'obligation aux dettes sociales*, Thèse, Nantes, 1995.

¹⁰⁹ Voir SERLOTEEN (P.) : « De la prétendue personnalité fiscale de l'entreprise individuelle », D.1984 ? Chron. 175.

¹¹⁰ Voir article 30 de l'Acte Uniforme révisé portant sur le droit commercial général (AUDCG).

Quoi qu'il en soit, le régime fiscal de l'entreprise individuelle, dérogeant à celui de droit commun des sociétés commerciales est simple et malléable. L'article 39 de l'Acte Uniforme sur le droit commercial général dispose à cet effet que la déclaration de l'activité est faite sans frais en dehors des frais incompressibles exigibles. A titre d'illustration, le frais de constitution d'une entreprise ne dépasse guère 25 000 F CFA au Sénégal. Dans plusieurs pays Africains, les coûts liés à la création d'une entreprise sont, du reste, dérisoires. Les frais de notaire sont inexistant. Toute chose qui justifie l'engouement et la migration vers cette forme de regroupement sociétale tout comme en matière de coopération.

b.2 L'attractivité des sociétés coopératives dans l'espace communautaire OHADA

Classiquement, la coopérative est définie comme étant, une association autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et leurs besoins économiques, sociaux et culturels communs aux moyens d'une entreprise dont la propriété est collective et où le pouvoir est exercé démocratiquement¹¹¹. La formule coopérative a pris ses racines en Angleterre, en France et en Allemagne. On rattache à ces trois pays, trois familles de coopératives différentes : en Angleterre, les coopératives de consommation, en France les coopératives de production ou coopératives ouvrières¹¹² et en Allemagne les coopératives d'épargne et de crédit¹¹³. En bref, quelle que soit la famille, la formule coopérative est née au moment de la révolution industrielle et de l'essor du capitalisme. Quoi qu'il en soit, certains pays ont développé un statut juridique de groupement coopératif. Le législateur OHADA a franchi un palier décisif en adoptant un Acte Uniforme sur les sociétés coopératives le 15 décembre 2010.

D'après l'article 1^{er} de cet Acte Uniforme, la société est un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs.

Au sens du présent Acte Uniforme, toute personne physique ou morale peut être coopérateur d'une société coopérative lorsqu'elle ne fait l'objet d'aucune incapacité juridique

¹¹¹ Déclaration sur l'identité coopérative internationale de l'ACI

¹¹² Elle consiste dans un groupement de consommateurs qui se rassemblent afin d'obtenir grâce à la force du nombre, de meilleurs prix et de meilleurs produits que ceux qu'ils obtenaient auprès des petits commerçants considérés comme exploiters de la misère du peuple. Voir Gide, 1904, p.19. SQ.

¹¹³ Il s'agit d'un groupement d'ouvriers (de travailleurs) qui se réunissent pour fonder ensemble une entreprise correspondant à leurs compétences (coopératives de bûcherons par exemple) dont ils sont à la fois patrons et ouvriers afin d'échapper à l'exploitation des patrons qui leur imposaient des conditions de travail abominables et des salaires de misère voir GOUTARD, 1900 p.295. SQ.

conformément aux dispositions de la loi nationale de chaque Etat partie et tous les coopérateurs sont unis par le lien commun sur la base duquel la société a été créée, participent effectivement et suivant les principes coopératifs, aux activités de ladite société et reçoivent en représentation de leurs apports des parts sociales¹¹⁴.

Tout comme dans les sociétés commerciales, chaque coopérateur doit faire un apport à la société coopérative. Chaque coopérateur est de ce fait débiteur envers la société de tout ce qu'il s'est obligé à lui apporter en numéraires, en nature ou en industrie et en contrepartie de leurs apports et selon la forme de la société coopérative, les coopérateurs reçoivent des parts sociales émises par la société coopérative¹¹⁵.

La société coopérative acquiert sa personnalité juridique à dater de son immatriculation au registre des sociétés coopératives institué dans chaque Etat partie, laquelle devrait intervenir dans le mois de sa constitution¹¹⁶. Il faut préciser qu'il existe aussi des sociétés coopératives en formation s'il est établi que toute société coopérative est constituée à compter de l'Assemblée Générale Constitutive et de la signature de statuts par les coopérateurs. Il faut tout de même souligner qu'avant son immatriculation au registre des sociétés coopératives, l'existence de la société coopérative n'est pas opposable aux personnes autres que les coopérateurs¹¹⁷.

Pareillement aux sociétés commerciales, les actes et engagements pris par les initiateurs pour le compte de la société coopérative avant sa constitution doivent être portés à la connaissance des associés coopérateurs lors de l'Assemblée constitutive.

A mi-chemin entre le droit coopératif et le droit commercial, la société coopérative permet de créer une structure pérenne pouvant intervenir dans le secteur concurrentiel donc gagner de l'argent. Dans la dynamique expansive du droit des sociétés commerciales, le législateur OHADA a retenu deux formes de sociétés coopératives : la société coopérative simplifiée et la société coopérative avec conseil d'administration. Les coopérateurs choisissent librement la forme qui convient à leur activité parmi celles prévues par l'Acte Uniforme. La société coopérative simplifiée, ayant pour signe « SCOOP » est constituée minimalement de cinq personnes physiques ou morales avec un comité de gestion composé en principe de trois membres chapeauté par un président. Quant à la société coopérative (SCOOP-CA) avec conseil d'administration, elle est

¹¹⁴ Article 8 de l'Acte Uniforme sur les sociétés coopératives.

¹¹⁵ Voir des articles 30 et 31 de l'AUSCOOP.

¹¹⁶ Article 78 AUSCOOP.

¹¹⁷ Article 86 alinéa 2 AUSCOOP.

constituée d'au moins quinze personnes physiques ou morales. Dans le souci d'éviter toute disparité avec les anciens textes régissant les coopératives et les groupes d'initiative commune, il y a urgence d'harmoniser l'ancienne législation avec le nouveau corpus de lois sur les coopératives. C'est d'ailleurs pour cela qu'il est précisé à l'article 392 AUSCCOP que « la mise en harmonie consiste soit à amender les statuts anciens, c'est-à-dire à enlever toutes les dispositions contraires à l'Acte OHADA et ajouter celles que l'acte rend obligatoire en son article 17, soit rédiger à nouveau les statuts dans toute leur intégralité »¹¹⁸.

Conclusion

Aux termes de nos investigations, il est établi que le visage actuel des sociétés commerciales est celui qui présente une diversification des formes de sociétés commerciales, lesquelles peuvent être regroupées autour d'un diptyque consistant à les catégoriser en société à responsabilité limitée et en société à responsabilité illimitée. A la question de savoir si ce polymorphisme contemporain est conforme aux aspirations conjoncturelles des sociétaires, il y a lieu de répondre de façon mitigée au regard de l'érosion progressive des formes originaires des sociétés commerciales, érosion entérinée par le nouvel acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique du 30 janvier 2014. Toute chose qui a contribué à légitimer l'extension des pratiques propres au droit de société sur des « terres historiquement considérées comme extra-sociétaires ». En vérité, cette dynamique contribue plutôt à revivifier le fonctionnement global des sociétés et à favoriser leur résilience, laquelle peut imposer ou justifier l'érection de la société commerciale en une entité d'une autre forme. En effet, la richesse du droit des sociétés, qui vient de la très grande créativité de la pratique, couplée aux demandes les plus diverses, proscrit tout cloisonnement ; il serait donc souhaitable que le droit de société ne s'inscrive, à l'avenir, dans aucune logique isolationniste et se combine sans cesse, avec les autres branches de droit¹¹⁹.

¹¹⁸ A titre d'illustration loi camerounaise n°92/006 du 14 août 1992 régissant les coopératives et les groupes d'initiatives communes au Cameroun.

¹¹⁹ LE CANU (P.) et DONDERO (B.) : *Droit des sociétés*, 5^e éd., 2013, LGDJ, L'extenso, *Op.cit.*, p.1028.

Le principe de la légalité criminelle en droit pénal OHADA*The principle of criminal legality in criminal law OHADA*

Par :

TEMWA Christophe

Page | 116

Doctorant/PhD en droit privé et Sciences Criminelles

Université de Ngaoundéré (Cameroun)

Résumé :

Etant considéré comme la clé de voûte du droit criminel, le principe de la légalité criminelle lorsqu'il est soumis à l'épreuve du droit pénal OHADA permet de se rendre compte de ce qu'il ne trouve pas un terrain d'éclosion. Alors que l'on se serait attendu à ce que toute l'œuvre normative du législateur OHADA réponde aux exigences de la légalité criminelle, l'aspect pénal s'en est éloigné au point de les diluer. Cette dilution de la légalité criminelle se manifeste aussi bien au niveau de sa dimension substantielle que formelle. Dans sa dimension substantielle, l'on remarque d'une part les imprécisions et les manques de clarté et d'autre par des menaces à l'accessibilité et à la prévisibilité de la loi pénale OHADA. Dans sa dimension formelle, l'on note non seulement une anomalie au niveau de l'organe en charge de l'édition de la loi pénale OHADA, mais également au niveau de la forme même de cette loi qui, du reste, est source de plusieurs erreurs.

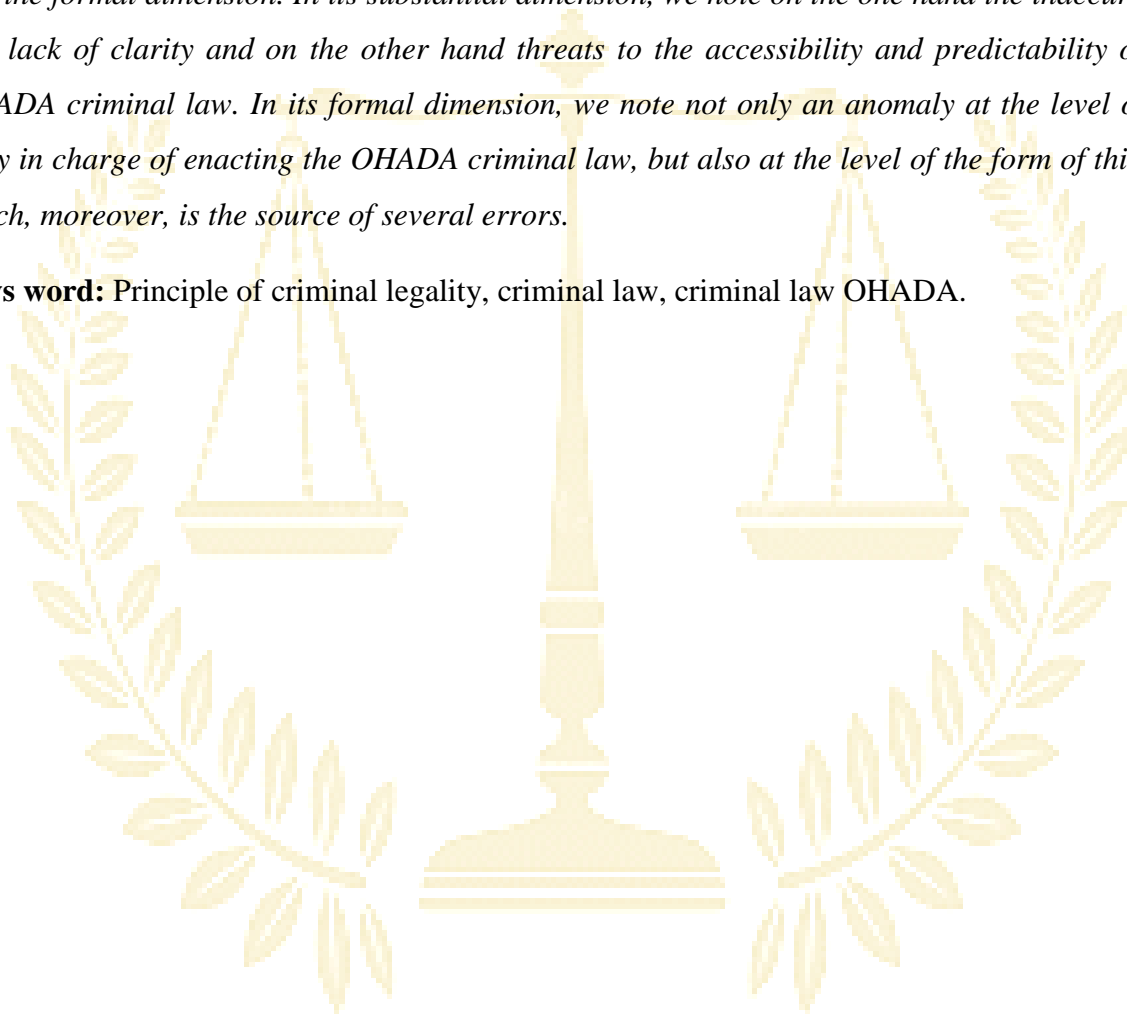
Mots clés : Principe de la légalité criminelle, droit pénal, droit pénal OHADA.

Abstract:

Being considered as the keystone, the principle of criminal legality when it is subjected to the test of OHADA criminal law makes it possible to realize that it does not find a hatching ground. When one would have expected that all the normative work of the OHADA legislator would meet the requirements of criminal legality, the penal aspect has moved away from it to the point of diluting them. This dilution of criminal legality manifests itself at the level of both the substantive and the formal dimension. In its substantial dimension, we note on the one hand the inaccuracies and lack of clarity and on the other hand threats to the accessibility and predictability of the OHADA criminal law. In its formal dimension, we note not only an anomaly at the level of the body in charge of enacting the OHADA criminal law, but also at the level of the form of this law which, moreover, is the source of several errors.

Page | 117

Keys word: Principle of criminal legality, criminal law, criminal law OHADA.



Introduction

De l'avis du Professeur Pierre MEYER, « *un ensemble normatif est susceptible de contribuer à la sécurité juridique, s'il est à la fois complet, précis et cohérent* »¹. A ces critères classiques, le Professeur Laurent BENKEMOUN ajoute s'agissant d'un espace intégré comme celui de l'OHADA, il faut que les normes doivent être unifiées, connues et modernes². En droit pénal spécialement, ces exigences se fondent dans le principe cardinal qui gouverne la matière. Il s'agit notamment du principe de la légalité criminelle.

Principe fondateur du droit pénal moderne, la légalité criminelle a certes subi les vicissitudes du temps en traversant le XIX^e et XX^e siècle, mais il garde toute sa pertinence dans l'ère contemporaine. Considéré comme le principe « *le plus important* » de tous les principes du droit pénal³ ou encore comme « *première clef de lecture du droit pénal* »⁴, le principe de la légalité criminelle est intimement lié à l'Etat de droit⁵.

On le retrouve d'abord dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme. L'article 7 de la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 proclame à cet effet : « *nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle a prescrites* ». Dans le même sens, l'article 11 alinéa 2 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 dispose que : « *nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera pas infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis* ».

On l'aperçoit ensuite dans la constitution des Etats modernes. A ce titre, le préambule de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996 dispose que : « *nul ne peut être jugé et puni qu'en vertu d'une loi promulguée et publiée antérieurement au fait punissable* ».

¹ MEYER (P.), « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Pénant*, n°855, p.2.

² BENKEMOUN (L.), « La sécurité et investissements internationaux », *Ohadata* J-06-52, pp.1-2.

³ MERLE (R.) et VITU (A.), *Traité de droit criminel*, tome 1, 7^e éd., Cujas, 1997, p.235.

⁴ MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, 4^e éd., PUF, 2013, p.21.

⁵ CHAUVEAU (A.), HELIE (F.), *Théorie du code pénal*, T. 1, 5^e éd., Cosse Co, Paris, 1872, p.19 : « *Les théories, quelque fortes que fussent leurs lois, seraient impuissantes sous le despotisme. Il y a une liaison intime entre les progrès des institutions politiques et ceux des lois criminelles ; elles croissent, elles se perfectionnent ensemble ; celles-ci sont la conséquence presque immédiate des autres* ».

On l'observe enfin dans les codes pénaux des Etats modernes. Sans prétendre à l'exhaustivité, il en est ainsi de l'article 4⁶ du code pénal Congolais, de l'article 2⁷ du code pénal centrafricain et de l'article 15⁸ du code pénal Tchadien.

La signification du principe est formulée par LUDWIG FEUERBACH sous les vocables « *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* ». Un comportement ne tombe sous le coup de la répression que lorsqu'une norme claire et précise préexistait au jour de la commission des faits. Il en découle, d'une part, une prohibition de l'application rétroactive d'une loi créant une incrimination et une sanction, sauf s'il s'agit d'une loi plus douce ; d'autre part, l'interdiction d'une interprétation extensive de la loi pénale au détriment d'un mis en cause.

Cependant, pour mettre en place leur système répressif, les pères fondateurs de l'OHADA étaient partagés entre mimétisme⁹ et innovations¹⁰. Quelle que soit l'option choisie, il fallait la matérialiser dans les grands axes du système. Dès lors, l'on est en droit de se demander ce que ces initiateurs du Traité OHADA avaient choisi à cette occasion. Cette question semble trouver réponse dans une disposition du Traité constitutif de l'OHADA, laquelle n'a pas fait l'objet d'une quelconque retouche lors de sa révision du 17 avril 2008. C'est précisément l'article 5 alinéa 2 qui dispose que : « *Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ». En disposant ainsi, on assiste au risque de la prolifération des textes de circonstances qui ne font qu'accentuer le particularisme du droit pénal OHADA. L'accentuation du particularisme du droit pénal OHADA s'illustre bien à travers les entorses qui sont faites au principe de la légalité criminelle.

La présente contribution a vocation à mettre en lumière la dilution des règles pénales de fond contenues non seulement dans le Traité constitutif de l'OHADA, mais également dans les Actes uniformes. Par ailleurs, cette importante thématique met en exergue la politique du législateur OHADA qui, il faut le marteler, se résume à la fragilisation d'un principe associé à

⁶ « Nulle contravention, nul délit, nul crime ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées qu'à raison des infractions légalement prévues ».

⁷ « *Nul crime, nul délit et nulle contravention ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prévues par la loi avant qu'ils fussent commis* ».

⁸ « *Les infractions sont définies par la loi. Les peines et les mesures de sûretés sont fixées par la loi et ne sont prononcées qu'à raison des infractions légalement prévues* ».

⁹ FOPI TETJOUON (P.V), *Analyse et prospective du droit pénal OHADA*, Thèse de doctorat, Université de Dschang, p.31.

¹⁰ *Ibidem*.

l'Etat de droit au détriment de la volonté politique. Une telle option législative laisse perplexe pour au moins deux raisons. Premièrement, au regard de la révision du Traite OHADA du 17 avril 2008, le législateur OHADA aurait dû saisir cette judicieuse occasion pour une satisfaction plus affirmée de la légalité criminelle. Deuxièmement, la révision du Traité et des Actes uniformes OHADA auraient été aussi une opportunité pour le législateur de concilier davantage les exigences du principe de légalité criminelle avec la protection des droits des personnes mises en cause. *In fine*, cette étude consacrée à l'analyse du principe de légalité criminelle est un plaidoyer pour une considération de cette règle qui est considérée comme « *la pierre angulaire* »¹¹, voire « *l'inamovible sommet, le rocher émergent des marais* »¹² du droit pénal. Voilà pourquoi des pistes de solutions seront parfois proposées dans notre démarche critique.

Dans tous les cas, la sécurité juridique tant recherchée par le législateur OHADA dans la répression des infractions contenues dans les Actes uniformes a encore du chemin à parcourir du fait des défaillances que recèle le droit pénal OHADA. Malgré la révision du Traite OHADA et les Actes uniformes, la politique criminelle du législateur OHADA n'est pas en adéquation avec les exigences du principe de la légalité criminelle. Dès lors quelle est la place du principe de la légalité criminelle en droit pénal OHADA ?

En guise de réponse à cette interrogation on dira que le principe de la légalité criminelle connaît une dilution en droit pénal OHADA tant dans sa dimension substantielle que dans sa dimension formelle.

Cette étude vient donc à point nommé et mérite de s'y attarder ; d'où un double intérêt théorique et pratique. Sur le plan théorique, cette contribution nous permettra d'apporter notre modeste contribution à l'appréhension scientifique d'une situation incommode du droit pénal OHADA soumis à l'épreuve de la légalité criminelle par la fourniture des techniques d'un outil de travail supplémentaire pour une action intellectuelle efficace. Le volet pratique a pour objectif de lutter contre l'insécurité juridique et judiciaire en droit pénal OHADA.

Pour mener à bien cette réflexion, les précédents développements imposent d'apporter une réponse structurée à la question centrale ci-dessus posée. Dans ce cadre, il apparaît qu'en droit

¹¹ GRANDE (E.), « Droit pénal et principe de légalité : la perspective d'un comparatiste », *Revue Internationale de Droit comparé*, 2004, pp.119-129.

¹² CORNU (G.), *Droit civil, Introduction au droit*, 13^{ème} éd., Montchrestien, Coll. DOMAT Privé, 2007, p.138.

pénal OHADA la légalité criminelle est diluée aussi bien dans sa dimension substantielle (I) que dans sa dimension formelle (II).

I- LA DILUTION DE LA DIMENSION SUBSTANTIELLE DU PRINCIPE DE LA LEGALITE CRIMINELLE EN DROIT PENAL OHADA

Page | 121

La dimension substantielle du principe de la légalité criminelle a trait on ne le dira jamais assez à la qualité de la loi pénale. A cet effet, elle impose à son auteur une définition des infractions et des sanctions en termes suffisamment clairs et précis¹³. Elle est traduite dans la maxime « *nullum crimen sine lege certa* » qui veut dire que les éléments de l'infraction doivent être précisément définis par la loi. Elle est garante de la sécurité juridique des individus¹⁴. Il ne reste qu'à vérifier si ces exigences ont été respectées lors de l'articulation du système répressif OHADA. Malheureusement, l'observation dévoile plutôt de nombreux indices de la dilution de ces exigences. Si certains se traduisent par des imprécisions et des manques de clarté d'une part (A) et, d'autres se résument par des menaces à l'accessibilité et à la prévisibilité de la norme pénale OHADA (B).

A- Les imprécisions et les manques de clarté de la norme pénale OHADA

A la lumière des exigences du principe de la légalité criminelle, l'on comprend que les imprécisions (1) et les manques de clarté de la norme pénale OHADA (2) ne rendent pas service à celui-ci.

1- Les imprécisions

Dans le contexte OHADA, les imprécisions portent à la fois sur les expressions utilisées par le législateur communautaire et sur certains renvois opérés par ce dernier.

Traitant des expressions imprécises, le modèle de ce cas de figure est logé à l'article 14 alinéa 3 du Traité qui dispose que : « *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* ». Qu'est-ce qu'une décision appliquant les sanctions pénales ? Est-ce à dire que les décisions de relaxe, d'acquittement

¹³ C.const., 19-20 janvier 1981, JCP., 1981. II. 1970, note Frank, D., 1982, 441, note A. Dekeuwer.

¹⁴ VAN DE KERCHOVE, « Eclatement et reconstitution du principe de la légalité », in *Figures de la légalité*, publié par Ch-A MORAND, Paris, Publisud, 1992, p.55.

ou de non-lieu total ou partiel peuvent être déférées à la Cour Commune de justice et d'Arbitrage ? Voilà autant de questions que l'on peut se poser à la lecture de cette disposition pénale de l'OHADA qui, somme toute, reste ambiguë. En raison de cette ambiguïté, la doctrine ne pouvait être que partagée sur le sens à donner à cette expression. C'est ainsi que pour les uns, l'exclusion dont-il est question ne concerne que les décisions contenant les sanctions pénales¹⁵, pourtant, pour les autres, elle réfère à la matière pénale tout court. Il convient en l'état de souscrire pour la seconde position en raison de l'absence d'un ministère public auprès de la haute juridiction communautaire et des risques liés à la longue durée carcérale des personnes condamnées et de la compromission de l'exploitation commerciale de l'entreprise inhérente à l'attente de la décision en pourvoi. A cela s'ajoute le fait que la communauté ne dispose pas des structures pour accueillir les pensionnaires de cette nature. Malgré le soutien de cette position, force est de constater que l'expression utilisée dans le Traité pour définir la compétence des hautes juridictions en matière pénale reste ambiguë.

Cette ambiguïté est d'autant profonde que même la CCJA n'a pu clairement la démêler dans une espèce qui lui avait été soumise. En effet, condamné à 15 ans d'emprisonnement par la Cour d'appel au Cameroun, le sieur Edouard ETONDE EKOTTO ex PCA du Port Autonome de Douala avait formé pourvoi devant la CCJA pour solliciter l'application à son égard des dispositions clémentes de la loi n°2003/008 du 10 juillet 2003 portant répression des infractions contenues dans certains Actes uniformes OHADA en lieu et place de l'article 184 du code pénal camerounais sanctionnant le détournement des deniers publics¹⁶. Rejetant un tel pourvoi, au lieu de clarifier les dispositions de l'article 14 alinéa 3 du Traité, la haute juridiction communautaire les a plutôt rappelé en décidant qu'elle « *ne peut connaître par la voie du recours en cassation, des affaires qui, bien que soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements prévus au Traité tel qu'indiqué à l'article 14 alinéa 3 et 4 du Traité, concernent des décisions appliquant des sanctions pénales, ces dernières ayant été expressément exclues de son champ de compétence* »¹⁷. Ainsi, souscrivons-nous à l'analyse selon laquelle, la CCJA lors de l'examen de ce recours a « *manqué l'occasion qui s'est offerte à elle pour marquer son territoire*

¹⁵ KAMGA (J.), « Contentieux des sanctions pénales : dernier refuge des souverainetés étatiques dans l'espace de l'OHADA (A propos de l'arrêt CCJA, n°053/2012 du 07 juin 2012, Pourvoi n°059/2009/PC du 19 juin 2009 Affaire : Monsieur E.E.E c/ Port Autonome (P.A.D) et Ministère Public », disponible sur <http://www.ohada.com>, p.4.

¹⁶ D'après cette disposition, encourt l'emprisonnement à vie quiconque se rend coupable d'un détournement de biens publics dont la valeur est supérieure à 500.000 francs CFA.

¹⁷ Arrêt n°053/2012 du 07 juin 2012, Aff.E.E. E, c/Port Autonome de Douala (PAD) et ministère public.

dans le contentieux pénal des affaires de l'OHADA »¹⁸. Mais mieux, nous dirons qu'elle a raté l'occasion de préciser la pensée du législateur communautaire sur la compétence des hautes juridictions en matière pénale. C'est dire que jusqu'à ce jour, l'expression utilisée pour établir une telle compétence demeure imprécise.

En dehors de l'hypothèse de l'article 14 alinéa 3 du Traité OHADA, les expressions imprécises se retrouvent aussi à l'intérieur des Actes uniformes. Il en est ainsi des notions telles que l'image fidèle¹⁹, l'intérêt social²⁰ et les faits délictueux²¹ qui, bien que conditionnant la constitution de certaines infractions ne font malheureusement l'objet d'aucune définition législative. Un auteur relevait à ce sujet que : « le législateur africain n'ayant pas défini la notion de faits délictueux, elle révèle encadrée d'un brouillard, d'un flou juridique au point où on se sait plus vraiment à quel s'en tenir »²². Dans le même sens, certains auteurs voient dans l'intérêt social une notion « à contenu variable aléatoires », « vague »²³, « ambiguë »²⁴, « indéfinissable »²⁵ et même « irritante »²⁶. D'autres appréhendent la notion d'image fidèle comme étant tout aussi complexe²⁷.

Evoquant les renvois imprécis, il convient de préciser d'emblée qu'il en existait deux formes. La première forme qui semble de nos jours supprimée à l'occasion des récentes retouches qu'ont subies les Actes uniformes concernait le renvoi d'un Acte uniforme à une disposition de droit national préexistante²⁸. Concrètement, il consistait pour le législateur à référer la répression d'un

¹⁸ KAMGA (J.), « Contentieux pénal des sanctions pénales : dernier refuge des souverainetés étatiques dans l'espace de l'OHADA (A propos de l'arrêt n°CCJA, n°053/2012 du 07 juin 2012, Pourvoi n°059/2009/PC du 19 juin 2009 Affaire : Monsieur E.E.E c/Port Autonome de Douala (P.A.D) et Ministère public », *op.cit.*, p.7.

¹⁹ Voir article 111 de l'AUDCIF et 890 de l'AUSCGIE.

²⁰ Voir article 891 et 904 de l'AUSCGIE.

²¹ Voir article 899 de l'AUSCGIE.

²² VOUFUO DJIMENE (N.G.), *La répression du mensonge en droit pénal des sociétés de l'OHADA*, Mémoire de Master, Université de Dschang, 2011, p.56.

²³ MOUTCHIEU (M.A.), *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'harmattan, 2009, p.25.

²⁴ BASUYAUX (B.), « L'intérêt social, une notion aux contours aléatoires qui conduit à des situations paradoxales », *Petites affiches*, 6 janvier 2005, n°4, p.3.

²⁵ MEDINA (A.), *Abus des biens sociaux*, Dalloz, Paris, 2001, p.79.

²⁶ SOUSI (G.), *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, Thèse Lyon III, 1974, p.1.

²⁷ PITROM (M.) et PHAM-BA (J.P.), « L'image fidèle de l'entreprise, du principe à la réalité », *JPC*, E, 2003, Commentaire n°105, p.117.

²⁸ Ces renvois étaient essentiellement logés aux articles 243 et 244 de l'AUPCAP. Le premier article disposait qu' « est puni des peines prévues par le droit pénal en vigueur dans l'Etat partie pour les infractions commises par une personne faisant appel public au préjudice d'un loueur, dépositaire, mandataire, constituant de nantissement, prêteur à usage ou maître ouvrage, tout syndic d'une procédure collective qui : exerce une activité personnelle sous le couvert de l'entreprise du débiteur masquant ses agissements ; dispose du crédit ou des biens comme des siens propres ; dissipe les biens du débiteur ; poursuit abusivement et de mauvaise foi, dans son intérêt personnel, soit directement,

comportement qu'il a incriminé dans le cadre d'un Acte uniforme à des peines prévues pour la sanction d'une infraction existante ou censée exister dans la législation nationale des Etats parties²⁹. La seconde forme qui est celle persistante a trait au renvoi d'un Acte uniforme à un autre. Il vise à référer la répression des comportements répréhensibles dans le cadre de certains Actes uniformes à ceux déjà incriminés dans les autres. Pour le moment, il n'est logé que dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives dont l'article 387 dispose que : « *sous réserve des dispositions spécifiques prévues à l'article 386 ci-dessus, sont applicables aux sociétés coopératives ainsi qu'à leurs unions, fédérations et confédérations, les dispositions non contraires des articles 886 à 905 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique* ». Toutefois, au-delà des imprécisions que dire des manques de clarté ?

2- Les manques de clarté

Plusieurs indices montrent à quel point certaines incriminations dans le cadre de l'OHADA manquent de clarté. Ainsi, ces manques de clarté se traduisent d'une part dans la non qualification des incriminations communautaires et d'autre part dans l'hésitation du législateur communautaire à incriminer certains comportements. En effet, hormis l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif dans lequel le législateur a qualifié certains comportements de banqueroute, banqueroute frauduleuse et infractions assimilées à ces dernières, dans le reste de ce texte tout comme dans les autres Actes uniformes, ce dernier n'appose aucune étiquette sur les faits incriminés. L'on note en la matière une « *fâcheuse propension du législateur à ne donner aucune définition des incriminations qu'il édicte* »³⁰. Ce qui n'est pas signe de clarté dans la mesure où le même comportement pourra être qualifié différemment selon les pays et même selon les magistrats.

soit indirectement, une exploitation déficitaire de l'entreprise du débiteur ; en violation de l'article 51 ci-dessus, se rend acquéreur pour son propre compte, directement ou indirectement, des biens du débiteur ».

Quant à l'article 244, auparavant il disposait qu'« *est puni des peines prévues par le droit pénal en vigueur dans chaque Etat partie pour les infractions commises au préjudice d'un incapable, le créancier qui a : -stipulé avec le débiteur ou avec toutes personnes, des avantages particuliers à raison de son vote dans les délibérations de la masse ; -fait un traité particulier duquel il résulterait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du débiteur à partir du jour de la décision d'ouverture de la procédure collective* ».

²⁹ NDI AW DIOUF, « Actes uniformes et droit pénal des Etats signataires du Traité OHADA : la difficile émergence d'un droit pénal communautaire », *Ohadata* D-05-41, pp.161 et s.

³⁰ JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, Précis Dalloz, 4^{ème} éd., p.67.

L'hésitation à incriminer a pour point focal l'Acte uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et aux voies d'exécution. Dans ce texte, l'exercice de la fonction d'incrimination par le législateur communautaire n'est pas clair. A l'analyse des dispositions d'incriminations y contenues, l'on ne sait pas si véritablement le législateur entendait incriminer certains comportements ou tout simplement rappeler l'existence en droit interne des infractions les réprimant. Prenons pour exemple de ce manque de clarté l'article 109 qui dispose en son alinéa 12 que : « *Si les tiers déclarent détenir des biens pour le compte du débiteur, il est dressé un inventaire qui contient, à peine de nullité...la reproduction des dispositions pénales sanctionnant le détournement d'objets saisis* ». Evoquons aussi l'article 128 qui énonce que : « *le commissaire-priseur ou tout autre auxiliaire de justice chargé de la vente est personnellement responsable du prix des adjudications et il ne peut recevoir aucune somme au-dessus de l'enchère, sans préjudice des sanctions pénales applicables* ». Ceci étant dit, qu'en est-il des menaces à l'accessibilité et à la prévisibilité de la norme pénale ?

B- Les menaces à l'accessibilité et à la prévisibilité de la norme pénale dans le contexte OHADA

Conformément au principe de la légalité criminelle, la régularité de la répression est conditionnée par l'accessibilité et à la prévisibilité de la norme pénale. Or, l'analyse du droit pénal substantiel de l'OHADA montre en quelque sorte des menaces à l'accessibilité (1) et à la prévisibilité de la norme pénale (2).

1- Les menaces à l'accessibilité de la norme pénale dans le contexte OHADA

Un bon texte de droit pénal doit pouvoir être saisi par tout le monde. Les incriminations sont le point de départ de la machine répressive. En effet, si celles-ci ne sont pas facilement saisissables³¹, leur crédibilité pourrait être mise en doute non pas pour les personnes concernées seulement, mais pour la doctrine aussi.

Les menaces à l'accessibilité de la norme pénale dans le contexte OHADA trouvent sa justification à travers l'éclatement de la compétence normative au niveau de la loi pénale de fond. Cette manière de faire oblige par conséquent le justiciable à examiner deux normes d'origine différente qu'il est appelé à racoler³² pour cerner la réelle pensée du législateur. Il va de soi que

³¹AKOUETE AKUE (M.), « Droit pénal OHADA...Mythe ou Réalité », *Ohadata*, D-11-04, p.13.

³²KENFACK DOUADJINI (G.), « Les limites à l'abandon de souveraineté dans le traité OHADA », *Pénant*, n° 830, 1999, p.129.

cet exercice est rendu difficile lorsque se greffe dans le processus d'internalisation des dispositions communautaires des imprécisions, dénaturations ou omissions. Il en est de même lorsque ces dernières ne sont pas claires. Cette obligation de consultation des documents différents est d'autant plus difficile³³ que le droit pénal OHADA n'est pas codifié. Chaque uniforme contient ses incriminations qui peuvent aussi être sanctionnée sur le plan interne par des textes différents. C'est d'ailleurs l'option que semble avoir choisi le Sénégal lorsque par sa loi de 1998, il n'a édicté que les sanctions contenues dans l'Acte uniforme relatif aux sociétés commerciales. Du fait d'une telle démarche, pour mieux appréhender le droit pénal OHADA, le justiciable sera appelé à consulter une multitude de textes³⁴. S'il est un opérateur multinational, il lui faudra multiplier ce nombre de textes par le nombre de pays dans lequel il effectue ses transactions. Pourtant l'on est dans un contexte où l'accès à la loi nationale n'est pas toujours chose facile. C'est ce que semble mettre en exergue le Professeur Spener YAWAGA lorsqu'il écrit qu' « *une étude réalisée dans la zone couverte par le Traité OHADA a d'ailleurs permis de constater que certains pays ne publient plus leur journal officiel ou le font avec beaucoup de retard (parfois plusieurs années après) ; et lorsqu'ils sont publiés, les journaux comportent rarement une table chronologique et, plus rarement encore, une table alphabétique ou analytique* »³⁵. Ainsi, la configuration actuelle du droit pénal OHADA qui crée des menaces à l'accessibilité de la norme pénale n'épargne pas aussi la prévisibilité de la norme pénale.

2- Les menaces à la prévisibilité de la norme pénale dans le contexte OHADA

A propos des menaces à la prévisibilité de la norme pénale, ils ont pour principale illustration le renvoi opéré par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives qui réfère ses incriminations à celles contenues dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique. Le plus inquiétant dans cette disposition n'est pas le fait d'avoir renvoyé les incriminations relatives aux sociétés coopératives à celles ayant trait aux sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique, mais celui d'avoir soumis ce renvoi à la non contrariété des dispositions du second Acte uniforme. Dès lors, la question se pose de savoir à qui appartient-il d'apprécier cette non contrariété et quels en sont les critères.

³³ POUGOUE (P.G) et KALIEU ELONGO (Y.R.), *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, 2008, p.32.

³⁴ FOKO (A.), « Analyse critique de quelques aspects du droit pénal OHADA », *Pénant* n°849, 2006, p.197.

³⁵ YAWAGA (S.), « Regard sur l'émergence d'un droit pénal des affaires en Afrique : le cas du droit pénal », *In Les mutations juridiques dans le système OHADA*, l'Harmattan, Paris, 2009, p.85.

Traitant du premier volet de la question, il est logique que cette appréciation ne peut être que de l'apanage des magistrats, celles des justiciables ne pouvant lier ces derniers. Par conséquent, le justiciable ne peut à l'avance prévoir les conséquences pénales de ses agissements. Il ne peut savoir au préalable si son comportement est constitutif ou non d'une infraction et quelles pourront en être les sanctions. A tout prendre, il ne sait même pas quelle est la loi qui lui est applicable. Dans un contexte de confusion législative, ce n'est qu'à la survenance d'un litige qu'il lui faudra se prêter à l'interrogation du Professeur Guy ADJETE KOUASSIGAN formulée en ces termes : « *quelle est ma loi ?* »³⁶.

Pour ce qui est du second volet de la question, il y a lieu de relever que même au niveau des magistrats, la tâche de détermination des dispositions non contraires aux articles 886 à 905 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales ne peut être aisée en raison du fait que les philosophies juridiques qui sous-tendent les sociétés commerciales et coopératives sont différentes³⁷. Pour démontrer une telle différence, l'on n'a qu'à explorer les articles 886 à 887 de l'AUSCGIE qui traitent de l'émission illicite d'actions qui ne peuvent s'appliquer qu'aux sociétés anonymes par exclusion des autres formes parmi lesquelles les sociétés coopératives. Pareillement, l'article 889 du même texte prévoit le délit de distribution de dividendes fictifs alors que dans le cadre des sociétés coopératives, l'on parle plutôt d'excédent distribuable. En outre, la méthode de calcul des deux excédents est différente. On peut également faire mention de l'article 891 de l'AUSCGIE qui prévoit le délit d'abus des biens sociaux qui ne peut selon la même disposition être commis que dans les SARL, SA et SAS par exclusion des sociétés coopératives. L'article 905 qui incrimine les agissements des dirigeants de sociétés qui émettent des valeurs mobilières offertes au public en violation des règles prescrites n'est pas du reste de ces illustrations.

On comprend donc à la lumière de ces quelques exemples qu'il sera en pratique difficile de créer une homogénéité³⁸ dans la répression des infractions concernant les sociétés commerciales et les sociétés coopératives. Par conséquent, l'on ne peut prévoir à l'avance les comportements qui

³⁶ ADJETE KOUASSIGAN (G.), *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit de la famille en Afrique noire francophone*, Pedone, Paris, 1974.

³⁷ Dans les sociétés commerciales, l'intérêt protégé est le profit individuel pourtant dans les sociétés coopératives il est plutôt question de la promotion de l'entrepreneuriat collectif.

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 », *Revue Burkinabé de Droit*, 2001, *ohadata* D-05-41, pp.63 et s.

feront l'objet d'une incrimination ou pas. Même dans le même pays, et dans une même juridiction, le comportement qualifié par un juge peut ne pas être considéré comme tel par un autre. Dans un tel contexte, le sort des justiciables semble voué à une appréciation des faits par les magistrats, lesquels peuvent user des critères subjectifs³⁹ pour les discriminer. Ainsi, la configuration actuelle du droit pénal OHADA crée aussi une dilution formelle du principe de la légalité criminelle.

II- LA DILUTION DE LA DIMENSION FORMELLE DU PRINCIPE DE LA LEGALITE CRIMINELLE EN DROIT PENAL OHADA

La dimension formelle du principe de la légalité criminelle commande à ce que la loi pénale doit émaner du pouvoir législatif. Il s'agit alors de faire de la matière pénale le monopole de la loi, garant d'un ordre institutionnel libéral et démocratique⁴⁰. La loi dont il question doit être une règle écrite, par opposition aux incriminations d'origine coutumière⁴¹ ; d'où la maxime : « *nulla poena sine lege scripta* » qui veut dire que « *la source de l'incrimination doit être écrite* ». Il en est de même de la source de la peine selon la maxime : « *nulla poena sine lege* ». Mais malheureusement, dans le contexte OHADA, l'articulation pénale choisie par le législateur heurte dangereusement les exigences de la dimension formelle du principe de la légalité criminelle. Il s'en suit dès lors une dilution de la dimension formelle du principe de la légalité criminelle qui se manifeste aussi bien au niveau de l'organe en charge de l'édiction de la loi pénale OHADA (A) que de la forme même de cette loi (B).

A- L'intrusion des représentants du pouvoir exécutif dans l'édiction de la loi pénale OHADA

Conformément aux dispositions du Traité, le pouvoir d'édicter les incriminations est de la compétence du Conseil des Ministres qui est un organe composé des ministres en charge de la justice et des finances des différents Etats membres. Contrairement aux exigences du principe de la légalité criminelle, l'on constate que dans le cadre de l'OHADA, un pan de création de la loi

³⁹ DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, PUF, 1986, p.36.

⁴⁰ CHEVALLIER (J.), « La dimension symbolique du principe de la légalité », in *Figures de la légalité*, publié par Ch-A MORAND, Paris, Publisud, 1992, p.55.

⁴¹ FICHET-BOYLET (I.) et MOSSE (M.), « L'obligation de prendre des mesures internes nécessaires à la prévention et à la répression des infractions », *RDPI*, 1994, p.872.

pénale est dévolu aux émissaires du pouvoir exécutif⁴². Ce qui a poussé certains auteurs à affirmer que dans l'OHADA, « *c'est l'exécutif qui légifère. Il n'y a plus de séparation de pouvoirs* »⁴³.

Dans un tel contexte, il devient légitime de craindre que la loi pénale ne soit plus l'expression de la volonté générale dès lors que ses auteurs n'ont pas reçu mandat direct du peuple. A partir de ce moment, l'on peut alors comprendre pourquoi la doctrine critique de manière acerbe la composition de ce Conseil des Ministres. A titre illustratif le Professeur Salomon NKOTTO ZENGUE taxe ses membres d'« *immixeurs illégitimes, intrus gouvernementaux jugés inexpérimentés* »⁴⁴ tandis que le Professeur François DIENG estime qu'« *on peut craindre une bureaucratisation des règles qui, détachées des préoccupations de leurs destinataires pourraient ne pas être adaptées* »⁴⁵.

Par ailleurs, l'article 5 alinéa 2 du Traité ne prescrivant pas au sein des Etats membres l'organe qui sera en charge de la prescription des sanctions, l'on peut craindre une résurgence des représentants du pouvoir exécutif en la matière. Ceci est d'autant plus pertinent que dans plusieurs pays de cet espace juridique, l'édition des conventionnelles. Dans l'hypothèse, la tentation peut être grande de confier la détermination de telles sanctions aux représentants de l'exécutif interdits selon le principe de la légalité d'intervenir dans l'élaboration de la loi pénale. La probabilité de réalisation d'une telle éventualité est grande dans le cadre de l'OHADA dès lors que l'article 876 de l'AUSCGIE qualifie lui-même de contravention la non indication sur les actes et documents du GIE de sa dénomination ou son sigle.

En outre, l'aspect organique du principe de la légalité criminelle impose à l'organe compétent de bénéficier d'une exclusivité de compétence en matière de loi pénale de fond et de forme. Pourtant, dans le cadre de l'OHADA, l'on remarque que non seulement la compétence en matière de loi de fond est partagée entre deux législateurs situés à des niveaux hiérarchiques différents, mais aussi que celle relative à la loi de forme n'est réellement exercée par aucun de ces derniers.

⁴² MONEBOULOU MINKADA, « L'expression de la souveraineté des Etats membres de l'OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) : une solution-problème à l'intégration juridique, *Juridical Tribune*, Volume 3, Issue 2, December 2013, p.86.

⁴³ ISSA-SAYEGH (J.) et LOHOUES OBLES (J.), *Harmonisation du droit des affaires*, Coll. Droit uniforme africain, Bruylant Bruxelles, 2002, 245 p.

⁴⁴ NKOTTO ZENGUE (J.S) *Répartition des compétences législatives entre l'OHADA et les Etats parties : regard prospectif sur les rapports entre le législateur OHADA et le législateur national*, Mémoire de DEA, Université de Yaoundé II, 2005-2006, 86 p.

⁴⁵ DIENG (F.), « L'harmonisation en questions », *Nouvelles Annales Africaines*, n°1, 2007, pp.84-85.

Il y a donc dans ce dernier cas les marques d'une abdication de responsabilité. On comprend à partir de ce moment que la règle de la légalité criminelle connaît une déficience formelle qui n'est pas sans implications

B- La déficience formelle

Page | 130

Concernant la déficience formelle, il convient de rappeler avec le Professeur GENEVIÈVE GIUDICELLI-DELAGE que « dans sa conception pure, le principe de la légalité suppose que dans le même texte soit définie l'incrimination et précisée la sanction encourue »⁴⁶. Pour le dire autrement pour reprendre le Professeur R. FORNASIER *in extenso* : « le pouvoir de prévoir des sanctions est inhérent à celui de fixer les règles et ne peut en être dissocié »⁴⁷. Contrairement à cette exigence, dans le cadre de l'OHADA, l'on assiste à « deux branches de l'infraction qui sont définies par textes non seulement de valeur distincte, mais aussi sans ambitions communes »⁴⁸. Une telle manière de procéder choisie par le législateur OHADA est source de moult erreurs pouvant se traduire en termes de différences⁴⁹, dénaturations⁵⁰ et même d'omissions⁵¹ par les textes internes des dispositions d'incriminations communautaires.

Parlant des différences, l'on remarque que souvent, les dispositions d'incriminations communautaires sont transcrites dans les textes internes de répression de manière tellement distincte que l'on peut même douter de ce que qu'elles émanent d'une même source. Pour l'illustrer, prenons l'article 69 alinéa 1 de l'AUDCG qui dispose que : « 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 ». Dans sa transcription au Congo, il est ainsi libellé : « est punie d'une amende de 100.000 à 150.000.000 francs CFA en vertu de l'article 69 de l'Acte uniforme portant sur le droit commercial général, toute personne tenue d'accomplir une des formalités prescrites

⁴⁶ GIUDICELLI-DELAGE (G.), *Droit pénal des affaires*, *op.cit.*, p.22.

⁴⁷ FORNASIER (R.), « Le pouvoir répressif des communautés européennes et la protection de leurs financiers », *Revue du marché commun*, 1982, p.402.

⁴⁸ SOCKENG (R.), *Droit pénal des affaires OHADA*, 1^{ère} éd., UNIDA, Presses MINSI Le COMPETING, Coll. Lebord, 2007, 242 p.

⁴⁹ FOPI TETJOUON (P.V.), *Analyse critique et prospective du droit pénal OHADA*, *op.cit.*, p.147.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

pour l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier, et qui s'en est abstenue, ou encore qui aurait effectué une formalité par fraude »⁵².

Au Tchad, il est comme suit : *« toute personne, tenue d'accomplir l'une des formalités d'inscription au Registre du Commerce et des Crédits mobiliers, et qui s'en abstenue, ou encore qui a effectué une formalité par fraude, est punie d'une amende de 50.000 à 200.000 FCFA »*. Au Benin, la même disposition est ainsi formulée : *« encourt une peine d'amende de cinq mille (500.000) francs à un million (1.000.000) de francs, toute personne qui :- s'est abstenue dans le premier mois d'exploitation de son commerce, de requérir du greffe de la juridiction son immatriculation au registre de commerce ; - s'est abstenue dans le délai de trente (30) jours de requérir les inscriptions modificatives complémentaires dans le cadre de son commerce notamment sur son état civil, son régime matrimonial, sa capacité ou sur le statut de la personne morale intervenue dans le cadre de son commerce ; - s'est abstenue dans le délai d'un (01) mois à compter de la cessation de son activité commerciale de demander sa radiation dans le registre de commerce et du crédit mobilier (RCCM) ou en cas décès, lorsque ses ayants-droit se sont abstenus dans le délai de trois (03) mois à compter dudit décès, de demander la radiation de l'inscription au registre ou sa modification s'ils doivent eux-mêmes continuer l'exploitation »⁵³.*

A propos des dénaturations, l'on note que dans leur processus d'internalisation des dispositions communautaires, les Etats membres en viennent parfois à en modifier les termes, au point d'altérer le sens que leur avait donné le législateur communautaire. L'article 21 de la loi camerounaise de 2003⁵⁴ est un cas patent de cette forme d'erreurs législatives. En effet, contrairement à l'article 903⁵⁵ de l'AUSCGIE dont il dit en prévoir la sanction, ce texte fixe le délai de dépôt des sommes

⁵² Article premier de la loi congolaise n°12-2013 du 28 juin 2013 portant sanctions pénales aux infractions prévues par les actes uniformes du Traité de l'OHADA relatif au droit commercial général, au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, au droit comptable, au droit des sûretés et au droit des procédures collectives d'apurement du passif.

⁵³ Article 473 du code pénal tchadien.

⁵⁴ Cet article dispose « *qu'en application de l'article 903 de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, est puni d'un emprisonnement de deux ans à cinq et d'une amende de 200.000 à 5.000.000 FCFA ou de l'une de ces deux peines seulement, lorsque la liquidation sera intervenue sur décision judiciaire, le liquidateur qui, sciemment, n'a pas...déposé à un compte de consignation ouvert dans les écritures du Trésor, dans le délai d'un an à compter de la décision de répartition, les sommes affectées aux répartitions entre les associés et les créanciers* ».

⁵⁵ Dans sa version actuelle, cette disposition est ainsi libellée : « *lorsque la liquidation intervient sur décision judiciaire, encourt une sanction pénale, le liquidateur qui, sciemment...5) n'a pas déposé à un compte ouvert dans une banque au nom de la société en liquidation, dans le délai de quinze (15) jours à compter de la décision de répartition, les sommes affectées aux répartitions entre les associés et les créanciers* ». Dans sa version ancienne,

au Trésor public pourtant la législation communautaire fait référence au terme plus global de banque. Ces dénaturations n'ont pas échappé à la lanterne de la doctrine. C'est ainsi que pour le Professeur Salomon NGASSA NGUEPDJO, « *il faut remarquer que le législateur camerounais a dû commettre une erreur en ce qui concerne le délai de dépôt dans un compte de consignation, puisqu'il parle d'un délai d'un (1) an alors que le législateur OHADA parle d'un délai plus restreint à savoir quinze (15) jours* »⁵⁶. Pour le Professeur SALIFOU MOUHOUAN, « *au niveau de la structure auprès de laquelle le compte doit être ouvert, le législateur camerounais évoque le Trésor public tandis que le législateur OHADA ne fait allusion qu'aux banques sans précisions de leur nature. Ce qui signifie que le Trésor public ou les autres banques peuvent être choisis* »⁵⁷. Cette contradiction entre le législateur camerounais et celui de l'OHADA poursuit le même auteur « *peut mettre le bénéficiaire de la norme dans une situation d'incertitude, ce d'autant qu'il sera dans l'embarras quant au choix de l'institution auprès de laquelle il peut ouvrir le compte* »⁵⁸.

Relativement aux omissions, l'on remarque qu'il existe des textes internes de répression qui ne font pas mention de certaines des incriminations prévues par les Actes uniformes. L'on recense à ce niveau deux cas de figure. La première est l'omission de certaines dispositions contenues dans un Acte uniforme. La seconde est l'omission de toutes les dispositions d'un Acte uniforme pour ne pas parler de l'Acte uniforme lui-même.

Pour illustrer le premier scénario, remarquons que la majorité, pour ne pas parler de totalité des textes internes ont omis l'infraction de non indication dans les documents d'un groupement d'intérêt économique de la dénomination du groupement ou sigle « GIE » pourtant incriminé à l'article 876 de l'AUSCGIE. Relevons également que la loi ivoirienne du 9 novembre 2017 a omis l'incrimination d'abus des biens sociaux et du crédit social prévue à l'article 891 de l'AUSCGIE. Dans le même sens, l'on peut aussi remarquer que la loi camerounaise de 2003 avait omis l'incrimination d'inobservation des formalités d'inscription au RCCM au point où il a fallu

cette disposition était rédigée comme suit : « lorsque la liquidation intervient sur décision judiciaire, encourt une sanction pénale, le liquidateur qui, sciemment...5) n'aura pas déposé à un compte ouvert dans une banque au nom de la société en liquidation, les sommes affectées aux répartitions entre les associés et les créanciers ».

⁵⁶ NGASSA NGEBDJO (S.C), *La protection pénale des actionnaires en droit OHADA, op.cit.*, p.23.

⁵⁷ MOUHOUAN (S.), « Le législateur camerounais et les objectifs de l'OHADA », *Pénant*, n°903, avril-juin 2018, p.164.

⁵⁸ *Ibidem*.

attendre la modification du code pénal intervenue en 2016⁵⁹ pour l'y insérer suite aux critiques de la doctrine.

Comme exemples du second scénario, l'on peut citer le cas de la loi béninoise, qui pourtant édictée en 2011, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur des Actes uniformes sur le droit comptable et sur les sociétés coopératives ne contient aucune disposition pénale relative à ces deux textes. Il en est de même des lois congolaises et tchadiennes qui ne font pas allusion aux incriminations contenues dans l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives alors qu'elles sont intervenues postérieurement à l'adoption de ce dernier. Le même reproche peut être aussi formulé à l'endroit de la loi camerounaise qui n'a prescrit aucune infraction n'ayant trait aux procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution.

On comprend ainsi à la lumière de ces différences, dénaturations et omissions que la technique de renvoi de la sanction des incriminations communautaires à des textes internes des Etats membres n'a pas été un choix judicieux sous le prisme de la légalité criminelle. C'est fort de cette idée que le Professeur Wilfrid JEANDIDIER soulignait avec pertinence que : « *la technique du renvoi est fâcheuse car elle est une négation de la rigueur maximale devant caractériser tout texte pénal ; elle est synonyme de travail bâclé et donne naissance à des textes filandreux et incomplets* »⁶⁰. Ceci est d'autant plus sérieux dans le cadre de l'OHADA le texte d'incrimination une « *modification de numérotation* »⁶¹. Ce qui ne peut aller sans provoquer des obstacles à l'accès à la loi pénale.

Conclusion

Somme toute, le thème soumis à notre réflexion mettait en exergue le principe de la légalité criminelle en droit pénal OHADA. Des développements qui en précèdent, il faut retenir que le principe de la légalité criminelle lorsqu'il est soumis à l'épreuve du droit pénal OHADA connaît une dilution aussi bien dans sa dimension substantielle que dans sa dimension formelle. En effet, le Traité constitutif de l'OHADA et les Actes uniformes recèlent des déficiences rédactionnelles⁶²

⁵⁹ Cette modification s'est faite par l'ajout de l'article 311-1 dans la loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant code pénal de la république du Cameroun.

⁶⁰ JEANDIDIER (W.), *Droit pénal des affaires*, op.cit., p.67.

⁶¹ NIANG (B.), « Le principe de la légalité de la répression au Sénégal », disponible sur www.afrilex.u-bordeaux4.fr, p.17.

⁶² DELMAS-MARTY (M.), *Le flou du droit*, op.cit., pp.120-121.

qui, du reste, ont galvaudé les exigences du principe de la légalité criminelle. De la sorte, on ne peut s'empêcher de dire que le droit pénal OHADA qu'au lieu de garantir la sécurité juridique et judiciaire, ce dernier en est devenu un obstacle.



Le contexte de la responsabilité individuelle de l'administrateur en droit OHADA

The context of individual liability of the administrator in ohada law

Par :

NDJOPEN VIVIANE Page | 135

Docteur PhD en Droit des Affaires

Université de Douala (Cameroun)

Résumé :

Organe de la société anonyme ou de la société coopérative, aux pouvoirs étendus, le conseil d'administration jouit de nombreuses prérogatives qu'il exerce dans une collégialité affirmée et réglementée. Une étude sur le contexte responsabilité individuelle de l'administrateur exige de s'intéresser aux circonstances rendant possible une telle éventualité à savoir : le mandat spécial et la gestion de fait. Le mandat spécial constitue l'une d'elles, qui permette d'envisager indubitablement la responsabilité individuelle de l'administrateur. Consacré par la législation OHADA, il s'agit d'un mandat régulier qui peut être confié par le conseil d'administration à l'administrateur pour un objet déterminé. Son exécution par l'administrateur mandataire, recours à un ensemble d'obligations dont le non-respect peut conduire à sa mise en cause. Il en est de même de la gestion de fait, notion jurisprudentielle, qui traduit l'idée selon laquelle l'administrateur se serait mu en dirigeant exécutif. Ce mandat irrégulier n'est pas sans conséquence à la fois sur la personne ou encore sur le patrimoine de l'administrateur usurpateur, en cas de comportements fautifs..

Mots-clés : administrateur, conseil d'administration, gestion de fait, mandat spécial, OHADA, responsabilité, société.

Abstract :

Liability far from being a new study is a difficult topic when it concerns the member of board directors. This body of a public limited company or cooperative company, with wide powers enjoys many prerogatives which it exercises in an asserted and regulated collegiality. A study on the civil liability of the administrator required attention to the circumstances making it possible such an eventually, namely: the special mandate and the facto management. The special mandate is one of the circumstances that undoubtedly allows the civil liability of the administrator to be considered. Provides for by OHADA legislation, this is a regular mandate that can be entrusted by the board of directors for a specific purpose. Its execution by the proxy administrator impose a set of obligations whose non-compliance can lead to its being called onto question. The same is true of the facto management, a jurisprudential notion which reflects the idea that the administrator has become an executive director. This irregular mandate is not without consequences both on the person and on the assets of the usurping administrator in the event of any misconduct observed.

Keywords: Administrator, board of directors, de facto management, special mandate OHADA, liability, company ;

Introduction

Le fonctionnement de certaines sociétés dans l'espace OHADA impose l'institution d'un conseil d'administration. C'est le cas notamment de la société anonyme¹ et de la société coopérative. Relativement à la société anonyme, c'est une option au choix des fondateurs, mais véritable contrainte légale si la société fait appel public à l'épargne. Quant à la société coopérative, c'est une nouveauté plus que décennale du législateur africain afin de tenir compte des réalités locales et de réguler des secteurs non conventionnels de l'économie. La liberté est accordée aux actionnaires de constituer un conseil d'administration dont le rôle et les prérogatives sont similaires que l'on se situe dans la société anonyme ou dans la société coopérative.

Au sujet du rôle du conseil d'administration, deux théories s'affrontent. Ces deux théories sont la théorie de l'agence et la théorie de la dépendance aux ressources. Alors que la théorie de l'agence met l'accent sur le rôle disciplinaire du conseil d'administration, la théorie de la dépendance aux ressources, quant à elle, met l'accent sur le rôle d'accompagnement stratégique du conseil d'administration.

Qualifié par la doctrine d' : « *organe de réflexion et de décision* »², le conseil d'administration dispose de tous les pouvoirs, dans les limites de l'objet social, et des pouvoirs reconnus expressément à l'assemblée d'actionnaires ou à la direction générale. Les pouvoirs du conseil d'administration exigent d'établir une distinction entre les pouvoirs généraux et les pouvoirs spécifiques.

De façon générale, le conseil d'administration détient avec l'ensemble de ces membres un pouvoir d'orientation³, d'évocation⁴, de surveillance⁵. A titre particulier, le conseil d'administration peut décider aussi de la nomination de nouveaux administrateurs en cas de

¹ Les professeurs AKAM AKAM et VOUDWE BAKREO apportent une définition à la notion de société anonyme qui brille par sa simplicité. Les auteurs dans leur ouvrage proposent de considérer la société anonyme comme celle : « *Dont le capital est divisé en actions et qui est constituée entre associés qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports.* » V. AKAM AKAM (A.), et VOUDWE (B.), *Droit des sociétés commerciales OHADA*, L'Harmattan, 2018, p.539.

² Lamy sociétés commerciales, 1998.

³ L'article 435 de l'AUDSC al.1 : « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité et veille à leur mise en œuvre.* ».

⁴ L'article 435 de l'AUDSC al.1 : « *(...) il se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par délibération les affaires qui la concernent.* ».

⁵ L'article 435 de l'AUDSC al.2 : « *Le conseil procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns.* (...) « .

vacance dument constatée⁶, ou du déplacement du siège social⁷. Le conseil d'administration doit aussi procéder à l'établissement des comptes sociaux⁸. Tous ces pouvoirs du conseil d'administration s'exercent sous le prisme de la collégialité entre ses différents membres encore appelés administrateurs.

Les administrateurs sont des personnes physiques ou morales⁹, actionnaires¹⁰, salariées ou indépendantes¹¹, aucune condition d'âge n'étant posé par le droit OHADA, même si les limitations de mandat¹² sont prévues. L'organe en charge de la désignation des administrateurs connaît quelques variantes. En premier lieu les administrateurs sont désignés par les statuts ou le cas échéant c'est une mission qui revient à l'assemblée générale constitutive, puis encours de vie sociale à l'assemblée ordinaire, et enfin en cas de fusion à l'assemblée générale extraordinaire. Une fois désignés, les administrateurs entrent en fonction et se doivent d'agir avec diligence et efficacité avec le risque d'une responsabilité dans les conditions énoncées par le droit OHADA.

En effet les dispositions de l'article 740 AUDSC posent les conditions d'une responsabilité civile des administrateurs en ces termes : *« Les administrateurs sont responsables individuellement et solidairement envers la société ou envers les tiers soit des infractions aux dispositions législatives et réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit de la violation des clauses des statuts soit des fautes commises dans leur gestion. »* Il existe donc une responsabilité qui peut être soit individuelle soit solidaire pour les membres du conseil d'administration. La responsabilité solidaire découle certainement du caractère collégial des décisions prises par l'organe social. Le pouvoir de décision revient au collège d'administrateurs. Pourtant si on décide de s'intéresser à la responsabilité individuelle de l'administrateur rien ne serait aussi évident.

⁶ L'article 429 AUDSC al.1 qui dispose : *« En cas de vacance d'un ou de plusieurs sièges d'administrateurs, par décès ou par démission, le conseil d'administration peut désigner, entre deux assemblées de nouveaux administrateurs (...) »*.

⁷ L'article 451 AUDSC *« Le déplacement du siège social dans les limites d'un Etat partie peut être décidée par le conseil d'administration (...) »*.

⁸ C'est l'Article 452 qui évoque l'établissement des comptes sociaux et du rapport de gestion : *« Le conseil d'administration arrête les états financiers de synthèse et le rapport de gestion sur l'activité de gestion de la société, qui sont soumis à l'approbation de l'assemblée générale ordinaire. »*.

⁹ Toutefois il faut préciser que pour les administrateurs personnes morales une obligation leur est faite de désigner un représentant personne physique.

¹⁰ Il est prévu par la législation que les statuts peuvent prévoir que les futurs administrateurs soient propriétaires d'un certain nombre d'actions mais cette disposition ne s'applique pas aux salariés nommés administrateurs ;

¹¹ Il s'agit des administrateurs qui n'ont aucun lien avec la société.

¹² En principe, une personne physique ne peut pas exercer simultanément plus de cinq mandats d'administrateur ou plus de cinq mandats dans des sociétés anonymes ayant leur siège sur le territoire d'un Etat partie.

L'administrateur n'a aucun pouvoir propre. Certes il lui ait reconnu un ensemble de prérogatives afin de satisfaire à son mandat au sein du conseil d'administration. Il s'agit du droit à l'information et du droit de vote. L'information est l'élément capital sur lequel doit s'appuyer la décision de l'administrateur lors des délibérations. Il est mis à la charge du président du conseil d'administration de : » *Communiquer à chaque administrateur tout document et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission*¹³. ». Le droit de vote quant à lui s'exerce à l'occasion des délibérations et est fortement règlementé. En cas d'absence physique de l'administrateur au cours des travaux du conseil d'administration, la législation OHADA propose le vote par procuration ou par visio-conférence. Le mandat de l'administrateur loin d'être une « *sinécure*¹⁴ » peut à l'occasion faire naître une responsabilité individuelle à son égard loin de la solidarité des autres administrateurs.

La responsabilité individuelle de l'administrateur, si elle peut exister, doit être envisagée par rapport à son contexte. Celui-ci renvoie à un ensemble de circonstances. Ce contexte pourrait être identique que l'on envisage une responsabilité civile individuelle ou une responsabilité pénale individuelle¹⁵. A cet égard il y a-t-il des contingences particulières qui permettent d'envisager la responsabilité individuelle de l'administrateur ? Deux situations exceptionnelles aident à identifier le contexte de la responsabilité individuelle de l'administrateur, l'une expressément régulée par le législateur OHADA qui est le mandat¹⁶ spécial et l'autre ignorée par le droit OHADA mais largement encadrée par la doctrine et la jurisprudence qui est la gestion de fait. Les dispositions de l'article 437 alinéa 1 AUDSC révèlent : » *Le conseil d'administration peut confier à un ou plusieurs de ses membres tous mandats spéciaux sur un ou plusieurs objets déterminés.* » L'acte uniforme portant sur les sociétés coopératives reprend ces dispositions. Le mandat spécial est donc

¹³Article 435 AUDSC.

¹⁴ Une expression reprise par Le Professeur André AKAM AKAM, «Soliloque sur l'exemple d'incohérence en droit OHADA : la cessation des fonctions des dirigeants sociaux », in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, 2009 p. 1.

¹⁵ Les différents ordres de responsabilité n'influent nullement sur le contexte.

¹⁶ A propos du mandat voir, parmi d'autres : - Des ouvrages du XIXème siècle et du début du XXème siècle : CH. AUBRY et CH. RAU, *Droit civil Français*, Tome 6, Petits contrats et responsabilité, par P. ESMEIN, Librairies techniques, 6ème édition, 1951, spéc. § 410 et s., pp. 197 et s. ; L.-E. BARTHELEMY, *Du mandat en droit romain et en droit civil français*, TOULOUSE, impr. de la Boë, 1886 ; F. CAGNINACCI, *Le mandat dans la doctrine de l'Ancien régime*, XIIIe-XVIIIe siècles, NANCY, Société d'impr. typo, 1962 ; C. GIVERDON, *L'évolution du contrat de mandat*, PARIS, thèse dactylographiée, 1947 ; CH. FALQUE-PIERROTIN, *Les éléments constitutifs du contrat de mandat : recherche d'une définition*, CAEN, Dalloz, 1933 ; M. PLANIOL, « La transformation du mandat depuis le droit romain », in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Tome 22, 1893, p. 200 ; R.-TH. TROPLONG, *Le droit civil expliqué – Du mandat*, Tome 16, PARIS, Charles Hingray, 1846.

identifié comme le premier contexte favorable à la mise en œuvre de la responsabilité individuelle de l'administrateur. Délégation de pouvoir¹⁷ irrégulière contrairement mandat spécial, la gestion de fait¹⁸ place aussi le membre du conseil d'administration dans une situation d'exercice de pouvoir dévolus aux dirigeants de droit. Ce qui est possible d'entraîner pour l'administrateur un ensemble de conséquences juridiques si la condition d'une faute est établie¹⁹.

Une étude sur le contexte de la responsabilité n'est pas sans intérêt. Sur le plan sociologique cette étude semble intéressante afin d'analyser les comportements de l'administrateur dans ses rapports au sein de la société et avec les tiers.

Sur le plan juridique il convient d'explorer le droit OHADA en cette matière spécifique de la responsabilité individuelle afin de découvrir ses insuffisances et ses lacunes. Le double contexte de responsabilité civile encadré par le mandat spécial et la gestion de fait ne font pas l'objet de développements assez importants. Il est question d'aller au-delà du droit OHADA et de recourir au droit civil mais également à la jurisprudence. Sans prétention aucune il faut dire que la présente analyse se veut innovante quant à son objet.

Théoriquement la question du contexte de la responsabilité individuelle de l'administrateur permet de rehausser le statut de l'administrateur qui est souvent considéré comme un personnage presque insignifiant dans le fonctionnement de la société de droit OHADA. A travers la présente analyse il convient de mettre en lumière le rôle prépondérant de l'administrateur en dehors des travaux du conseil d'administration. Sa posture peut varier d'un simple participant à voix délibérative, en un véritable dirigeant investi d'un pouvoir de décision aux conséquences importantes tant sur sa personne que sur son patrimoine.

A la lumière de ces précédentes considérations, la tâche qui nous incombe commande d'examiner d'une part le mandat social (I) et d'autre part la gestion de fait (II).

I- LE MANDAT SPECIAL

¹⁷ Sur cette notion V. DIENE (O), *La délégation de pouvoirs dans les sociétés commerciales de droit OHADA*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux et Université CHEIK ANTA DIOP, 2018.

¹⁸ A propos de la gestion de fait NOTTE (G.), *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, Thèse, Paris, 1978 ; MACQUERON (J.-M.), *La notion de dirigeant de fait : étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981*, Thèse ROUEN, 1982 ; TRICOT (D.), *Les critères de la gestion de fait*, Dr. et patr. janv. 1996, p. 24. COURTIER (J.-L.), note sous Cass. com. 16 mars 1999, Rev. huissiers 2000, p. 353.

¹⁹ A ce sujet V. VINEY (G.) et JOURDAIN (P.), *Les conditions de la responsabilité*, coll. Traité de droit civil, sous la direction de GHESTIN (J.), L.G.D.J., 3ème édition, 2006, spéc. n° 788, pp. 903 – 904.

Le mandat spécial jouit d'une consécration légale en droit OHADA. Les actes uniformes portent des dispositions claires et précises sur la possibilité qui peut être donnée à l'administrateur d'agir isolément en dehors de la collégialité du conseil d'administration. L'expression « *mandat spécial* » employée, souligne le caractère particulier et individuel de la mission qui est confiée à l'administrateur. C'est pour cela que l'objet est déterminé afin de définir les contours d'une éventuelle responsabilité²⁰. Une fois que cet objet est clairement identifié, l'administrateur mandataire devra l'exécuter. Cette exécution fait naître une série d'obligations à la fois à la charge de l'administrateur et du conseil d'administration. En effet une coopération est attendue des acteurs en présence, afin que l'objet sur lequel porte le mandat soit réalisé. Puis, c'est uniquement sur cette base, à savoir la mauvaise exécution ou l'inexécution fautive du mandat que la responsabilité individuelle de l'administrateur peut être engagée, même si le recours au mandant qui est le conseil d'administration est toujours envisageable.

L'étude sur la notion de mandat spécial, reconnu comme le premier contexte de mise en œuvre de la responsabilité individuelle de l'administrateur exige de s'appesantir sur son objet (A) et les obligations (B) qui en découlent.

A- L'objet du mandat spécial

L'objet désigne la prestation attendue. Dans le cadre du mandat spécial c'est la prestation que s'engage à fournir l'administrateur, au conseil d'administration. Mais pour cela il faudrait que le mandataire en sache la teneur. C'est le préalable de la détermination de l'objet du mandat spécial (1).

Les procédures au sein du conseil d'administration requièrent le vote délibératif pour adopter toute décision. Une fois l'objet du mandat spécial déterminé il devra par la suite requérir les suffrages des membres du conseil d'administration au cours d'un vote. C'est la validation de l'objet du mandat spécial (2).

1- L'exigence de la détermination de l'objet du mandat spécial

²⁰ La responsabilité dans le cadre du mandat spécial répond à trois critères essentiels à savoir : l'exécution tardive, la mauvaise exécution et l'inexécution fautive.

Les dispositions des actes uniformes sur le mandat spécial révèlent l'intérêt que témoigne le législateur au sujet du caractère déterminé du mandat. Il ne saurait donc avoir de mandat spécial pour l'administrateur, sans au préalable en définir avec exactitude l'objet. Le mandat spécial confère à l'administrateur mandataire un pouvoir en vue d'une mission spécifique, qui forme l'objet de l'obligation.

Cela a été confirmé par la CCJA dans une décision de sa deuxième chambre : » *Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 437 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE au motif qu'il a retenu que monsieur Sidy Alpha CISSE pouvait contracter un emprunt bancaire pour le compte de la société sans l'autorisation du conseil d'administration alors, selon le moyen, que seul le conseil d'administration peut, par mandat spécial, conférer ce pouvoir à un de ses membres ; Mais attendu qu'aux termes de l'article 437 de l'Acte uniforme sus indiqué, « le conseil d'administration peut conférer à un ou plusieurs de ses membres, tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés ; » ;*

Qu'il ressort de cet article que le conseil d'administration peut donner à un ou plusieurs membres, un mandat spécial pour examiner une question spécifique ; que le mandat spécial n'est pas une condition de validité des actes passés par le membre du conseil d'administration ; que la cour, en se fondant sur les dispositions de l'article 121 du même Acte uniforme déterminant les pouvoirs des dirigeants sociaux qui peuvent engager la société sans avoir à justifier d'un mandat spécial, n'a pas violé l'article visé au moyen ; que le moyen n'est pas fondé ; ²¹»

La réflexion sur la détermination de l'objet du mandat spécial conduit de prime à bord à penser que le conseil d'administration ne peut solliciter l'administrateur d'agir au-delà de ses propres compétences, et aussi qu'en absence d'objet déterminé, le mandat est inexistant. Ces compétences sont nombreuses, leur vacuité pour certaines conduit à une incontestable imprécision²². Mais de façon générale l'objet du mandat spécial à notre sens peut être double: d'une part la représentation et d'autre part l'accomplissement d'un acte juridique.

²¹ CCJA, Assemblée plénière arrêt no 78/2015 du 29 Avril 2015.

²² C'est le cas par exemple lorsque l'AUDSC institue que le conseil d'administration peut faire tout contrôle opportun.

La représentation²³ est un procédé juridique qui permet à une personne, appelée le représentant d'agir en lieu et place d'une autre personne, appelée le représenté. Autrement dit représenter, c'est rendre présent, être devant, mettre devant les yeux ou devant l'esprit de quelqu'un²⁴. Le représenté sera rendu présent sur la scène juridique par l'intermédiaire du représentant. Par ailleurs il est souvent invoqué la distinction entre la représentation parfaite et la représentation imparfaite. Dans la représentation parfaite, l'administrateur mandataire fait savoir aux tiers qu'il agit au nom et pour le compte du conseil d'administration. Par contre dans la représentation imparfaite, l'administrateur agit sans révéler qu'il a été mandaté par le conseil d'administration.

De façon générale la représentation semble dégager trois volontés: la volonté du conseil d'administration, qui a donné à l'administrateur un pouvoir de représentation, c'est-à-dire le pouvoir d'agir; La volonté de l'administrateur d'agir pour le compte du conseil d'administration et la volonté du tiers-contractant de traiter avec le conseil d'administration, par l'intermédiaire de l'administrateur. Au cours de cette opération de représentation, l'administrateur agit librement et de façon personnelle, ce qui induira de facto une responsabilité individuelle, comme pour l'accomplissement d'un acte juridique autre objet véritable sur lequel peut porter le mandat.

Envisager l'acte juridique peut sembler inopérant tant nous avons déjà consacré une étude sur la représentation. L'on peut se dire que l'acte juridique constitue l'objet de cette représentation. Mais nous avons voulu les analyser comme des objets potentiels du mandat spécial. Un acte juridique peut être unilatéral ou bilatéral. L'acte juridique unilatéral commande la manifestation de la volonté d'une seule personne. Il peut être considéré comme une délégation de pouvoir déguisée. A ce propos un auteur affirme dans sa thèse : « *Le conseil d'administration est un organe intermittent de décision et de représentation de la société anonyme. Il se réunit de façon périodique ou intervient pour se saisir d'une situation ponctuelle. Sa nature collégiale peut cependant entraver la rapidité de la préparation et de la prise de certaines décisions. C'est pourquoi le*

²³ DIDIER (PH.), *De la représentation en droit privé*, coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 339, 2000 : l'auteur oppose la représentation objective propre aux situations qu'ils qualifient de fermées et dans laquelle le représentant n'a aucun pouvoir d'appréciation à la représentation fiduciaire mise en place dans les situations ouvertes, c'est-à-dire dans celles qui supposent un contrôle du représentant dès lors que ce dernier bénéficie d'une marge de manœuvre plus large.

²⁴ BLOCH (O.), VON WARTBURG (W.), *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, Coll. Quadrige, 3^{ème}éd., 2008 V. Représentation.

législateur dans le but de lui faciliter l'exercice de ses fonctions lui permet de « confier à un ou plusieurs de ses membres tous mandats spéciaux pour un ou plusieurs objets déterminés ». Mais la qualification de mandats spéciaux est récusable à plusieurs égards et le mécanisme se contient mieux dans le procédé de délégation de pouvoirs. «²⁵

Quoiqu'il en soit, l'objet du mandat spécial doit être déterminé et ensuite subir le rituel du vote pour sa validation aux cours des délibérations du conseil d'administration, organe collégial.

2- La validation de l'objet du mandat spécial

Toute décision du conseil d'administration doit faire l'objet d'une délibération du conseil d'administration, et le mandat spécial délivré à l'administrateur ne saurait y faire exception. Les administrateurs rassemblés au sein du conseil d'administration forment un collège, c'est-à-dire que le conseil d'administration est un organe distinct de la personnalité des administrateurs, qui prend ses décisions en son nom, indépendamment des décisions individuelles de ces derniers. A priori, le conseil d'administration doit se réunir dès lors que l'intérêt de la société l'exige. Les statuts de la société prévoient généralement la périodicité des réunions. Ils déterminent les délais et les modalités de convocation des administrateurs aux réunions du conseil d'administration et Durand-Barthez semble si bien résumer cette réalité en ces termes « *Le bon sens veut que si les administrateurs ne sont pas convoqués avec un préavis suffisant, ils risquent de ne pas assister, de ne pas voter des décisions qu'ils n'auront pas eu le temps de préparer*²⁶. » C'est donc dire l'importance de la liberté reconnue au président du conseil d'administration pour convoquer le conseil d'administration.

Des aménagements particuliers peuvent être apportés par les statuts à condition qu'il ne soit pas dérogé au principe du délibératif qui est impératif. Sauf disposition statutaire particulière, la moitié au minimum des administrateurs devra être présente à la délibération et la décision devra être adoptée à la majorité simple des voix²⁷. Il faut comprendre aisément que la décision de

²⁵ Diène. La délégation de pouvoirs dans les sociétés commerciales de droit OHADA, Université de Bordeaux et Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2018. p. 35.

²⁶ DURAND-BARTHEZ (P.) op cit p. 295.

²⁷ Article 454 AUDSC.

conférer une mission²⁸ à l'administrateur n'est pas l'affaire du président du conseil d'administration. Cela relève d'une décision du conseil d'administration.

Des modalités pratiques sont érigées par la législation OHADA pour s'assurer de bonnes conditions dans l'ensemble du processus de vote. Il s'agit entre autre de la participation au vote. Cette dernière peut être physique au virtuel. En effet les administrateurs peuvent participer physiquement aux délibérations du conseil d'administration. Le législateur africain en cas d'empêchement à cette participation physique permet aux absents de faire représenter. Il s'agit notamment du vote par procuration. Le législateur a fait preuve d'une certaine flexibilité en permettant qu'un administrateur absent puisse donner mandat à un autre²⁹.

Relativement au vote virtuel il faut souligner que le législateur est en accord avec les évolutions technologiques³⁰. Une fois de plus le législateur OHADA a tenu à ce que l'administrateur au-delà d'une absence physique puisse exercer de façon adéquate sa mission à l'occasion d'une délibération du conseil d'administration. Il ne faut pas oublier que le conseil d'administration est soumis aux conditions de quorum et de majorité étant donné que ses décisions sont soumises à la collégialité.

Cette mesure est à saluer quand on sait qu'il est possible d'appartenir à plusieurs conseils d'administration. Cette technique vise à réguler le problème de l'indisponibilité physique. Il appartiendra donc à l'administrateur d'user de cette voie offerte pour faire connaître auprès de ses pairs son avis sur les sujets portés à la délibération du conseil. Mais il faudrait par ailleurs souhaiter une ouverture dans les statuts de la société commerciale.

Une fois le mandat spécial ayant rempli toutes les conditions pour sa validité, l'administrateur devra l'exécuter.

B- L'exécution du mandat spécial

Une fois le mandat spécial validé par le canal usuel du vote délibératif, il revient à l'administrateur d'accomplir la mission qui lui a été confiée par le conseil d'administration. C'est

²⁸ WICKER (G.) « La théorie de la représentation dans les actes juridiques en droit français. In : la représentation en droit privé. » 6ème journées franco-allemandes. Société de législation comparée, 2016. p. 53.

²⁹ Article 456 AUDSC.

³⁰ Article 454-1 : « Si les statuts le prévoient, les administrateurs qui participent aux travaux du conseil par visioconférence ou par d'autres moyens de télécommunications permettant leur identification et garantissant leur présence effective peuvent voter oralement. ».

d'ailleurs son action ou son inaction à la suite de ce mandat délivré qui sera pour un contexte de responsabilité individuelle bien établi. Une étude sur l'exécution du mandat spécial recoure à l'ensemble des obligations qui incombent aux acteurs en présence. Il existe pour le conseil d'administration en sa qualité de mandant de nombreuses contraintes notamment l'obligation de remboursement des frais³¹. Une autre obligation qui lie le conseil d'administration à son mandataire dans l'exécution du mandat spécial est sans nul doute l'obligation pour cet organe de répondre des actes fautifs du conseil de l'administrateur. L'administrateur pourra appeler en garantie le conseil d'administration mandant.

S'agissant de l'administrateur il est tenu à de nombreuses obligations dans le cadre de l'exécution du mandat spécial qui lui est confié. Il nous semble plus intéressant d'y consacrer nos prochains développements étant donné qu'elles vont nous permettre de mieux comprendre l'hypothèse d'une responsabilité individuelle étudiée dans le contexte induit par le mandat spécial. Il s'agira de la diligence (1) et de la loyauté (2).

1- L'exécution diligente

L'exécution diligente du mandat spécial par l'administrateur demande de prime à bord que ce dernier s'investisse personnellement pour remplir la mission qui lui a été confié. A cette exécution personnelle il est exigé à l'administrateur de s'éclairer de façon suffisante pour mieux accomplir le mandat dit spécial. Le devoir de diligence peut se résumer ainsi : « *agir avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente* »³². Afin de savoir si l'administrateur a agi conformément à son devoir de prudence et diligence la question suivante doit-être posée : Est-ce que l'administrateur fait montre de suffisamment de prudence, de soin et d'attention? S'il est possible de répondre par l'affirmative, les actes de l'administrateur seront normalement considérés conformes à leur devoir de diligence. Ainsi, on ne parle pas ici d'une obligation de résultat, mais bien d'une obligation de moyen. L'administrateur doit être en mesure de démontrer qu'il a pris les précautions nécessaires et a été proactif afin de s'assurer de l'exécution efficiente du mandat spécial.

Dans l'accomplissement de sa charge, le mandataire doit agir avec diligence. Agir diligemment signifie que le mandataire doit agir avec célérité, sinon dans des délais raisonnables.

³¹ V. Art. 432 AUDSC.

³² CHARREAUX (G.) et PITOM-BELIN (J-P.), *Le conseil d'administration*, éd. Vuibert gestion, 2003, p.185.

Ainsi, l'obligation de diligence réfère à la norme de conduite objective de la personne avisée, placée dans les mêmes circonstances. L'administrateur doit agir promptement afin d'éviter tout retard qui serait préjudiciable aux intérêts de la société coopérative ou alors anonyme selon le cas.

Dans le même ordre d'idée l'administrateur mandataire doit mettre à profit la faculté d'initiative afin de protéger au mieux les intérêts de son mandant³³, ce qui implique ne pas contracter s'il n'obtient pas les conditions suffisamment favorables. La diligence dans son effectivité³⁴ implique agir avec persévérance, et mener le mandat jusqu'à son terme en dépit des obstacles. L'OHADA ne l'a pas défini même si il l'a abordé de façon indirecte. En France le devoir de loyauté du dirigeant est une création jurisprudentielle. . Afin que l'administrateur mandataire exécute efficacement le mandat spécial à lui confié par le conseil d'administration, il doit au-delà des compétences personnelles qui peuvent être requises pour une telle mission, user des mécanismes mis sur pieds par le législateur OHADA en matière d'information. Cela revient à dire que l'administrateur dans l'exécution de sa mission doit être à la recherche permanente des outils qui lui permettront de jauger au mieux la situation de la société avant de l'engager.

Le devoir de diligence auquel est soumis l'administrateur s'analyse dans la recherche d'information de l'administrateur, outil très efficace³⁵ dans l'exécution de son mandat spécial. Et le Professeur MOUTHIEU l'a réaffirmé « *Les administrateurs qui se plaignent d'un déficit d'information ne sont pas rares.*³⁶ » Le législateur OHADA l'a érigé en droit mais nous pensons que il devrait se muter en devoir pour le membre du conseil d'administration.

La participation diligente de l'administrateur est facilitée par le recours aux comités³⁷. Ces comités ont un rôle en amont qui est d'analyser certains sujets avant que le conseil d'administration ne puisse en délibérer. Mais avant la législation OHADA c'est à la jurisprudence française que l'on doit la reconnaissance d'un droit d'information. Le fondement de cet article 465

³³ Il s'agit aussi des intérêts des associés qui sont les premiers et uniques bénéficiaires des dividendes sociales.

³⁴ « Effectivité », Le Robert, 2010. On entend par le terme effectif le fait d'avoir un effet concret, positif. L'effectivité étant la qualité qui en découle. Plus précisément, l'effectivité s'entend, en droit, « du degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles », « Effectivité », ARNAUD (A.-J.), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 2ème éd., 1993.

³⁵ « Efficacité », Le Robert, 2010. L'efficacité s'entend de ce qui produit l'effet attendu. En droit, elle se définit plus spécifiquement comme : « le mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent ». « Efficacité », A.-J. ARNAUD, op. cit..

³⁶ MOUTHIEU (M.A), *L'intérêt social en droit des sociétés*, L'Harmattan, 2016, p 109.

³⁷ V. l'article 437 al.2 AUDSC.

AUDSC réside dans la nature même de la mission et dans la responsabilité que peut encourir l'administrateur mandataire. L'administrateur doit être mis en mesure d'assurer sa mission en toute connaissance de cause. Si l'administrateur n'a pas de pouvoir individuel, en raison de la collégialité des décisions prises au sein du conseil, le droit à l'information demeure un droit individuel. Les informations et les documents doivent ainsi être adressés à chacun des administrateurs par le président ou le directeur général avant la tenue de la séance du conseil, dans un délai suffisant.

Cette obligation de communication s'apprécie en fonction de l'objet du mandat à exécuter. Si la communication doit être spontanée, l'administrateur peut aussi demander par voie judiciaire la communication, par le président du conseil, d'une information qu'il estime nécessaire à l'exercice de sa mission car comme l'affirmait RENAN : « *Savoir c'est pouvoir.* »³⁸ L'administrateur peut être dans une attitude passive c'est-à-dire attendre que l'information lui soit apportée par le président du conseil d'administration.

En contrepartie de ce devoir d'information il pèse sur l'administrateur un devoir de discrétion³⁹. Premièrement, la loi elle-même encadre ce devoir de discrétion en imposant certaines obligations de reddition et de communication aux administrateurs. Deuxièmement, l'obligation de confidentialité couvre en principe uniquement les informations dont l'administrateur a connaissance dans l'exercice de son mandat spécial. Il convient également de préciser qu'une fois qu'un administrateur a acquis une information dans l'exercice des fonctions, celui-ci ne peut pas la divulguer même si son mandat a pris fin. Enfin, le devoir de discrétion ne s'impose à l'administrateur que lorsque la communication de l'information est susceptible de nuire à la société.

En plus du devoir de diligence, il est exigé à l'administrateur au cours du mandat spécial un devoir de loyauté.

2- L'exécution loyale

³⁸ BAILLOD (R), *L'information des administrateurs de SA*, RTD Com. 1990, p.1, spéc. n°1, en citant Ernest RENAN.

³⁹ Art. 455 AUDSC.

La loyauté⁴⁰ est d'abord une disposition de l'esprit humain. De nombreuses autres dispositions d'esprit en sont proches, parmi lesquelles : la fidélité, la fiabilité, la probité, l'honnêteté, la droiture. Dans le cadre de la présente étude nous avons choisi d'utiliser l'expression « *devoir de loyauté* »⁴¹ pour renvoyer à une norme de conduite à laquelle est soumis l'administrateur dans l'exécution de son mandat spécial.

En droit des sociétés, la loyauté de l'administrateur est entendue comme l'adoption d'un comportement honnête. Ce devoir exige de la part du membre du conseil d'administration de toujours promouvoir l'intérêt social au détriment de tout intérêt personnel. Le devoir de loyauté imposé à l'administrateur mandataire est, à quelques menues différences près, identique aux devoirs fiduciaire de common law en droit anglo-saxon. Dans le domaine du droit des sociétés, le devoir de loyauté semble avoir un fondement délictuel ou légal et non pas contractuel.

L'exécution loyale du mandat spécial de l'administrateur a deux conséquences principales : la première de toujours agir dans l'intérêt de la société et la seconde de ne pas être motivé par un intérêt personnel tel qu'il soit. Ainsi donc l'intérêt social sera la boussole qui guidera en cas de responsabilité individuelle dans l'exécution du mandat spécial. Bien que la notion d'intérêt social ne soit pas appréhendé par le législateur OHADA, il n'en reste pas moins que c'est un critère essentiel dans l'accomplissement de la mission de l'administrateur mandataire.

Le devoir de loyauté est exigé à l'administrateur pour la société d'abord à travers le conseil d'administration qui l'a mandaté. En effet, un administrateur doit agir dans le meilleur intérêt de la société⁴² et non dans son propre intérêt, ni dans celui d'un tiers. En cas de violation de cette obligation de loyauté, les parties prenantes concernées bénéficient de plusieurs recours. Le devoir de loyauté est bénéfique aussi pour les associés. Faut-il le rappeler c'est l'assemblée générale qui

⁴⁰ V. MARTIN, « la loyauté dans l'exécution d'un contrat », Gaz. Pal., 2012, n° 144 ; GREVAIN LEMERCIER (K), « Le devoir de loyauté des dirigeants, le retour », Gaz. Pal., 2012, n° 41, p. 7 ; L. NURITPONTIER, « La loyauté en droit des sociétés », Actes pratiques et ingénierie sociétaire, mars 2011, n° 116, p. 6.

⁴¹ La Cour de cassation dans un arrêt du 27 février 1996, dit Vilgrain, a rejeté le pourvoi aux motifs « *qu'une obligation d'information*⁴¹ pèse sur le cessionnaire sur la valeur des actions cédées, sur le fondement « du devoir de loyauté⁴¹ qui s'impose au dirigeant d'une société à l'égard de tout associé ».

⁴² Cf. VIANDIER (A.), « l'intérêt social est le concept majeur du droit des sociétés », cf. Bull. Joly. Bourse, 1993, p. 4. V. aussi Claude BAILLY-MASSON, L'intérêt social, une notion fondamentale, Petites affiches, 09 novembre 2000, n° 224 ; A. CONSTANTIN, L'intérêt social, quel intérêt ? : Etudes B. MERCADAL éd. Francis Lefebvre 2002, p. 317 et s. spéc. n° 28 et s.

nomme les administrateurs. Ils attendent donc de ces derniers un total dévouement tout au long de leur fonction en qualité de membre du conseil d'administration.

Le mandat spécial est le premier contexte que nous avons identifié pouvons induire à la responsabilité individuelle de l'administrateur. Mais il faut noter que il n'est pas seul : la gestion de fait étant le second contexte identifiable. Page | 150

II-LA GESTION DE FAIT DE L'ADMINISTRATEUR

Le législateur OHADA n'aborde pas expressément la gestion de fait. Mais une interprétation des dispositions des articles 299 et 300 de l'acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique permet d'envisager cette notion. En effet l'article 299 AUDSC dispose : *« L'associé ou les associés commanditaires ne peuvent faire aucun acte de gestion externe, même en vertu d'une procuration. »* En d'autres termes, il existe une interdiction formelle pour les associés dans le cadre de la société en commandite simple de poser des actes de gestion. Ce qui revient à dire, qu'au cas où ils enfreindraient cette règle ils se trouveront en situation de gestion de fait. Et la sanction en est très lourde à la lecture des dispositions de l'article 300 : *« En cas de contravention à la prohibition mentionnée à l'article précédent, l'associé ou les associés commanditaires sont obligés indéfiniment et solidairement avec les associés commandités pour les dettes et engagements de la société qui dérivent des actes de gestion qu'ils ont fait. »* Nous pouvons étendre ces dispositions à l'administrateur.

La gestion de fait est un contexte favorable l'éclosion de la responsabilité individuelle de l'administrateur. Contrairement au mandat spécial, objet des précédents développements, la gestion dite de fait s'opère en dehors de toute régularité. Ici, l'administrateur s'approprie des pouvoirs de gestion ou d'administration qui ne lui ont pas été légalement attribués. Dans un arrêt la CCJA vient le rappeler : *« Attendu en effet qu'aux termes des dispositions des articles 23.1 et 28.1 du Règlement de procédure de la Cour de céans tout avocat doit produire un mandat spécial à lui délivré par la partie qu'il représente ; ce mandat devant nécessairement émaner d'un représentant qualifié ; que par ailleurs, les dispositions des articles 465 et 468 de l'Acte uniforme sur les sociétés commerciales et le groupement d'intérêt économique précisent bien que seul le Président Directeur général a qualité pour représenter la société et en cas d'empêchement de celui-ci, un administrateur délégué par le conseil d'Administration ; Qu'aucune disposition dudit Acte uniforme n'autorise un administrateur d'une société à la sans mandat du*

conseil d'administration ou à se prévaloir de la qualité de Directeur général en l'absence du représentant légal ; qu'en l'espèce, il ressort des pièces du dossier de la procédure que le Directeur général de la SOTROPAL est Monsieur Mohamed Fadiga, seul habilité à délivrer un mandat de représentation à un avocat et pas Monsieur Malick Fadiga qui est un administrateur comme le reconnaît la Société intéressée dans ses écritures du 19 janvier 2009 ; qu'il s'ensuit que le mandat délivré à l'avocat par un administrateur n'ayant pas reçu mandat à cette fin n'est pas valable ;

Qu'ainsi, le recours en cassation de la SOTROPAL doit être déclaré irrecevable pour violation des articles 23-1 et 28-4 du Règlement de procédure de la Cour de céans⁴³ ; »

L'étude sur la gestion de fait oblige à lui donner un contenu juridique étant donné qu'elle est une notion presque inconnue de la législation OHADA ; Ainsi donc nous envisagerons la gestion de fait inhérente à la personne de l'administrateur (A) et la gestion de fait tenant aux actes de l'administrateur (B). Tout en indiquant que ces deux critères sont inclusifs afin de retenir la qualification de gestion de fait et non de gestionnaire de droit⁴⁴, et par conséquent conduire au contexte d'une responsabilité individuelle pour l'administrateur.

A- La gestion de fait tenant à la personne de l'administrateur

D'entrée de jeu, il convient de définir ce que l'on entend par pouvoir de gestion avant d'envisager les personnes ou organes qui en sont dépositaires. Certains juristes s'appliquent à établir une différence entre la gestion, l'administration et la direction d'une société. Des auteurs tels que JUGLART et IPPOLITO affirment d'ailleurs : « Il y a lieu de distinguer des fonctions bien différentes... Gérer, c'est choisir une politique de l'entreprise, diriger ou "contrôler" c'est voir si la politique choisie et décidée est bien exécutée.⁴⁵»

Le Professeur PAILLUSSEAU quant à lui, distingue entre l'administration et la direction : «Administrer une entreprise, c'est établir une politique générale, c'est approuver des budgets prévisionnels; diriger l'entreprise, c'est essentiellement mettre en application la politique adoptée

⁴³ CCJA, 2^e ch. Arrêt No 24/ 2013 du 18 Avril 2013.

⁴⁴ FENEON (A.), *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence- Lextenso éditions, 2015. P 315.

⁴⁵ Cf. RIVES-LANGE (J.-L.), La notion de dirigeant de fait (au sens de l'art. 99 de la loi du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens), D. 1975, Chron. p. 41, n° 5.

par l'organe d'administration.⁴⁶». Les Professeurs RIVES-LANGE et NOTTE affirment que les termes «direction», «gestion» et «administration» sont, lato sensu, équivalents⁴⁷ car ils désignent un ensemble de pouvoirs attribués par la loi et les statuts à une ou plusieurs personnes pour conduire l'activité d'une personne morale⁴⁸. C'est cette conception que nous retiendrons car elle rend mieux compte de la position de la jurisprudence dans la sanction de toute immixtion irrégulière dans la gestion d'une société.

Le premier critère pour qualifier une gestion de fait est en rapport avec la personne même contre qui elle est invoquée comporte deux principales considérations : la première l'absence de qualité légale à gérer la société (1) et l'exercice d'un pouvoir de gestion (2).

1- L'absence de qualité légale à gérer la société

Il ne s'agit pas de s'intéresser à toutes les formes de société telle que prévu par la réglementation en vigueur mais de s'intéresser uniquement à celles ayant un conseil d'administration notamment la société anonyme et la société coopérative. Car l'objet de la présente analyse est de montrer le caractère illicite de la gestion opérée par l'administrateur. Dans la société anonyme, il y a deux personnages investis du pouvoir de gestion d'abord le président directeur général et le directeur général selon que les pouvoirs de gestion et d'administration sont cumulés ou pas.

Le directeur général dispose des pouvoirs⁴⁹ les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Ces pouvoirs sont limités par l'objet social et par ceux expressément attribués aux organes sociaux. Il détient le pouvoir exécutif. Il peut s'agir d'un membre du conseil d'administration. La durée de ses fonctions n'a pas de limite. Le Directeur général n'est pas obligé d'être administrateur, sauf s'il cumule le poste de président du conseil d'administration. Le président directeur général quant à lui a des pouvoirs encore plus étendus. En effet en dehors de la charge inhérente à la direction de la société il est aussi investi du pouvoir en sa qualité de président du conseil d'administration. Ainsi que ce soit le président directeur général ou le directeur général,

⁴⁶ Ces auteurs sont cités par NZE NDONG Dit Mbele (J.R). V. Thèse sur Le dirigeant de fait en droit privé français. Droit. Université Nancy 2, 2008.

⁴⁷ RIVES-LANGE (J.-L.), op. cit., p. 41 n° 10 ; G. NOTTE, op. cit., p. 110 ; du même auteur, La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives, JCP. CI. 1980, 8560, n° 7.

⁴⁸ Tout dépendra du type de sociétés, chaque société ayant des règles propres à son fonctionnement comme l'a voulu l'AUDSC.

⁴⁹ Il assure la direction générale de la société et la représente à l'égard des tiers ; V. Article 487 al.1.

ils sont recouverts de l'onction légale du législateur OHADA pour diriger la société anonyme. Il en est de même dans la société coopérative où le titulaire du pouvoir de gestion est légalement identifié.

D'après les textes⁵⁰ de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, il existe deux types de coopératives quel que soit le domaine dans lequel la coopérative exerce: la société coopérative simplifiée et la société coopérative avec conseil d'administration. Nul n'est besoin de rappeler que la société coopérative qui nous interpelle dans le cadre de cette recherche est celle avec conseil d'administration.

La coopérative constitue une des alternatives au mode d'organisation et de fonctionnement de l'entreprise. Le neuvième Acte uniforme est un texte communautaire qui a pour but d'harmoniser les législations coopératives nationales des Etats parties. Il se substitue depuis le 15 mai 2013 aux règles nationales et statutaires contraires aux exigences de l'OHADA. Selon les règles applicables à la société coopérative avec conseil d'administration le pouvoir de gestion repose entre les mains du chargé de direction.

Il serait donc illégal pour l'administrateur qui n'a pas été porté à une fonction de direction d'exercer un pouvoir de gestion. Encore qu'une délégation ne saurait être envisagée dans ce cadre précis. Le chargé de direction la société coopérative jouit des mêmes prérogatives que le directeur général ou le président directeur général d'une société anonyme. Il ne nous semble guère utile de faire un examen sur la consistance de ce pouvoir de gestion. Cette identification des personnes légalement chargées de gérer la société nous fait comprendre que l'administrateur membre de conseil d'administration n'a pas été convoqué à cette tâche.

Si l'immixtion de l'administrateur dans la gestion de la société est recouverte d'illégalité c'est à cause du dispositif législatif qui lui confère des attributions bien particulières. Le pouvoir d'information est l'un des pouvoirs reconnus à l'administrateur. Il s'analyse en la faculté qu'a l'administrateur à accéder aux informations de la société. La contrepartie liée à cette prérogative

⁵⁰ Sur la société coopérative V. les travaux du Professeur MONEYANG NANDJIP dans l'encyclopédie du Pr. Paul-Gérard POUGOUE.

est le devoir de discrétion ; A côté de ce pouvoir d'information⁵¹ l'administrateur a aussi un pouvoir délibératif.

Son avis est attendu lors des travaux du conseil d'administration. Même s'il s'agit d'un organe collégial, la part de tout administrateur est attendue lors des délibérations. Le législateur africain met un point d'honneur à cette participation, et organise même les cas d'absence physique aux réunions du conseil d'administration. Ce pouvoir délibératif est aussi encadré par la possibilité pour l'administrateur de se mettre en marge d'une décision qui serait prise par le conseil d'administration et qui n'aurait pas son assentiment. Il est le seul juge de son opinion et ne devrait en aucun cas être influencé. Compte tenu de la vision qui peut différer sur certains sujets la pratique organise la possibilité pour l'administrateur de s'opposer à une décision du conseil d'administration qui pour des raisons qui lui sont personnelles ne serait pas opportune et peut être à la limite préjudiciable pour l'organisation. Il s'agit de la décharge⁵².

La gestion de fait tenant à la personne de l'administrateur va bien au-delà de l'absence de qualité légale pour tenir compte de l'exercice effectif du pouvoir de gestion.

2- L'exercice d'un pouvoir de gestion par l'administrateur

L'exercice du pouvoir de gestion est une condition impérative pour la qualification d'une gestion de fait. Si par les développements précédents l'on a pu se convaincre que les dépositaires de ce pouvoir étaient limitativement énoncés dans les dispositions de la législation OHADA, à cela il faut accoler le critère d'un usage effectif même si illicite du pouvoir de gestion par l'administrateur. Etant donné la multiplicité de forme que peut revêtir la pouvoir de gestion il serait opportun d'entrevoir des clarifications sur cette notion afin de comprendre véritablement le contenu d'un tel pouvoir.

Comme le suggère l'auteur NZE NDONG : *» Le pouvoir de gestion d'une société est une aptitude générale à conduire les affaires de cette personne morale. Il désigne l'ensemble des*

⁵¹ DEVOGELE (J.-L), « L'administrateur de la société anonyme et son rapport individuel à l'information : droit d'investigation et devoir de discrétion », D.A.O.R., n° 1, 2007, pp. 54 et 57 ; B. Feron et J. Meunier, « La « double casquette » de l'administrateur de société anonyme », J.T., n° 5983, 2000, p. 696 ; B. Tilleman, L'administrateur de sociétés, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 482-483 ainsi que les nombreuses références reprises aux notes de bas de page 48 à 51 ; H. Olivier et K. Deboek, Vademecum de l'administrateur de société anonyme, 5ème éd., Creadif, Bruxelles, 1996, p.46.

⁵² Encore appelée désolidarisation, la dissidence est un moyen pour l'administrateur de se prémunir contre le caractère collégial des décisions du conseil d'administration.

*compétences que le droit positif reconnaît à une personne ou à un organe pour exprimer la volonté d'une personne morale*⁵³.» L'administrateur est un membre du conseil d'administration. Eu égard à ce statut quelque soit le pouvoir de gestion qu'il va exercer en tant que dirigeant de fait, celui-ci est forcément illégal. La nature du pouvoir exercé par l'administrateur est donc illicite. C'est une conséquence directe de l'absence de qualité à diriger la société.

En effet l'administrateur exerce un pouvoir reconnu aux dirigeants de droit. Ainsi selon les divers arrêts rendus par la Cour de cassation, le dirigeant de fait se définit comme : « *celui qui en toute indépendance et liberté exerce une activité positive de gestion et de direction et se comporte, sans partage, comme « maître de l'affaire* ⁵⁴ ». Il va exercer une activité positive de gestion et de direction de l'entreprise sous le couvert et en lieu et place du représentant légal.

Afin d'envisager la gestion de fait de l'administrateur il faut que l'exercice du pouvoir de gestion dont il s'empare obéisse à certaines exigences. L'on parle souvent d' »*immixtion* ⁵⁵» Mais la question demeure de savoir comment peut s'analyser cette immixtion ? En somme, l'attribution de la qualité de dirigeant de fait à une personne suppose que celle-ci a indûment participé à la gestion de la société, qu'elle a violé le principe de non immixtion dans la gestion de cette société. L'immixtion dans la gestion de la société est l'exercice indu, par une personne, du pouvoir que le droit reconnaît normalement au dirigeant social régulièrement désigné. Elle est l'élément matériel de l'irrégularité du pouvoir de gestion du dirigeant de fait. Il n'est pas inintéressant d'examiner comment s'établit l'immixtion d'une personne dans la gestion de la société pour, éventuellement, attribué à l'auteur de cette immixtion, la qualité de dirigeant de fait. L'immixtion dans la gestion de la société est une question de fait soumise, comme telle, à l'appréciation souveraine des juges du fond.

A la suite de ces critères de la gestion de fait relevant de la personne de l'administrateur il convient de relever ceux qui se rattachent aux actes posés.

B- La gestion de fait tenant aux actes de l'administrateur

⁵³ NZE NDONG Dit MBELE (J.R.) op. cit. p.46.

⁵⁴ Cour de Cassation. .Com.10/10/1995.

⁵⁵ Un arrêt de la Cour de Cassation en date du 25 janvier 1994.

Il ne peut y avoir gestion de fait de l'administrateur, si ce dernier ne pose pas de actes dits de « *gestion*⁵⁶ ». Ces derniers témoignent de sa volonté de s'affirmer comme dirigeant véritable de la société. Comme le suggère NZE NDONG ces actes doivent être accomplis par l'administrateur dans une certaine indépendance, et sans aucune forme de subordination pour que la qualification de dirigeant de fait soit retenue contre lui : » *Ainsi, l'indépendance est de l'essence de toute activité de direction de droit ou de fait d'une personne morale. Elle peut être considérée comme le critère commun ou permanent de l'autonomie d'une activité de gestion.*⁵⁷».

Une certaine conceptualisation a été faite sur la notion d'acte de gestion qui définit ses déterminants qui sont à la fois restrictifs et extensifs. Dans sa conception restrictive, les actes de gestion sont les actes émanant des dirigeants sociaux. La qualité de dirigeant social confère directement le caractère d'acte gestion aux actes posés par celui-ci. Cette conception n'est pas partagée par une certaine jurisprudence qui refuse parfois de soumettre les actes des dirigeants sociaux à des actes de gestion. L'approche extensive quant à elle appréhende l'acte de gestion comme « *celui rentrant normalement dans l'attribution des organes de gestion*⁵⁸».

Ces deux approches ne permettent pas véritablement de donner une définition sans équivoque à la notion d'acte de gestion. Madame Marteau-Petit adopte une conception large de la notion d'acte de gestion qu'il convient de relever. Selon cette auteure c'est « *l'acte qui, ne ressortissant ni au contrôle, ni au fonctionnement social, permet l'accomplissement de l'activité sociale et dont le contenu, variable selon les dispositions en cause, peut être étendu plus ou moins largement selon que sont visés uniquement les pouvoirs des dirigeants sociaux ou que s'y ajoutent de manière résiduelle, ceux de l'assemblée.*⁵⁹ »

L'administrateur ne saurait exercer un pouvoir de gestion sans poser des actes de gestion. Notre intérêt sera porté sur la nature des actes de gestion posés par l'administrateur gestionnaire de fait (1) et leur finalité qui semble indiscutablement l'intérêt social (2). Toutefois il faut relever que l'accomplissement seul des actes de gestion est un critère insuffisant pour retenir la

⁵⁶ Sur l'acte de gestion, voir Mémento pratique LEFEBVRE (F.), *Sociétés commerciales*, 2001, n° 1903 et s. JEANTIN (M.), *Droit des sociétés*, Montchrestien, 3^eéd., 1994, no268. MARTEAU-PETIT (M.) La notion d'acte de gestion et le droit des sociétés, thèse Paris II, 1992.

⁵⁷ NZE NDONG Dit MBELE (J.R.), op.cit. p 132.

⁵⁸ MESSAI-BAHRI (T.), *La responsabilité civile des dirigeants sociaux*, thèse précitée, p. 59.

⁵⁹ CUIF (P.-F), *Le contrat de gestion*, Economica, 2008, p. 326.

qualification de dirigeant de fait contre l'administrateur. Ce dernier devrait aussi et de façon non interrompue s'intéresser aux affaires sociales.

1- La nature des actes de gestion

Si, il ne fait aucun doute sur la qualité des actes dans une gestion de fait qui sont des actes de gestion encore faudrait-il circonscrire leur nature. Les actes de gestion d'un dirigeant de droit recouvrent deux réalités : l'une interne à la société et l'autre externe à la société. Cette transposition doit être faite à l'administrateur gestionnaire de fait, car il agit comme un dirigeant de droit. Ses actes seront donc à la fois des actes internes de gestion et des actes externes de gestion.

Les actes internes de gestion de l'administrateur gestionnaire de fait illustrent assurément sa main mise sur les affaires sociales. Malgré le fait qu'il soit un dirigeant illégal pour retenir justement cette qualification, il doit poser des actes concrets de gestion. Il faut distinguer l'acte de disposition, l'acte conservatoire et l'acte d'administration. En effet, un acte conservatoire a pour finalité de sauvegarder un droit ou d'empêcher la perte d'un bien en cas d'urgence. Quant à l'acte d'administration, il relève de la gestion normale d'un patrimoine et a pour conséquence d'en conserver ou d'en augmenter la valeur. L'acte de disposition a des conséquences les plus importantes sur le patrimoine.

Les actes d'administration peuvent aussi être définis comme des actes de mise en valeur ou des actes d'exploitation posés par le dirigeant dans l'intérêt de la société qu'il dirige. Le législateur OHADA ne fait pas une liste exhaustive des actes d'administration que peut poser un dirigeant. Mais nous pouvons les déduire des différents pouvoirs et attributions qui lui sont dévolus. L'administrateur gestionnaire de fait pose des actes allant dans ce sens. Il doit conduire la société au travers des actes concrets.

L'administrateur gestionnaire de fait peut procéder aussi à des actes de disposition sur le patrimoine de la société dont il assure désormais la direction. On distingue deux principaux types d'acte de disposition comme le suggère le droit civil. Il y a d'une part les actes à titre onéreux et d'autre part les actes à titre gratuit. Les actes à titre onéreux avec lesquels la transmission des droits à un tiers est subordonnée à un paiement. Par contre les actes de disposition à titre gratuit, sont effectués sans contrepartie financière. Les actes de disposition ont pour conséquence d'altérer un patrimoine en réduisant sa valeur ou interdisant d'en disposer.

Les critères tenant aux actes de l'administrateur comme gestionnaire de fait sont aussi relatifs aux actes externes de gestion. Avant toute chose il est impérieux de définir la notion d'acte de disposition. A ce propos on peut dire qu'un acte de disposition est une opération aboutissant à l'aliénation directe ou indirecte d'un bien, ou d'un patrimoine. Les actes externes de gestion de l'administrateur gestionnaire de fait se résument en un mot la représentation.

La représentation permet à l'administrateur gestionnaire de fait d'incarner la société à l'extérieur. NZE NDONG dira à ce sujet « *La représentation et la direction de la société induisent le pouvoir d'agir au nom et pour le compte d'autrui. Elles consistent en l'accomplissement des actes et des faits juridiques au nom et pour le compte d'une personne. In globo, le pouvoir de représentation de la société constitue l'expression, par une autre personne, de la volonté de cette société auprès des tiers alors que le pouvoir de direction induit un pouvoir général de décision dans la conduite des affaires d'une société.*⁶⁰ ».

L'exécution de la fonction du membre du conseil d'administration ne donne pas lieu à un pouvoir ou à une aptitude à représenter la société ou le conseil d'administration. Mais une fois porté de manière illicite à la direction de la société il ne saurait être qualifié de dirigeant de fait sans ce critère de représentation. C'est par le biais du mécanisme de la représentation que l'administrateur engagera sa responsabilité vis-à-vis des tiers, car il sera à même de poser des actes individuels. En effet il est impossible de concevoir qu'une personne exerce de façon illicite le pouvoir de direction d'une société sans cette relation avec le monde extérieur. Il faut impérativement que celui qui use d'un tel pouvoir puisse le faire rayonner en dehors de la structure sociale. Ce rayonnement peut varier en fonction de ce que l'administrateur recherchait auprès des tiers. Il faut dire que l'objet de la représentation peut être multiforme.

Une fois que la nature des actes de l'administrateur gestionnaire de fait est établie, il faut encore en circonscrire la finalité.

2- La finalité des actes de gestion

La finalité des actes de gestion est un critère essentiel de qualification de la gestion de fait. L'administrateur ne pourrait être qualifié de gestionnaire de fait, que si il accomplit des actes

⁶⁰ NZE NDONG Dit MBELE (J.R.) op. cit p. 45.

concourant à la réalisation de l'intérêt social. Si ce dernier pose des actes de gestion dans un intérêt personnel la gestion de fait ne sera pas retenue contre lui

Même si il est vrai que la posture de dirigeant de fait peut être recherché pour satisfaire à des intérêts personnel, il n'en demeure pas moins que les actes ne sauront considérés comme dits de gestion si ils échappent à un but personnel. Faut-il le rappeler la posture de l'administrateur peut paraître très ingrate c'est-à-dire qu'il est au service de la société sans avoir de pouvoir propre. Son rôle se résume à assister aux réunions du conseil d'administration et d'émettre son opinion lorsque celle-ci lui est demandé à l'occasion des délibérations du conseil.

Les actes de gestion sont donc dépourvus d'une recherche d'un intérêt personnel de la part de l'administrateur. L'administrateur semblerait complètement désintéressé. Il se préoccuperait à premier abord de l'intérêt de la société à laquelle il exerce une pouvoir de gestion même si illicite. En effet on peut penser que puisque l'administrateur, qui pose des actes de gestion ne pense pas à son intérêt propre, il agirait de façon louable. Toutefois même si les motivations sont loin d'être égoïstes et personnelles il ne faut pas perdre de vue qu'une telle immixtion est interdite et fortement réprimandé. L'administrateur devra se contenter de son rôle de l'assemblée délibérante que constitue le conseil d'administration. En l'état actuel de la législation OHADA, l'administrateur ne peut assurer une fonction de direction donc user du pouvoir de gestion comme un dirigeant de droit. Une telle situation serait qualifier de gestion de fait.

La notion d'intérêt social est très connue en droit des sociétés et n'est pas nouvelle. La gestion de fait ne peut être retenue contre l'administrateur si les actes qu'il pose à cette occasion ne concourent pas à la réalisation de l'intérêt social. L'étude de ces actes permet de cerner plus précisément la notion de direction. Parmi les actes révélateurs d'une immixtion dans la gestion sociale, la jurisprudence relève en premier lieu le pouvoir de décision dont dispose le dirigeant de fait. Ce dernier est celui qui détient « le véritable pouvoir de décision » dans la société, ou, au moins, le pouvoir de décision le plus important, qui prend les décisions majeures en matière de choix commerciaux, de commandes et de gestion financière, ou encore conduit la stratégie de la société.

Dès lors les actes de gestion seront assujettis à une seule obligation : celle de réaliser l'intérêt social. L'administrateur dirigeant de fait sera jugé sur les actes qu'il a posés. A la différence du dirigeant de droit l'administrateur dirigeant de fait ne peut voir sa responsabilité

notamment engagée pour des abstentions quand bien même elles sont fautives. Il faut des actes concrets pour mettre en cause l'administrateur dirigeant de fait de façon personnelle et individuelle.

La gestion crée de fait un environnement propice à des actions personnelles de la part de l'administrateur. Cette autonomie d'action même si elle s'opère en dehors du cadre légal est porteur des germes d'une responsabilité individuelle. Mais pour cela il faut que les nombreux critères énumérés et analysés ci haut soient remplis.

Conclusion

Aux termes de notre analyse sur le contexte de la responsabilité individuelle de l'administrateur en Droit OHADA, il convient de relever le rôle pluriel que peut jouer l'administrateur au sein d'une société. Il n'est plus à négliger, la gravité du mandat de membre de conseil d'administration qui ne se résume plus à donner un avis lors des délibérations dudit conseil.

La responsabilité individuelle de l'administrateur participe à la résurgence de la lancinante question de la bonne gouvernance au sein des sociétés de l'espace OHADA. Les logiques de réseau qui commandent souvent à la composition des conseils d'administration privent les sociétés d'un organe compétent à même de satisfaire les objectifs à lui sont assignés. L'acceptation du mandat d'administrateur ne saurait plus dès lors, faire preuve de légèreté et de subjectivité, mais s'opérer en toute objectivité à cause des risques inhérents.

Par conséquent il faudrait qu'à l'avenir, un certain intérêt soit porté sur le choix de ceux qui composent les conseils d'administration pour des sociétés dans l'espace OHADA encore plus performantes. D'où le plaidoyer pour des critères de sélection plus soutenus, à l'effet de soustraire certains intrus à l'éligibilité au mandat d'administrateur.

Le privilège de l'argent frais : un gage de protection du banquier créancier postérieur à l'ouverture de la procédure collective

The privilege of fresh money: a guarantee of protection for the banker creditor after the opening of collective proceedings

Page | 161

Par :

NYOBE John Fabrice

Docteur/Ph.D en Droit des Affaires

Directeur du Cabinet Juridique NYOBE CONSULT & ASSOCIE

Enseignant Vacataire à l'Ecole Normale Supérieure de Bertoua (Cameroun)

Résumé :

Dans la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif de 2015, les articles 5-11, 11-1 et 33-1 consacrent en faveur des banquiers créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure collective, un privilège qui leur permet désormais d'échapper à la discipline collective : il s'agit du privilège de l'argent frais. En effet, ce privilège assure aux fournisseurs de crédit un rang particulièrement avantageux. Ainsi, conformément aux dispositions des articles 166 et 167 de l'AUPC, le titulaire de ce privilège sera payé prioritairement avant les titulaires des super privilèges des salaires et ceux qui ont un privilège des frais de justice. Cette institution assure donc la protection du banquier dans les procédures collectives, et l'on constate également une limitation de sa responsabilité qui est en pratique difficilement retenue après le jugement d'ouverture de ces procédures.

Mais fort est de constater que cette mesure incitative qui devrait consacrer l'effectivité de la protection du banquier créancier postérieur, pourrait rencontrer quelques difficultés pratiques dans l'espace OHADA. Il en est ainsi du cas où les biens du débiteur qui constituent l'assiette du privilège n'ont pas une valeur suffisante pour assurer au privilège toute son efficacité. La portée du privilège doit donc être relativisée dans l'espace OHADA, eu égard à la pratique malheureuse de nombreuses entreprises qui consiste à disparaître en dehors de toute procédure judiciaire ou encore à ne déposer le bilan qu'après distraction de tous les actifs de l'entreprise. Pour y remédier, l'intérêt de ce privilège doit être porté à la connaissance de tous les praticiens du droit des affaires, en général, et aux dirigeants des entreprises en particulier.

Mots-clés : Banquier - Responsabilité Pénale - Banqueroute - Droit OHADA – Procédures Collectives – Code pénal.

Abstract :

In the reform of the Uniform Act on the organization of insolvency proceedings for the discharge of liabilities of 2015, articles 5-11, 11-1 and 33-1 establish in favor of creditor bankers after the opening of insolvency proceedings, a privilege that now allows them to escape collective discipline: this is the privilege of fresh money. Indeed, this privilege gives credit providers a particularly advantageous rank. Thus, in accordance with the provisions of articles 166 and 167 of the EPCA, the holder of this privilege will be paid in priority before the holders of the super privileges of wages and those who have a privilege of legal costs. This institution therefore ensures the protection of the banker in collective proceedings, and there is also a limitation of his liability which is in practice difficult to retain after the judgment opening these proceedings.

But it is clear that this incentive measure, which should establish the effectiveness of the protection of the later creditor banker, could encounter some practical difficulties in the OHADA space. This is the case where the property of the debtor which constitutes the basis of the lien does not have sufficient value to ensure the full effectiveness of the lien. The scope of the privilege must therefore be put into perspective in the OHADA space, given the unfortunate practice of many companies which consists in disappearing outside of any legal proceedings or in filing for bankruptcy only after having diverted all the assets of the company. To remedy this, the interest of this privilege must be brought to the attention of all practitioners of business law, in general, and to company directors in particular.

Keywords: New money - Privilege - Banker - Subsequent creditor - OHADA Law - Collective Procedures - Opening judgment.

Introduction

A l'occasion de la réforme, le 10 septembre 2015, de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, le législateur OHADA a manifesté sa volonté de reconquérir la confiance des bailleurs de fonds en créant un nouveau privilège plus incitatif, à savoir, le privilège de l'argent frais¹. Il est question dans cet article, de vérifier si le régime juridique du privilège de l'argent frais assure une effective du banquier créancier postérieur à l'ouverture de la procédure collective. En effet, dans le privilège de l'argent frais, le banquier est censé bénéficier d'un traitement favorable réel qui lui garantit le remboursement des crédits qu'il dispense en vue d'empêcher l'entreprise de disparaître.

Le domaine de ce privilège illustré dans le nouvel AUPC semble, dès lors, réserver un régime préférentiel au banquier². En effet, le droit des entreprises en difficulté était à bout de souffle avant la réforme de 2015. Ainsi, la doctrine n'avait cessé de montrer ses lacunes et ses imperfections qui étaient perceptibles dans la pratique. Plusieurs facteurs ont pu être identifiés comme étant à l'origine de ces lacunes, parmi lesquels, l'absence du soutien financier des banquiers. Ces derniers demeuraient donc frileux dans le financement des difficultés des entreprises. Le législateur communautaire a donc décidé d'y répondre en créant le privilège d'argent frais (I) dont le bénéfice est subordonné à des conditions de mise en œuvre précises dans le financement de l'entreprise en difficulté (II).

I- LA PROTECTION DU BANQUIER QUANT À LA CONSÉCRATION DU PRIVILÈGE DE L'ARGENT FRAIS DANS L'AUPC REVISÉ

L'admission du privilège de l'argent frais marque une étape importante dans la politique d'incitation au financement des entreprises en difficultés dans l'espace OHADA même si la garantie qu'elle confère au banquier n'est pas absolue. En effet, le banquier prend un risque important de prêter de l'argent à une entreprise en difficulté à un moment où la crédibilité de cette dernière est sérieusement entamée. La création du privilège de la new money pour répondre à cette inquiétude a finalement été consacrée dans la réforme de l'AUPC du 10 septembre 2015 (A). Avant

¹ Sur l'articulation entre le privilège des créances postérieures et le privilège de l'argent frais, v. A. GOUËZEL, Privilège d'argent frais – le domaine du privilège d'argent frais et du privilège des créances postérieures en droit français et en droit OHADA, *RPC*, n° 2, mars 2017, étude 8.

² L. TCHAKOTEU MESSABIEM, La protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'O.H.A.D.A, comparaison avec le droit français, *Thèse préc.*, p. 268

même cette intervention du législateur, des plaidoyers en faveur de la consécration d'un privilège nouveau avaient déjà pu être notés dans la doctrine (B).

A- Du fait des arguments qui ont milité en faveur du privilège

Page | 164

Avant la réforme de l'AUPC en 2015, les tendances internationales étaient orientées dans le sens de la *fresh money* américaine et du privilège de conciliation consacré dans la loi française de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 (1). Mais plusieurs auteurs ont aussi plaidé pour l'adoption des mesures incitatives au financement bancaire des entreprises en difficulté en droit OHADA (2).

1- Les arguments juridiques tirés du droit comparé

Le privilège de l'argent frais est issu de la *fresh money* américaine (a) qui a inspirée plusieurs systèmes juridiques et notamment le droit français. C'est ainsi que la France a instauré le privilège de conciliation dans la loi du 26 juillet 2005 (b).

a- La *fresh money* américaine

La tendance des systèmes juridiques avant ladite réforme était d'associer les créanciers à la restructuration des entreprises en faillite. Le législateur américain a très vite mesuré la nécessité de donner des assurances au banquier comme à tout créancier, qui décide de faire un apport en trésorerie à une entreprise en difficulté. Il l'a fait à travers le privilège dit de « *fresh money* » ou d'argent frais du *chapter eleven* du *bankruptcy code*³. Ce modèle n'a pas manqué d'inspirer d'autres systèmes juridiques tels que le Japon⁴ ou la France⁵ qui sont alors allés puiser dans le droit américain. Par ailleurs, plusieurs institutions internationales recommandaient d'adopter des mesures de préférence en faveur des créanciers qui soutenaient des entreprises en difficulté. Il en était ainsi de la Banque mondiale ou encore de la CNUDCI⁶. Quant au droit européen, la

³ Idem, p. 194.

⁴ Sur cette question, v. M.-H MONSÈRIÉ, « Aperçu sur le droit japonais des procédures collectives », *Rev. Proc. Coll.*, 2011, étude 20.

⁵ Cf. art. L. 611-11 du Code de commerce issu de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005.

⁶ V. notamment le Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité, p. 130 et suivants.

Commission européenne a récemment fait aux États de l'Union une recommandation visant à adopter une « nouvelle approche en matière de faillites et d'insolvabilités des entreprises »⁷.

b- Le privilège de conciliation en droit français

Page | 165

Le plaidoyer du privilège de conciliation instauré par la loi française du 26 juillet 2005 a beaucoup milité en faveur de la réforme l'AUPC. Ainsi, la doctrine⁸ avait estimé que la première tentative du législateur français à mettre en place un privilège de la conciliation remonte à la loi du 1^{er} mars 1984, et plus particulièrement, à l'article 35 de cette loi qui a institué la procédure de règlement amiable destinée à apporter des solutions aux difficultés financière des entreprises. Celle-ci offrait, en effet, au banquier le gage de ne pas engager sa responsabilité civile⁹, en contrepartie de l'abandon d'une partie de ses créances ou des délais de paiement qu'il consentait à l'entreprise en difficulté¹⁰. Pour que le procédé du règlement amiable, tel que prévu dans le droit antérieur à la réforme de 2005, puisse être exercé, il était indispensable que les difficultés de l'entreprise débitrice ne soient pas insurmontables. En d'autres termes, l'entreprise ne devait pas être en cessation des paiements¹¹. Cette exigence ressort de l'ancien article L. 611-3 du Code de commerce.

Mais bien qu'elle fût profitable au fournisseur de crédit, une partie de la doctrine¹² avait considéré que la procédure du règlement amiable ne pouvait être assimilée au privilège de la conciliation instauré par la loi du 26 juillet 2005. Les défenseurs de cette idée expliquaient que dans l'hypothèse où le règlement amiable s'avérait incapable pour sortir l'entreprise de ses difficultés, une procédure de redressement, voire de liquidation, était ouverte¹³. Dans cette situation, on ne pouvait vraiment pas parler d'une protection conférée au banquier.

Mais en dépit de cette histoire sur le privilège de la new money en droit hexagonal, c'est surtout le champ d'application de cette loi qui a intéressé le législateur OHADA. Ainsi, selon un auteur¹⁴,

⁷ V. Recommandation de la Commission européenne du 12 mars 2014, JOUE, 14 mars 2014, n°74/65.

⁸ V. notamment, G-A. LIKILLIMBA, Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté, Fédération nationale pour le droit de l'entreprise, *ouvrage préc.*, p. 451.

⁹ V. Y. GUYON, « Rapport au colloque de l'association nationale des conseils juridiques », *LPA*, 16 janvier 1984. p. 22.

¹⁰ En ce sens, v. J-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire, ouvrage préc.*

¹¹ V. Cass. com., 14 mai 2002 : *Bull. civ.*, 2002. IV. n° 87 ; RJC 2002. p. 412. Note. M. ARNAUD- PREVOST.

¹² P-M. LE CORRE, « Le privilège de la conciliation », *Gaz. Pal.*, 8 septembre 2005. p. 50 ; V. BOUTHINON-DUMAS « Le banquier face à l'entreprise en difficulté », *Revue Banque*, Paris, 2008, p. 155.

¹³ P-M. Le CORRE, « Le privilège de la conciliation », *article préc.*, n° 1.

¹⁴ M. OUALID, Responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit : Etude de droit comparé français-algérien, *Thèse préc.*, p. 422

le champ d'application du privilège de la conciliation est parfaitement déterminé par l'article L. 611-11 du Code de commerce français¹⁵ vu les similitudes que ce texte a avec les dispositions des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPC, il est loisible de constater que ce texte a beaucoup inspiré le législateur africain. Il en est de même du plaidoyer, que la doctrine a fait pour l'admission d'un tel privilège dans l'espace OHADA.

2- Le plaidoyer de la doctrine

La Banque Mondiale, dans son rapport Doing business de 2012, déclarait en ces termes que « ... en dépit des efforts de coopération régionale déployés sous l'égide de l'OHADA, l'Afrique subsaharienne manque d'expérience en matière de solutionnement de l'insolvabilité. La région compte la plus importante proportion d'économies ne disposant pas, ou peu, de pratique en matière de faillites. Ainsi, 7 des 46 économies de la région, dont 3 parmi les États membres de l'OHADA, n'ont enregistré aucun cas de faillite au cours des 5 dernières années »¹⁶. Le rapport poursuit en précisant que « les coûts de fermeture d'une entreprise dans les États membres de l'OHADA s'élèvent à 25 % de la valeur des biens du débiteur, les délais moyens sont de 3,75 ans, et le taux de créance recouvrée est d'environ 20 % du montant des créances ; ces résultats sont comparables à ceux de l'Afrique subsaharienne ». Fort de ce plaidoyer, une réforme s'imposait dès lors dans le sens de garantir la protection du banquier et sauver l'entreprise qui est en difficulté. Ces constats qui ne sont autres que les conséquences des insuffisances relevées plus haut ont été à l'origine de la réforme. Celle-ci a été suscitée, aussi bien par les acteurs de ces procédures, que par les personnes qui, même sans en être actrices, en subissaient les conséquences. Bien que la situation ne fût pas reluisante dans tous les pays de l'espace OHADA, certains pays se démarquaient et arrivaient à diligenter des procédures collectives qui, sans être exemplaires,

¹⁵ Cf. art. L. 611-11 du Code de commerce français : « En cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire subséquente, les personnes qui avaient consenti, dans l'accord homologué mentionné au II de l'article L. 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation, selon le rang prévu au II de l'article L. 622-17 et au II de l'article L. 641-13. Dans les mêmes conditions, les personnes qui fournissent, dans l'accord homologué, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le prix de ce bien ou de ce service, par privilège avant toutes créances nées avant l'ouverture de la conciliation. Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis par les actionnaires et associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital. Les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation ».

¹⁶ Banque Mondiale, Doing business dans les Etats membres de l'OHADA, 2012, p. 77.

produisaient des résultats passables. C'est ainsi que les créanciers de la Côte d'Ivoire pouvaient recouvrer en un peu plus de deux ans 40% de leurs créances, pendant que ceux du Niger ou du Gabon n'en recouvraient que la moitié en pratiquement quatre années¹⁷.

Par ailleurs, les décideurs de l'OHADA, ont eu le temps de faire le constat de « *l'absence de réglementation des mandataires judiciaires, durée trop longue des procédures, lourdeur et inadaptation des procédures pour les micro-entrepreneurs, absence d'une procédure préventive de conciliation moderne pour promouvoir les négociations privées et les accords extrajudiciaires entre le débiteur et ses créanciers et absence d'un régime adéquat pour les faillites internationales ouvertes hors de l'espace OHADA* »¹⁸. Dès lors, il était question d'opérer des réformes en mettant en place un cadre juridique approprié. En outre, dans ces réformes, le législateur doit s'assigner des objectifs dont la philosophie générale devait être de rendre plus efficaces les procédures, de rechercher la qualification des administrateurs judiciaires. Toutes choses devant, en définitive, contribuer à préserver la protection du banquier.

C'est à ce besoin que l'AUPC du 10 septembre 2015 essaie de répondre aux termes d'une réforme fastidieuse entamée en 2007. Cette réforme introduit dans cette matière des innovations qui révolutionnent véritablement le droit des procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA. Le privilège de l'argent frais figure en bonne place dans le bal de ces réformes. Ainsi, il est constant qu'une entreprise en difficulté ne peut se redresser sans le soutien de ses créanciers. En effet, un droit des entreprises en difficulté qui met à l'écart les créanciers est en réalité un droit de liquidation des entreprises qui se soldait par des fermetures d'entreprises avant la réforme de l'AUPC 2015. C'est qu'en effet, le peu d'intérêt accordé aux créanciers conjugué à d'autres facteurs, créait chez ceux-ci, une réticence à soutenir les entreprises en difficulté. Etant généralement le créancier le plus important, le banquier se montrait très réticent à s'impliquer dans le sauvetage de l'entreprise en faillite¹⁹.

C'est dans ce sens qu'une partie de la doctrine plaida pour l'adoption des mesures incitatives au financement des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA. Il en est ainsi

¹⁷ Idem, p. 78

¹⁸ V. D. COSSI SOSSA, Secrétaire Permanent de l'OHADA, « la modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives » in *DROIT & PATRIMOINE*, n° 253, Décembre 2015, p. 30.

¹⁹ E. D. FOTSO, Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA, *Thèse préc.* p. 193.

d'une doctrine²⁰ qui avait regretté le fait qu'en Afrique, il soit « *difficile, voire impossible d'envisager le financement des entreprises en difficulté se trouvant dans une procédure judiciaire, par ses principaux créanciers* ». La position de cet auteur n'était pas fortuite. En effet, selon lui le législateur communautaire n'avait pas prévu de garanties en faveur des créanciers intervenant dans une procédure de redressement judiciaire. Il plaidait alors pour que le droit des procédures collectives admette un privilège au profit d'apporteurs d'argent frais dans notre espace communautaire. Au surplus, d'après le même auteur, « *pour inciter les créanciers africains ou étrangers, notamment les banquiers à participer activement au financement des entreprises en difficulté, il serait important d'envisager la mise en place du privilège de l'argent frais* ».

En outre, une autre doctrine s'était illustrée dans une telle plaidoirie. Ainsi, un auteur qui écrivait dans ce sens que « *Le privilège d'argent frais devra être créé dans l'Acte uniforme (...) avec détermination de son rang* »²¹. Le souhait d'une incitation au financement des entreprises en difficulté a également été formulé, au moment de la discussion du projet d'Acte uniforme sur les procédures collectives, par M. Gnénéma Mamadou COULIBALY ès qualité de Président du Conseil des ministres de l'OHADA, qui exprimait le vœu de voir les travaux déboucher sur *une amélioration substantielle du cadre juridique pour promouvoir l'accès aux financements*²². C'est aujourd'hui chose faite puisque l'une des principales innovations de l'AUPC révisé est la reconnaissance au profit du banquier d'une prime au financement de l'entreprise en difficulté²³.

B- Du fait de l'admission du privilège par l'aupc de 2015

La notion du privilège d'argent frais vient du terme new money (1) consacré dans le privilège de conciliation issu de la loi française du 26 juillet 2005. Il s'ensuit que l'intérêt d'une telle création consiste à garantir un rang favorable au banquier (2) pour que ses droits soient protégés au même titre que les objectifs de redressement de l'entreprise qu'il finance.

1- Le régime juridique du privilège d'argent frais

²⁰ E. M. KOUMBA, Droit de l'OHADA : Prévenir les difficultés des entreprises, L'Harmattan, 2013, p. 247, spéc. n° 372 et s.

²¹ F. THERA, La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif, L'Harmattan, 2012, Paris, p. 368, spéc. n° 578.

²² V. allocution de M. G. M. COULIBALY, in « Compte rendu de la réunion plénière des commissions nationales OHADA sur le projet de révision de l'AUPC tenue à Abidjan les 30 et 31 mars 2015 ». Compte rendu disponible à l'adresse internet : http://ohada.org/communiquésannonces/fr/ohada/actualite/3814_reunion-pleniere-des-commissions-nationalesde-lohada-a-abidjan-les-30-et-31-mars-2015.html.

²³ Sur cette question, v. E. D. FOTSO, Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA, *Thèse préc.* p. 194-195.

L'AUPC a consacré la procédure de conciliation²⁴ dans sa réforme de 2015. La procédure de conciliation dont l'exigence de confidentialité a été expressément soulignée par le législateur²⁵, a pour but de faciliter un accord amiable entre le débiteur et ses créanciers et éventuellement ses cocontractants, en vue de lui éviter la cessation des paiements.

Trois éléments caractérisent cette procédure : elle est à la fois préventive, contractuelle et confidentielle. D'abord, elle ne peut être sollicitée que par une entreprise qui n'est pas encore en cessation des paiements²⁶. Ensuite, elle ne lie que les principaux créanciers et cocontractants du débiteur, en vue de mettre fin aux difficultés de ce dernier²⁷. Enfin, la procédure demeure secrète et toutes les personnes impliquées sont tenues à la confidentialité²⁸. Bref, par la signature d'un accord amiable, le banquier donne au débiteur « *une chance de surmonter ses difficultés qui, par hypothèse, ne sont pas encore trop graves, ce qui lui permettra finalement de régler ses dettes et leur conservera un partenaire, client ou fournisseur...* »²⁹.

Mais la particularité et même l'attractivité de cette procédure nouvelle réside dans le privilège qui lui est attaché, afin d'inciter les créanciers à venir à la table des négociations avec l'entreprise en difficulté. Il s'agit du privilège de conciliation³⁰. En effet, l'article 5-11, alinéa 1 du nouvel AUPC prévoit : « *En cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à la conclusion d'un accord de conciliation homologué ou exécuté par la juridiction ou l'autorité compétente, les personnes qui avaient consenti dans l'accord un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payées au titre du privilège selon les rangs prévus par les articles 166 et 167 ci-dessous* ». Ainsi, l'AUPC révisé fait une promesse au banquier sollicité dans le cadre d'un accord de conciliation, qu'en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à l'ouverture de la procédure de conciliation, il sera payé suivant un rang prioritaire pour les crédits consentis au débiteur dans l'accord. Cette promesse faite au banquier devrait changer son approche

²⁴ Sur cette procédure, v. F. REILLE, « L'instauration d'une conciliation à la française en droit des entreprises en difficulté OHADA », *LPA*, 2016, n°49 ; également : F. PEROCHON et Ph. ROUSSEL GALLE, « Règlement amiable et conciliation. Suspension ou interdiction des poursuites, même combat », in *Mélanges P. BLOCH*, Bruylant, 2015, p. 177 et s.

²⁵ Cf. art. 5-1 alinéa 3 AUPC : « *Toute personne qui a connaissance de la conciliation est tenue à la confidentialité* ».

²⁶ Cf. art. 5-1, al. 1, de l'AUPC.

²⁷ Cf. al. 2 de l'art. 5-1 de l'AUPC.

²⁸ Cf. art. 5-1, al. 3, de l'AUPC.

²⁹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e éd., 2014, P.64, n° 91

³⁰ E. D. FOTSO, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA*, *Thèse préc.* p. 195

vis-à-vis des entreprises en difficulté demandeuses de crédit, et accroître les chances de financement de celles-ci. Allant au-delà du droit français qui l'a inspiré³¹, le législateur de l'OHADA n'a pas cantonné le privilège à la seule procédure de conciliation. Il a manifesté sa générosité envers les établissements de crédit en leur consentant le privilège même à l'occasion du financement d'une procédure de règlement préventif et d'une procédure de redressement judiciaire³². Ont donc également été consacrés le privilège de règlement préventif et le privilège de redressement judiciaire.

Pour apprécier la nature de cette générosité législative, examinons au préalable la substance des deux textes qui traitent la new money ces deux procédures suscitées. Ainsi, l'article 11-1 du nouvel AUPC prévoit : « (1) *En cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à l'homologation du concordat préventif³³ par la juridiction compétente dans les conditions prévues à l'article 15 ci-dessous, les personnes qui avaient consenti dans ce concordat un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payées au titre du privilège selon les rangs prévus par les articles 166 et 167 ci-dessous. (2) Les personnes qui fournissent dans les mêmes conditions, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service. (3) Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis dans le cadre d'une augmentation du capital social du débiteur. (4) Les créanciers du débiteur ne peuvent en aucun cas bénéficier de ce privilège pour des créances nées antérieurement à l'ouverture du règlement préventif ».*

En outre, l'article 33-1 du nouvel AUPC dispose en ces termes que : « *En cas de conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation des biens, les personnes qui avaient consenti dans le concordat de redressement judiciaire un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payées au titre du privilège selon les rangs prévus par les articles 166 et 167 ci-dessous. (2) Les personnes qui fournissent un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service.*

³¹ M. BALI, « Le renforcement des fonds propres des entreprises françaises », *Les Petites Affiches*, 24 février 2009, p. 8-17.

³² Cf. art. 11-1 et 33-1 de l'AUPC révisé.

³³ Cette terminologie a été amendée par la CCJA. Le texte initial proposait « *l'homologation du règlement préventif* ». V. CCJA, ass. plé., avis n° 001 sur le projet de révision de l'AUPC, 17 juin 2015.

(3) Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis dans le cadre d'une augmentation du capital social du débiteur. (4) Les créanciers du débiteur ne peuvent en aucun cas bénéficier de ce privilège pour des créances nées antérieurement à l'ouverture du redressement judiciaire ».

En définitive, nous constatons que le domaine du privilège est particulièrement et volontairement large. En effet, le législateur de l'OHADA s'est lancé dans une véritable opération de séduction vis-à-vis du banquier et des autres fournisseurs de crédit. Pour s'en convaincre, il leur a fait caresser l'espoir de bénéficier d'un privilège non seulement lorsqu'ils financent une entreprise en phase de prévention mais aussi lorsqu'ils soutiennent une entreprise en pleine phase curative, notamment lorsque l'entreprise est en redressement judiciaire. Ce clin d'œil aux banquiers est sans doute le bienvenu, certains ayant un temps douté de la finalité que le législateur de l'OHADA assignait aux procédures collectives, au regard du peu de protection qu'accordait l'ancien AUPC aux créanciers³⁴. Aussi la lecture même de l'article 1er de l'ancien l'AUPC laissait entendre que la sauvegarde de l'entreprise n'était pas véritablement envisagée par le législateur de l'OHADA comme une priorité³⁵.

2- L'intérêt du privilège d'argent frais

Le privilège de new money garantie un rang favorable au banquier. En effet, après la liquidation des biens de l'entreprise débitrice, le banquier est payé par priorité avant tout autre créancier pour le montant de son apport conformément au rang prévu aux articles 166 et 167 de l'AUPC³⁶. Ces textes classent le banquier en tête dans l'ordre de distribution de la valeur des actifs du débiteur. Ainsi pouvons-nous lire aux articles 166, al. 1, de l'AUPC : « *Les deniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués dans l'ordre suivant : 1°) aux créanciers bénéficiant du privilège prévu par les articles 5-11,11-1 et 33-1 ci-dessus (...)* ; et 167, al. 1, du même texte : « *Sans préjudice de l'exercice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement, les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués dans l'ordre*

³⁴ S. OUMAROU, Redressement de l'entreprise ou paiement des créanciers : quelle finalité pour les procédures collectives de l'OHADA? Thèse de doctorat en droit, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2007.

³⁵ V. Ph. ROUSSEL-GALLE, « OHADA et difficultés des entreprises (étude critique des conditions et effets de l'ouverture de la procédure de règlement préventif), 1ère partie », *Rev. de jurisprudence commerciale*, 2001, spéc. n° 2. V. également Ch. GAMALEU KAMENI, L'implication des créanciers dans les procédures collectives. Etude comparée du droit français et du droit de l'OHADA, *ouvrage préc.*

³⁶ Pour une illustration du classement de l'article 166 de l'AUPC, v. F. M. SAWADOGO, Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, EDICEF, 2000, p. 120.

suivant : 1^o) aux créanciers bénéficiant du privilège prévu par les articles 5-11, 11-1 et 33-1 ci-dessus (...)».

A l'analyse, il ressort que l'AUPC fait passer le banquier devant les traditionnels « insurpassables »³⁷ que sont les créanciers des frais de justice et le super privilège des salaires³⁸ qui occupent traditionnellement et respectivement les premiers et second rangs. L'établissement de crédit, désormais super privilégié, passe également à la caisse avant tous les créanciers postérieurs. On peut observer que la garantie est particulièrement puissante³⁹ et très attractive.

Une grande majorité⁴⁰ de la doctrine reconnaît l'extrême utilité du privilège d'argent frais. Ainsi, ces auteurs estiment que ce privilège n'affecte en rien le principe d'égalité des créanciers dans la procédure collective⁴¹. En effet, il est tout à fait logique de conférer une sécurité maximale au fournisseur de crédit qui prend le risque de financer une entreprise dans une période où sa situation est lourdement obérée. En conséquence, le rôle singulier des établissements de crédit au regard du redressement des entreprises, mérite bien un traitement original. Autrement dit, à des situations différentes il n'est pas malvenu de concevoir des régimes juridiques différents.

S'agissant de la protection de l'intérêt général, les détracteurs du privilège d'argent frais prétendent qu'il occulte au bénéfice du seul intérêt des banques. La doctrine favorable répond que le vrai intérêt général est celui de la sauvegarde des entreprises et du maintien de l'emploi⁴². En effet, cet intérêt ne pourra être couronné de succès en l'absence d'un régime particulièrement favorable aux établissements de crédit qui acceptent de soutenir financièrement l'entreprise en

³⁷ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, ouvrage préc.*, p. 112, n° 220.

³⁸ Sous réserves des articles 95 et 96 de l'AUPC.

³⁹ La seule surprise du banquier pourrait naître, en matière mobilière, de l'exercice d'un droit de rétention ou de la mise en œuvre d'une clause de réserve de propriété (art. 167 AUPC).

⁴⁰ V. notamment, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? », *D&P*, 2005. p. 24 ; P-M. LE CORRE, « Le privilège de la conciliation », *article préc.*, n° 7 ; V. BOUTHINON-DUMAS, *Le banquier face à l'entreprise en difficulté*, éd. Revue Banque, *ouvrage préc.*, p. 158 ; J. STOUFFLET et N. MATHEY, « La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2006 : commentaire des dispositions applicables aux concours financiers », *RDBF*, 2006. p. 54 ; G. TEBOUL, « La préservation des créances et le sort du contrat », *LPA*, 23 juin 2006. p. 13 ; V-A. OUTIN-ADAM et S. BIENVENU, « Sauvegarde des entreprises : le point de vue de la chambre de commerce et d'industrie de Paris », *JCP*, 2005, E., 1516 ; C. LEGUEVAQUES, « Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises : entre renforcement des droits et allègement des devoirs », *LPA*, 17 février 2006. p. 63 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Les privilèges de la procédure », *LPA*, 14 juin 2007, p. 70 ; P-M. LE CORRE, « Le privilège de la conciliation », *article préc.*, p. 2966 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La procédure de conciliation », *Rev. Proc. Coll.*, 2006. p. 169 ; F-X. Lucas et H. LECUYER, « La loi de sauvegarde : article par article », *LPA*, 8 février 2006, p. 54 ; F. MACORIG- VENIER et C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde des entreprises », *RDBF* 2006. p. 60.

⁴¹ P-M. LE CORRE, « Le privilège de la conciliation », *article préc.*, n° 7.

⁴² *Ibid*

difficulté. À cet égard, un auteur écrit : « le texte incite les créanciers à jouer le jeu de la conciliation en leur donnant une priorité de paiement. (...) cette disposition, très incitative, devrait fort opportunément favoriser la conclusion de l'accord amiable »⁴³.

En tout état de cause, il est à souligner que ce privilège procure une sécurité réelle aux banquiers prêteurs. En effet, ce privilège assure à ces derniers un rang particulièrement avantageux. Ainsi, conformément aux dispositions des articles 166 et 167 de l'AUPC, le titulaire de ce privilège sera payé avant les titulaires des super privilèges des salaires et ceux qui ont un privilège des frais de justice. De même, celui-ci pourra s'en prévaloir dans le cadre d'une autre procédure que celle au cours de laquelle il a été acquis⁴⁴. Plus important encore, le titulaire du privilège de l'argent frais garde son avantage de rang même après l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire⁴⁵. À ce titre, la doctrine⁴⁶ souligne l'importance de ce privilège dans la mesure où il demeure inchangé qu'il s'agisse d'une procédure de liquidation des biens ou de redressement judiciaire.

Mais fort est de constater que cette mesure incitative qui devrait consacrer l'effectivité de la protection du banquier créancier, pourrait rencontrer quelques difficultés pratiques dans l'espace OHADA. Il en est ainsi du cas où les biens du débiteur qui constituent l'assiette du privilège n'ont pas une valeur suffisante pour assurer au privilège toute son efficacité. La portée du privilège doit donc être relativisée dans l'espace OHADA, eu égard à la pratique malheureuse de nombreuses entreprises qui consiste à disparaître en dehors de toute procédure judiciaire ou encore à ne déposer le bilan qu'après distraction de tous les actifs de l'entreprise⁴⁷. Pour y remédier, l'intérêt de ce privilège doit être porté à la connaissance de tous les praticiens du droit des affaires, en général, et aux dirigeants des entreprises en particulier.

⁴³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? », *article préc.*, n° 12.

⁴⁴ V. en ce sens, M. OUALID, Responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit : Etude de droit comparé français-algérien, *Thèse préc.*, p. 428.

⁴⁵ V. BOUTHINON-DUMAS, Le banquier face à l'entreprise en difficulté, *ouvrage préc.*, p. 158.

⁴⁶ P-M. LE CORRE, « Le privilège de la conciliation », *article préc.*, n° 9.

⁴⁷ F. M. SAWADOGO, « Les procédures de prévention dans l'AUPC révisé : la conciliation et le règlement préventif », *article préc.*, p. 32 et 33.

II-LA PROTECTION DU BANQUIER QUANT A LA MISE EN ŒUVRE DU PRIVILÈGE DE L'ARGENT FRAIS

L'AUPC subordonne le bénéfice du privilège de l'argent frais aux apports bancaires qui sont postérieures à l'ouverture des procédures collectives préventives ou curatives. Le législateur OHADA précise, néanmoins, qu'en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement, soit à la conclusion d'un accord de conciliation ou d'un concordat préventif homologué, ou en cas de conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation des biens, le banquier qui a fait un nouvel apport en trésorerie au débiteur, bénéficie d'une priorité effective de rang. Le bénéfice du privilège « *d'argent frais* » est toutefois soumis à certaines conditions (A). En effet, seuls les créanciers méritants bénéficient de ce régime de faveur, dont il serait judicieux d'envisager la portée (B).

Page | 174

A- Les conditions du privilège favorable au banquier

Les articles 5-11, 11-1 et 33-1 de l'AUPC subordonnent le privilège au respect de certaines conditions⁴⁸. Il s'agit de la nécessité d'un nouvel apport bancaire (1), et de la nécessité de l'ouverture préalable d'une procédure de liquidation des biens postérieure à l'homologation de l'accord de conciliation ou des concordats préventif et de redressement (2).

1- La nécessité d'un nouvel apport bancaire

Le privilège de l'argent frais est un privilège général qui a vocation à s'exercer sur l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers du débiteur. Il en découle des apports nouveaux en trésorerie et en bien ou service (a) qui sont en effet des soutiens financiers à l'entreprise en difficulté (b).

a- Les apports nouveaux en trésorerie et en bien ou service

Parmi les conditions pour lesquelles le fournisseur de crédit est soumis pour qu'il puisse prétendre bénéficier du privilège de l'argent frais, figure en bonne place la nécessité d'un nouvel

⁴⁸ V. al. 3 de l'art. 15 de l'AUPC : « *Si des personnes bénéficient du privilège de l'article 11-1 ci-dessus, la juridiction qui homologue le concordat préventif vérifie qu'il répond aux conditions prévues audit article et que l'octroi de ce privilège ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers. Elle mentionne dans sa décision ledit privilège et les montants garantis* ». Mais la CCJA avait proposé la suppression de l'alinéa 3 de cet article 15 de l'AUPC. Selon la haute Cour, « *l'hypothèse de l'article 11-1 doit être postérieure à l'homologation du concordat préventif, elle ne peut donc être imaginé ici* ». V. CCJA, ass. plé., avis n° 001 sur le projet de révision de l'AUPC, 17 juin 2015.

apport bancaire. D'après une doctrine, la notion d'*apport en trésorerie* renvoie en effet à l'idée de liquidité. C'est pourquoi ce privilège est encore appelé *privilège d'argent frais* ou de *fresh money* ou encore de *new money*⁴⁹. Ainsi, cet auteur estime que le privilège ne profite pas aux apports en capital que constitueraient les associés dans le cadre d'une augmentation du capital. Cette exclusion paraît justifiée puisque dans ce cas précis, les associés n'interviennent pas en tant que créanciers. En effet, les apporteurs en capital ont vocation à supporter les risques de l'exploitation, soit totalement, soit à concurrence de leurs mises. D'ailleurs ceux-ci ne sont éventuellement remboursés de leurs apports qu'après paiements de tous les créanciers.

La reconnaissance du privilège d'argent frais au profit des associés aurait mis en échec ce socle du droit des sociétés. En effet, elle aurait permis à ces associés d'être payés avant les créanciers ou certains d'entre eux. En revanche, un associé peut accéder au privilège s'il réalise un apport en compte courant, ce qui équivaudrait à un apport en trésorerie. Il serait alors un créancier au même titre que les autres. Une lecture *a contrario* de l'article 5-11, al. 3 de l'AUPC autorise une telle interprétation⁵⁰.

Cependant, une partie de la doctrine a critiqué l'emploi de cette notion⁵¹. Les auteurs de cette doctrine reprochent à la notion « *d'apport en trésorerie* » son ambiguïté ce qui rend sa définition délicate. Pour pallier à cette difficulté, ils proposent de laisser l'initiative aux juges du fond pour déterminer quelles sont exactement les opérations qui relèvent de cette catégorie de celles qui ne le sont pas. La même difficulté terminologique revient dans la notion de « *bien ou service* » employée par le législateur. Afin de ne pas trop se disperser dans les débats doctrinaux relatifs à cette notion⁵², il nous semble préférable de se limiter à la position majoritaire de la doctrine⁵³ qui retient une conception assez large des contrats de fourniture de service ou de bien. Cette conception considère que les contrats bancaires font partie des contrats de fourniture de

⁴⁹ E. D. FOTSO, Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA, *Thèse préc.* p. 197.

⁵⁰ *Idem*, p. 198.

⁵¹ Voir notamment les critiques de V. BOUTHINON-DUMAS, Le banquier face à l'entreprise en difficulté, *ouvrage préc.*, p. 156.

⁵² V. en ce sens, M. OUALID, Responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit : Etude de droit comparé français-algérien, *Thèse préc.*, p. 423.

⁵³ Voir notamment : F. DERRIDA, P. GODE et J-P. SORTAIS, Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, *ouvrage préc.*, n° 664 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *ouvrage préc.*, n° 3197 ; P. PETEL, « Le sort des contrats avec une entreprise en difficulté », *article préc.*, p. 125 ; P. DELBECQUE, « Le régime des contrats cédés en application de l'article 86 », in Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire, *RJC*, 1992, p. 134 ; J-M. CALENDINI, « La détermination des contrats cédés en application de l'article 86 », in Le sort des contrats en cours dans le redressement judiciaire, *RJC*, 1992, p. 110.

service ou de bien. On peut donc dire que tous les contrats susceptibles d'être proposés par le banquier tels les contrats de crédit-bail, les contrats de conseil de gestion d'investissement ou de gestion de patrimoine, rentrent dans le champ d'application des articles 5-11, 11-1 et 33-1 de l'AUPC⁵⁴.

L'exigence d'un nouvel apport bancaire est un autre élément qui semble concilier la protection des intérêts du banquier et les objectifs de sauvegarde de l'entreprise en difficulté. Ainsi, pour que les apports bancaires visés dans la première condition puissent être pris en compte, il est indispensable qu'ils soient nouveaux. En substance, les articles 5-11, 11-1 et 33-1 de l'AUPC ont évité toute confusion⁵⁵ possible par l'utilisation expresse de l'adjectif « *nouvel* ». Les créanciers qui se contentent de consentir des délais de paiement ou des remises de dettes sans apporter du liquide ne sauraient prétendre au privilège. Même si une entreprise en difficulté peut voir ses charges financières allégées à la suite d'une remise de dettes ou d'octroi d'un délai supplémentaire de paiement, sa priorité est bien souvent de disposer d'un apport nouveau d'argent frais pour pouvoir se restructurer. On comprend dès lors que le législateur subordonne le privilège à un nouvel apport en trésorerie⁵⁶.

Cela dit, on pourrait légitimement se poser la question suivante : les ouvertures de crédits consenties antérieurement au jugement d'ouverture et utilisées postérieurement à celui-ci pourraient-elles être considérées comme un apport nouveau ? Pour répondre à cette question, une doctrine⁵⁷ souligne que seule la fraction du crédit utilisée antérieurement au jugement d'ouverture est une créance antérieure alors que la fraction utilisée après le jugement d'ouverture est une créance postérieure. À côté de la nouveauté de l'apport, le législateur OHADA exige que celui-ci soit destiné à assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise. Il en ressort que tous les crédits qui ne sont pas en rapport directe avec l'exploitation de l'entreprise ne peuvent pas bénéficier du privilège de l'argent frais⁵⁸.

⁵⁴ Toutefois, certains auteurs estiment que les contrats bancaires doivent être exclus du domaine des contrats de fourniture de service ou de bien. En ce sens, J-P. SENECHAL, note sous Cass. com., 13 avril 1999, DEFRENOIS, 1999, p. 870.

⁵⁵ Pour plus de précision sur cette question, v. l'intervention de A. MONTEBOURG. JO. Déb. Ass. Nat. française, 2^{ème} séance du 3 mars 2005, p. 1631.

⁵⁶ E. D. FOTSO, Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA, *Thèse préc.* p. 198.

⁵⁷ P-M. LE CORRE, « Le privilège de la conciliation », *article préc.*, n° 5.

⁵⁸ *Idem*, n° 3.

b- La nécessité d'un prêt bancaire

Le privilège d'argent frais ne bénéficie au banquier que lorsque son soutien financier est réalisé dans un plan de restructuration sécurisé en vue d'assurer la poursuite d'activité et la pérennité de l'entreprise. Ainsi, les prêts octroyés dans le cadre d'un accord de conciliation ou d'un concordat préventif ou de redressement, doivent être sécurisés. D'après une doctrine, il est souhaitable que le fournisseur de crédit soit systématiquement associé à la formation du plan de restructuration⁵⁹. En effet, le sauvetage de l'entreprise passe nécessairement par les conseils du banquier et son rôle déterminant. Autrement dit, son intervention est plus que jamais primordial⁶⁰. Le législateur de l'OHADA est donc soucieux de la protection du banquier prêteur car autant il incite le banquier à prendre part à l'élaboration du plan en l'assurant d'être payé, autant cette restructuration garantit le redressement de l'entreprise.

Par ailleurs, le droit des entreprises en difficulté ne réserve les avantages du privilège qu'aux crédits qui sont consentis dans le cadre d'un accord de restructuration. Ainsi, le droit OHADA subordonne expressément, dans l'alinéa 1 de l'article 11-1 de l'AUPC, le bénéfice du privilège à l'homologation du concordat préventif. Le législateur OHADA s'est voulu innovant et ne s'est pas limité à inciter le financement des seuls accords de conciliation homologués. Les crédits consentis dans le concordat préventif homologué sont également éligibles au privilège tout comme ceux consentis dans le concordat de redressement judiciaire. C'est pourquoi l'appellation *privilège de l'argent frais* ou de *fresh money* nous paraît mieux rendre compte de l'institution et nous paraît préférable à celle plus restrictive de *privilège de conciliation*.

Il est loisible de constater que les accords qui donnent lieu au privilège sont des accords sécurisés c'est-à-dire, qui ont été homologués par la juridiction compétente. En effet, la sécurisation de ces accords est matérialisée par l'onction judiciaire qui s'y attache. Cela dit, l'impératif d'une telle sécurisation se comprend aisément. Ainsi, l'apport en trésorerie ou la fourniture du bien ou du service par le créancier doit s'inscrire dans le cadre d'un concordat homologué par le tribunal. La prestation ne devra donc, en aucun cas, être fournie au débiteur avant l'intervention de ce concordat. Dès lors, le banquier qui dispense un nouveau crédit dans le cadre d'un accord de conciliation ou d'un concordat préventif ou de redressement, doit être

⁵⁹ J.-M. CALENDINI, « Les crédits accordés par les établissements de crédit après jugement », in Les établissements de crédit et la cessation de paiement des entreprises, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°18, mai 1988, p. 23.

⁶⁰ Idem.

particulièrement vigilant. Dans un jeu d'équilibrage des intérêts, il s'agit de protéger ceux de l'entreprise en difficulté elle-même contre des crédits ruineux qui compromettraient, par ailleurs, les intérêts des autres créanciers. En outre, il est question d'anéantir les doutes du créancier, d'abord contre le risque d'une remise en cause de ses intérêts, ensuite contre le risque de non remboursement. A cet effet, lorsqu'il s'agit d'un accord de conciliation ou d'un concordat préventif, il doit faire l'objet d'une homologation⁶¹.

Pour ce qui est du concordat de redressement judiciaire, l'homologation n'est pas exigée comme condition du privilège. En effet, l'accord de conciliation et du concordat préventif s'inscrivent dans des procédures collectives préventives essentiellement contractuelles et qui ont donc besoin de l'onction judiciaire pour être sécurisés. En revanche, le concordat de redressement judiciaire, quant à lui, s'inscrit, dans une procédure collective curative dont le caractère très judiciaire assure, d'office, au concordat la sécurité dont il a besoin. En conséquence, le concordat préventif tout comme l'accord de conciliation, restent l'affaire des parties, notamment du débiteur et ses créanciers⁶².

Mais qu'en est-il dans l'hypothèse où les négociations ont échoué ou ont débouché sur un accord de conciliation ou un concordat préventif non homologué ? Cette question est triviale car s'il n'y a pas d'accord homologué, il n'y aura pas de privilège. Toute chose qui conduit à déduire que le privilège est également exclu s'il y a eu échec des négociations. En conséquence, ce sont des accords méritants que le droit OHADA récompense par le privilège de l'argent frais. En l'absence des décisions du juge africain jusqu'à ce jour sur cette question, cette solution a déjà été retenue par la jurisprudence française s'agissant de la conciliation⁶³.

Le législateur OHADA prévoit également un régime de faveur aux crédits consentis pour des besoins de poursuite de l'activité du débiteur. Mais il insiste sur le fait que ce soutien financier doit avoir servi les objectifs de la procédure, qu'il s'agisse du redressement de l'entreprise, du

⁶¹ L'exequatur de l'accord de conciliation est également suffisant pour que les crédits consentis dans l'accord bénéficient du privilège. Si l'article 5-10 de l'AUPC prévoit que l'homologation ou l'exequatur d'un accord de conciliation est de droit et ne peut être refusé qu'en cas d'atteinte à l'ordre public, l'article 5-11 du même texte invite cependant le juge, dès lors que l'accord à lui soumis contient un ou plusieurs apports nouveaux de trésorerie, à vérifier que l'apport en question est bien éligible au privilège d'argent frais et que l'octroi du privilège ne porte pas atteinte aux intérêts des créanciers non parties à l'accord. Ce n'est qu'après ces vérifications que la décision d'homologation ou d'exequatur pourra être rendue. Sans reprendre le contenu de l'accord, elle devra néanmoins mentionner le privilège dont bénéficie l'apport ainsi que les montants garantis.

⁶² Sur la nature du concordat préventif, v. M. N. MBAYE, « Réflexions sur la modification du concordat préventif en droit OHADA », *Pénant*, 2010, n°870, p. 32.

⁶³ Cass. Com., 22 mai 2013, Gaz. Pal., 13 mai 2013, n° 194, note F. REILLE.

paiement des créanciers ou de la préservation de l'emploi⁶⁴. Cela dit, le droit des procédures collectives reste donc soucieux de la protection du banquier créancier postérieur. Ainsi, selon les articles 5-11, 11-1 et 33-1 de l'AUPC, l'apport doit être réalisé en vue d'assurer la continuation de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité. Il peut être difficile d'apprécier l'impact d'un apport sur la pérennité de l'entreprise débitrice, mais on se doute bien que les crédits consentis par le banquier dans le cadre d'un accord de conciliation poursuivent une telle finalité dès lors que ces crédits sont liés à l'exploitation. D'après un auteur⁶⁵, ce critère légal de protection des crédits consentis pour les besoins de la poursuite de l'activité suscite à l'évidence de nombreuses difficultés d'interprétations provoquant deux conceptions divergentes.

Pour les partisans d'une conception restrictive, il s'agit d'un lien d'utilité qui conduit à prendre en compte le fait que le soutien financier devrait, a priori, être utile. Même si en définitive, elle n'a pas réellement tourné en faveur de l'entreprise ou des créanciers⁶⁶. En effet cette interprétation devrait conduire à l'analyse suivante : les soutiens financiers qui n'ont aucun lien avec l'exploitation de l'entreprise en difficulté doivent être exclus du privilège de l'argent frais. Il s'agit des crédits à la consommation ou encore les crédits immobiliers pour habitation. Ainsi, un auteur⁶⁷ estime que c'est pourquoi les alinéas 3 et 4 de l'article 33-1 de l'AUPC excluent l'extension de ces avantages à ceux qui ont consenti des apports à l'occasion d'une augmentation de capital, ou encore à ceux dont la créance est née antérieurement à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. Ces opérations sont, par principe, effectuées en période normale d'activité. On peut encore les désigner sous le terme d'apports bancaires d'origine légale. C'est enfin, selon le même auteur, ce qui justifie aussi l'alinéa 3 de l'article 27 de l'AUPC, qui dispose que « *le projet de concordat de redressement judiciaire peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient* ». Le législateur OHADA a opté pour cette conception.

En revanche, les partisans d'une conception large ne sont pas favorables à une quelconque référence à la notion d'utilité et pense qu'il suffit que le crédit soit lié à la poursuite de l'activité

⁶⁴ V. en ce sens, L. TCHAKOTEU MESSABIEM, La protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'O.H.A.D.A, comparaison avec le droit français, *Thèse préc.*, p. 269.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ Ph. PETEL, Procédures collectives, 4^e éd., Dalloz, p. 99 ; PEROCHON et BONHOMME, Droit des entreprises en difficulté-Instrument de paiement et de crédit, 7^e éd., LGDJ, n° 313.

⁶⁷ J. WAMBO, « Les procédures collectives d'apurement du passif », *Exposé de la conférence de stage*, Barreau du Cameroun, 10 septembre 2015, p. 25.

ou de la procédure elle-même⁶⁸. Cette interprétation comme le souligne le professeur Philippe PETEL, intègre dans le privilège de l'argent frais tout ou partie des solutions litigieuses⁶⁹. Vu les limites de la conception restrictive observées dans le droit OHADA, il nous semble préférable de converger vers la conception large qui est plus soucieuse de la préservation des intérêts. Celle-ci évoque, deux solutions avantageuses qui envisagent non seulement la protection du banquier mais aussi favorise le redressement de l'entreprise.

Ainsi, nous sommes d'accord avec cette doctrine⁷⁰ qui déclare que la première solution permet d'assurer la sécurité juridique des banquiers appelés à traiter avec le débiteur ou le syndic dans l'hypothèse où l'on souhaite favoriser la poursuite de l'activité. Etant entendu que cette poursuite implique un maximum de chance au privilège de l'argent frais. Le même auteur ajoute que la deuxième solution permet de responsabiliser le chef de l'entreprise défailante et le syndic dans leurs initiatives quant au financement de l'entreprise. Le soutien financier pour la poursuite de l'activité impose donc des mesures de protection du banquier impliqué, sans pour autant créer une augmentation incontrôlable du passif. En définitive, nous pensons qu'il est bon de trouver un équilibre des intérêts entre les parties dans la mise en œuvre de ce privilège étroitement encadré par le législateur⁷¹. Le législateur OHADA devrait donc s'inspirer de cette deuxième conception dite large. En effet, il ressort que le législateur OHADA n'a pas beaucoup évolué sur ce plan, et s'est encore beaucoup appuyé sur la loi française de 1994 dans la réforme de 2015. Or la loi doit constamment évoluer en fonction des besoins sociaux, politiques et économiques du moment.

2- La nécessité de l'ouverture d'une procédure liquidative postérieure à l'homologation de l'accord ou du concordat

Au sens de l'AUPC, le privilège de l'argent frais est conditionné à l'ouverture d'une procédure de liquidation des biens qui intervient, soit postérieurement à l'homologation de l'accord de conciliation⁷², du concordat préventif⁷³, soit par la conversion d'une procédure de redressement en liquidation des biens⁷⁴. En effet, le créancier ne peut bénéficier du privilège de l'argent frais que

⁶⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Droit des entreprises en difficulté », 5^e éd., *Domat droit privé*, n° 603.

⁶⁹ Ph. PETEL, « Les créanciers postérieurs », *Rev. Proc. Coll.*, 2006, n° 2, p. 144.

⁷⁰ L. TCHAKOTEU MESSABIEM, La protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'O.H.A.D.A, comparaison avec le droit français, *Thèse préc.*, p. 270.

⁷¹ *Idem*.

⁷² Cf. art. 5-11.

⁷³ Cf. art. 11-1.

⁷⁴ Cf. art. 33-1.

lorsqu'une procédure de liquidation des biens a été ouverte contre l'entreprise en difficulté (a). Mais avant cela le créancier devrait avoir déclaré sa créance dans cette procédure (b).

a- L'ouverture d'une procédure liquidative

Page | 181

Peu importe que les difficultés d'une entreprise soient traitées dans le cadre d'une conciliation, d'un règlement préventif ou d'un redressement judiciaire, l'ouverture de la liquidation des biens⁷⁵ est la condition sine qua non qui permet d'invoquer le privilège. Ainsi, l'établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un tel privilège que dans le cadre d'une procédure de liquidation des biens, postérieure au plan de restructuration qu'il a financé⁷⁶. A cet effet, le privilège d'argent frais n'est donc utile au banquier que lorsqu'une procédure de liquidative est ouverte à l'encontre du crédit. Une telle condition peut s'expliquer certainement par la nature même de la procédure liquidative⁷⁷ qui est une procédure de vente des actifs du débiteur et de désintéressement des créanciers. Cette procédure est une procédure de distribution et de partage. Les deniers à distribuer étant par hypothèse insuffisantes à payer tous les créanciers, le privilège sera alors, une puissante arme de protection du banquier. En effet, cet arme lui permettra, à défaut de recouvrer la totalité des fonds consentis, du moins à s'en sortir un peu mieux que les autres créanciers dans la distribution.

Les articles 5-11, 11-1 et 33-1 de l'AUPC prévoient que le privilège de l'argent frais n'est accordé qu'« en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à la conclusion d'un accord de conciliation homologué ou exequaturé », « en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à l'homologation du concordat préventif », ou encore « en cas de conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation des biens ». À l'analyse, il ressort clairement de ces dispositions, que l'ouverture de la procédure de liquidation des biens marque en fait l'échec de l'accord de restructuration financé par le créancier, et que le bénéfice du privilège vise à garantir le banquier contre cet échec⁷⁸. Dans l'hypothèse où l'accord de restructuration est bien exécuté, le prêteur est intégralement remboursé conformément à l'accord à tel enseigne que le privilège qui constituait la garantie de son remboursement, est

⁷⁵ Pour l'histoire de l'argent frais dans la procédure de liquidation des biens, v. P-M. LE CORRE, « Le privilège de la conciliation », *art. préc.*, n° 1.

⁷⁶ V. BOUTHINON-DUMAS, Le banquier face à l'entreprise en difficulté, *ouvrage préc.*, p. 157.

⁷⁷ CCJA, arrêt n°022/2011 du 06 décembre 2011, Aff. Compagnie Cotonnière Ivoirienne (CCI) C/ TIEMOKO KOFFI et ALAIN GUILLEMAIN, Recueil n°17, p. 57.

⁷⁸ Sur le domaine de ce privilège, v. M. OUALID, Responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit : Etude de droit comparé français-algérien, *Thèse préc.*, p. 422.

devenu sans objet. L'octroi du privilège de l'argent frais suppose donc que l'accord financé par l'établissement de crédit, à savoir l'accord de conciliation, le concordat préventif⁷⁹ ou de redressement judiciaire, ait échoué et n'ait pas été exécuté.

Par ailleurs, l'octroi du privilège de l'argent frais peut être exclu en cas d'ouverture d'un règlement préventif ou d'un redressement judiciaire. Les procédures de conciliation et de règlement préventif étant des procédures collectives préventives, elles sont teintées d'une bonne dose de liberté contractuelle⁸⁰. Ainsi, le prêteur qui tire les bénéfices d'un tel privilège, en vertu d'un apport financier dans le cadre de la conciliation ou du règlement préventif, aura le choix entre participer ou non à l'accord ou au concordat. En effet, s'il y participe, il sera payé conformément aux stipulations du concordat⁸¹. Mais au cas où il n'y participe pas, il ne pourra faire jouer son privilège de conciliation. A cet effet, il pourra assigner le débiteur en liquidation et obtenir contre lui l'ouverture d'une procédure de liquidation des biens. Encore faudrait-il qu'il rapporte la preuve de la cessation des paiements. En conséquence, le privilège de l'argent frais pourrait constituer un excellent moyen de pression du créancier contre le débiteur durant la phase de négociation de ces deux procédures.

Quant à la procédure de redressement judiciaire, un auteur⁸² déclare qu'un plan d'apurement du passif est conclu et est normalement exécuté. Le remboursement du crédit bancaire doit donc, dans le cadre de cette procédure, être fait conformément au plan de restructuration, ce qui suppose que le banquier déclare sa créance ainsi que son privilège. La même doctrine ajoute qu'en cas d'échec du plan de redressement et d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens, il pourra bénéficier du privilège d'argent frais. Ainsi, au cas où il avait déjà déclaré sa créance dans le redressement, il ne sera plus tenu de le faire mais la prudence commandera qu'il renouvelle sa déclaration auprès du syndic. En revanche, s'il avait omis de faire sa déclaration de créance dans le cadre de la procédure de redressement, il pourra désormais le faire dans le cadre de la procédure de liquidation. En définitive, en l'absence de tout processus de distribution de deniers dans les

⁷⁹ V. CCJA, arrêt n° 50/2015 du 27 avril 2015, Aff. Banque Européenne d'Investissement C/ Sté FITINA SA.

⁸⁰ V. CCJA, 2^e ch., arrêt n° 014/2015 du 02 avril 2015, Aff. Société Générale de Banques en Côte d'Ivoire (SGBCI) C/ Société Civile Immobilière Rue des Pêcheurs ; V. également, CCJA, 3^e ch., arrêt n° 026/2015 du 09 avril 2015, Aff. Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie de la Côte d'Ivoire dite BICICI c/ La Société DELBAU ; V. CCJA, 3^e ch., arrêt n° 097/2016 du 02 juin 2016 Société Euro-Africaine pour le Commerce, l'Industrie et le Développement c/ Société CIMBENIN.

⁸¹ V. CCJA, arrêt n° 023/2006 du 16 novembre 2006, Aff. SAFCA et SAFBAIL C/ Sté Air CONTINETAL, Recueil de jurisprudence de la CCJA n° 8, p. 27.

⁸² E. D. FOTSO, Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA, *Thèse préc.* p. 206.

procédures de conciliation, de règlement préventif et de redressement judiciaire, le privilège du banquier ne lui sera d'aucune véritable utilité. Par conséquent, ce privilège ne sort ses effets qu'en cas de conversion du règlement préventif ou du redressement judiciaire en liquidation des biens. C'est alors là et là seulement que le banquier pourra faire valoir son tout puissant privilège et surpasser tout autre créancier.

b- La nécessité de la déclaration de la créance bancaire

Le terme « *postérieurement* » contenu dans les articles 5-11, 11-1 et 33-1, signifie que le privilège ne profite au banquier que si la procédure de liquidation intervient après l'accord financé. En d'autres termes, la créance bancaire devrait nécessairement être antérieure à l'ouverture de la procédure de liquidation des biens⁸³. A cet effet, le créancier est donc un créancier dans la masse. Rappelons que l'article 72, alinéa 3 de l'AUPC prévoit en ces termes que « *la masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture* ». Il s'ensuit que le banquier doit déclarer sa créance à la procédure de liquidation des biens. C'est ce que relève le législateur OHADA à l'article 78 de l'AUPC⁸⁴ qui fixe un délai de soixante (60) jours. Cette exigence n'est pas fortuite car le banquier s'expose au dessaisissement de son privilège en cas d'inobservation de ce délai.

En outre, le législateur communautaire précise qu'à défaut du respect des dispositions de l'article 78 de l'AUPC, la créance du banquier est inopposable à la procédure liquidative en application de l'article 83⁸⁵ de l'AUPC. Toutefois, si le fournisseur de crédit obtient du juge-commissaire un relevé de forclusion⁸⁶, il pourra être autorisé à prendre part à la table des distributions et de partage. Le relevé de forclusion peut être obtenu du juge-commissaire si le

⁸³ Sur la question de créance antérieure, P-M. LE CORRE, « Le privilège de la conciliation », *article préc.*, n° 5.

⁸⁴ Cf. art. 78 de l'AUPC, qui prévoit à son alinéa 1 que : « *A partir de la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens et jusqu'à l'expiration d'un délai de soixante (60) jours suivant la deuxième insertion dans un Journal d'annonces légales de l'État partie concerné tel que défini à l'article 1-3 ci-dessus, tous les créanciers composant la masse, à l'exception des créanciers d'aliments, doivent, sous peine de forclusion, produire leurs créances auprès du syndic* ».

⁸⁵ Cf. al. 1 et 2 de l'art. 83 de l'AUPC : « (1) *Les créanciers qui n'ont pas produit dans les délais et aux conditions prévus aux articles 78 à 80 ci-dessus et qui n'ont pas été relevés de forclusion ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes. Leurs créances sont inopposables à la masse et au débiteur pendant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, y compris durant la période d'exécution du concordat de redressement judiciaire.* (2) *Les créanciers défaillants ne peuvent être relevés de forclusion que par décision motivée du juge-commissaire, tant que l'état des créances n'a pas été arrêté et déposé dans les conditions prévues à l'article 86 ci-dessus et uniquement s'ils démontrent que leur défaillance n'est pas de leur fait* ».

⁸⁶ Sur cette question, v. CS de la République du Congo, arrêt n° 02, GCS.01, du 27 avril 2001, aff. Syndics liquidateurs de la société manufacture congolaise de chaussure dite M.C.C. ex BATA/MBERI Pierre, Ohadata J-13-96.

banquier établit qu'en raison de l'enclavement de son siège, il n'a pas été informé dans un délai raisonnable de l'ouverture de la procédure et n'a donc pas été mis en mesure de produire sa créance dans le délai requis⁸⁷.

Enfin, l'AUPC précise que : « *La demande en relevé de forclusion doit être formée par voie de requête adressée au juge- commissaire. Si le juge-commissaire relève de la forclusion les créanciers défaillants, mention en est portée par le greffier sur l'état des créances. Les frais de l'instance en relevé de forclusion sont supportés intégralement par eux. Les créanciers défaillants relevés de la forclusion ne peuvent concourir que pour les répartitions et les dividendes postérieurs à la décision de relevé de forclusion* »⁸⁸. Ainsi, dans sa déclaration, le banquier doit mentionner le privilège dont est assortie sa créance. En effet, un auteur⁸⁹ souligne que le privilège est l'accessoire de la créance. Par conséquent, à défaut d'une mention, dans la déclaration de créance, selon laquelle la créance est assortie du privilège, et celui-ci sera inopposable à la procédure collective. Selon la même doctrine, le banquier court le risque, en cas de négligence, de se retrouver, soit avec une créance inopposable, soit avec une créance nue, c'est-à-dire opposable mais dénuée de garantie. Cette position doctrinale semble remettre en cause la protection effective du banquier qui s'attache au privilège d'argent frais. Le législateur OHADA devrait donc en tenir compte dans ces prochaines réformes s'il veut atteindre l'effectivité d'un équilibre des intérêts entre banquier et le débiteur. Etant entendu que ce dernier est déjà protégé.

B- Les conséquences du privilège favorable au banquier

La mise en œuvre du privilège de l'argent frais est matérialisée par le paiement préférentiel du fournisseur de crédit. A cet effet, que ce soit sur le plan juridique (1) ou sur le plan pratique (2), les conséquences de ce privilège demeurent favorables au banquier.

1- Les conséquences juridiques du privilège

Le privilège de la new money confère au banquier une priorité de rang dans le paiement (b) qui a pour assiette tous les biens du débiteur (a) et qui s'exerce dans un ordre et selon les modalités

⁸⁷ Sur l'ensemble de cette question, v. TGI Noun (Cameroun), Ord. 20 fév. 2009, aff. NJANSEB Dieudonné C/ Société d'exploitation financière du Noun.

⁸⁸ Cf. al. 3, 4 et 5 de l'art. 83 de l'AUPC.

⁸⁹ P.-M. LE CORRE, « Le privilège de conciliation : questions- réponses », Gaz. pal., janv. 2014, n°14, p. 44.

fixées par la loi. De plus, l'opposabilité du privilège est de nature à renforcer sa portée juridique (c).

a- L'assiette du privilège

Tous les biens du débiteur, meubles ou immeubles répondent au désintéressement des bénéficiaires du privilège « *d'argent frais* ». Les articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPC créent donc un privilège général, mobilier et immobilier. Seuls les biens détenus par le débiteur mais appartenant à des tiers⁹⁰ échappent à l'assiette de la sûreté⁹¹. D'après un auteur⁹², le banquier bénéficie de ce privilège non seulement sur les biens existants, mais aussi sur ceux qui réintègrent le patrimoine du débiteur à la suite des actions en inopposabilités de la période suspecte. En effet, de telles actions ont pour but de reconstituer le patrimoine du débiteur. Il en est de même du produit des actions en comblement du passif qui devrait être affecté, en priorité, au désintéressement des créanciers des articles 5-11, 11-1 et 33-1, ainsi que les sommes résultant d'actions en responsabilité exercées par le représentant des créanciers. C'est donc l'ensemble du patrimoine du débiteur qui est pris en compte dans le règlement du banquier bénéficiaire du privilège de l'argent frais.

b- Le banquier bénéficiaire d'une priorité de rang

Le paiement par préférence⁹³ institué en faveur des bénéficiaires du privilège « *d'argent frais* » afin de favoriser le financement de la poursuite de l'exploitation et d'inciter les partenaires financiers des entreprises à faire crédit à l'entreprise malgré sa soumission à la procédure se dégage clairement des articles 166 et 167 du nouvel AUPC. À la lecture de ces deux textes, il ressort que les créanciers bénéficiant du privilège des articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPC, sont payés en priorité⁹⁴. En conséquence, dans la répartition des deniers provenant de la réalisation des immeubles et des meubles, banquiers occupent le premier rang⁹⁵. Il apparaît que suivant la

⁹⁰ Le cas des biens vendus avec une réserve de propriété, v. A. S. ALGADI, Contrats et droit OHADA des procédures collectives : Etude à la lumière du droit français, *ouvrage préc.*, p. 224 et s.

⁹¹ J. D. MAGUEU KAMDEM, Le financement des entreprises en difficulté en droit OHADA, *Thèse préc.*, p. 340.

⁹² Idem.

⁹³ Ou paiement par privilège. V. L. TCHAKOTEU MESSABIEM, La protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'O.H.A.D.A, comparaison avec le droit français, *Thèse préc.*, p. 267-268.

⁹⁴ Pour une illustration du classement de l'article 166 de l'AUPC, v. F. M. SAWADOGO, Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, *préc.*, p. 120.

⁹⁵ Cf. l'al. 1 de l'art. 166 de l'AUPC, « *Les deniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués dans l'ordre suivant : 1°) aux créanciers bénéficiant du privilège prévu par les articles 5-11, 11-1 et 33-1 ci-dessus* », et l'al. de l'art. 167 du même texte : « Sans préjudice de l'exercice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif

configuration du passif, cet ordre ne pourrait se révéler insuffisamment protecteur : c'est le point culminant de la recherche de l'équilibre des intérêts entre ceux du banquier et ceux du débiteur. Cet équilibre résulte du fait que, dans la réforme de 2015, le législateur OHADA a cru devoir favoriser la dynamique du redressement en facilitant l'octroi du crédit aux entreprises en difficulté. Toutes choses qui nécessitent la protection juridique du bailleur de fonds du moment où l'opposabilité du privilège est calquée sur le rang qu'occupe ce dernier.

c- L'opposabilité du privilège dans les procédures liquidatives

Après la réalisation des biens immeubles et meubles, il ressort des articles 166 et 167 du nouvel AUPC que le banquier bénéficiant du privilège de la new money passe à la caisse avant tous les autres créanciers de l'entreprise⁹⁶. Ainsi, ses créances sont donc opposables aux créanciers de frais de justice, aux créanciers de salaires super privilégiés⁹⁷, aux créanciers hypothécaires, aux créanciers séparatistes, aux créanciers de la masse, aux créanciers gagistes, aux créanciers munis d'un privilège général, aux créanciers chirographaires, etc. Cette opposabilité est justifiée car les concours financiers sont apportés afin de sauver l'entreprise dans l'intérêt de tous les créanciers anciens et nouveaux. Ils doivent donc être préférés à ces derniers. Cette priorité de préférence est une garantie de remboursement intégrale du crédit que le législateur a mis sur pied pour faciliter le financement des entreprises en difficultés surmontables. Les intérêts du banquier sont dès lors équilibrés avec celle du débiteur et sa responsabilité civile est limitée⁹⁸.

Ainsi réglé le conflit externe, il convient également de s'appesantir sur le conflit interne qui intervient lorsque les bénéficiaires du privilège viennent en concours entre eux. Une telle hypothèse s'observe généralement lorsque les deniers à distribuer sont insuffisants pour désintéresser tous les bénéficiaires du privilège. En pareille hypothèse, doit-on désintéresser certains au détriment des autres ?

Les alinéas 2 des articles 166 et 167 du nouvel AUPC prévoient qu'en cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 7° et 8° du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans

au paiement, les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués dans l'ordre suivant : 1°) aux créanciers bénéficiant du privilège prévu par les articles 5-11, 11-1 et 33-1 ci-dessus ».

⁹⁶ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, ouvrage préc.*, p. 112, n° 220. D'après cet auteur le banquier devant les traditionnels « *insurpassables* » que sont les créanciers des frais de justice et le super privilège des salaires.

⁹⁷ Sous réserve des articles 95 et 96 de l'AUPC.

⁹⁸ F. BOUCARD, « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit », *article préc.*, p. 17-18.

la proportion de leurs créances totales, au marc le franc⁹⁹. Cela signifie que le banquier doit être payé de la même manière que les autres bénéficiaires du privilège en proportion de leur créance si le patrimoine du débiteur ne permet pas de les désintéresser en totalité. Une telle mesure a l'avantage de satisfaire ne serait-ce que partiellement le banquier bénéficiaire du privilège.

Mais nous regrettons que cette mesure ne soit prévue que dans le cadre de la liquidation des biens. En effet, ce privilège est inopposable dans la procédure de redressement judiciaire. Ici le banquier occupe les 5^e et 7^e rangs réservés aux créanciers de la masse. Ainsi, il serait judicieux de l'appliquer également dans cette procédure non liquidative tant sur la concurrence externe du banquier et des autres créanciers, que sur la concurrence interne des bénéficiaires du privilège entre eux¹⁰⁰. C'est entre autres ce qui confèrera au privilège sa portée pratique.

2- Les conséquences pratiques du privilège

Le privilège de l'argent frais a été institué afin de promouvoir les fournitures de crédit aux entreprises qui connaissent des difficultés¹⁰¹. L'idée d'opérer et de maintenir une distinction de traitement entre les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture de la procédure collective est résolument bonne. Toute distinction postule un objectif déterminé. En effet, si les personnes ayant financièrement concouru au sauvetage d'une entreprise en difficultés bénéficient d'un tel traitement préférentiel, c'est dans le dessein d'« *appâter* »¹⁰² les apporteurs de crédits, en leur accordant en contrepartie de leurs concours, un paiement à l'échéance et à défaut une priorité de paiement. Il s'agit de parvenir à financer les entreprises en difficultés. De la sorte, l'approvisionnement des entreprises en difficultés est assuré. Etant à l'abri des poursuites individuelles des créanciers antérieurs, le débiteur pourra donc aisément reconstituer ses fonds.

Dans le but de favoriser au maximum le financement des entreprises en difficultés, le législateur OHADA assure aux bénéficiaires du privilège de l'argent frais un traitement préférentiel. Le banquier n'octroierait jamais un crédit à une entreprise en difficultés sans avoir une certaine garantie du remboursement. Cette frilosité bancaire constitue l'une des motivations

⁹⁹ V. également dans ce sens, les al. 2 des art. 225 et 226 de l'AUS.

¹⁰⁰ Sur cette question v. C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? », *article préc.*, n° 12.

¹⁰¹ V. Ch. GAMALEU KAMENI, L'implication des créanciers dans les procédures collectives. Etude comparée du droit français et du droit de l'OHADA, *ouvrage préc.*, 2015.

¹⁰² F. PEROCHON et R. BONHOMME, Entreprises en difficultés-instruments de crédits et de paiement, *ouvrage préc.*, n° 3 03 et s.

d'ordre pratique¹⁰³ qui ont poussé le législateur africain à accorder un traitement de faveur au banquier bénéficiaire d'un tel privilège. Cette contrainte a obligé le législateur à protéger les intérêts du banquier. Et depuis la réforme de 2015, les intérêts de ce dernier sont équilibrés avec ceux du débiteur en difficulté. C'est dans ce sens qu'un auteur¹⁰⁴ souligne que : « *ce n'est donc pas l'empire de générosité qui inspire le législateur OHADA lorsqu'il institue les articles 5-11, 11-1 et 33-1 du nouvel AUPCAP, mais la loi de la nécessité. Ces articles constituent d'ailleurs la pierre angulaire du financement des entreprises dans l'optique de leur sauvetage* ».

Toutefois, s'il est vrai qu'une telle règle a vocation à inciter les partenaires financiers au financement des entreprises qui connaissent des difficultés, il n'en demeure pas moins qu'elle peut également avoir des conséquences néfastes. Ainsi, nous sommes d'accord avec cette doctrine¹⁰⁵ qui estime que la priorité de paiement peut constituer un obstacle au financement des entreprises in bonis. En effet, la distinction entre les créanciers antérieurs et postérieurs est de nature à décourager les partenaires financiers des entreprises¹⁰⁶. Ceux-ci auront du mal à apporter leur concours aux entreprises non encore soumises à une procédure collective, au regard de cette priorité de paiement instituée en faveur des créanciers postérieurs des entreprises en difficultés.

Ainsi, pour favoriser la sauvegarde des entreprises en difficultés, le législateur communautaire a jugé nécessaire de sacrifier les créanciers antérieurs aux besoins de la procédure par le biais du privilège de l'argent frais. Non seulement les sacrifices sont imposés aux créanciers antérieurs, mais aussi, et surtout, ceux-ci sont primés par les bénéficiaires du privilège en cas de redressement judiciaire et de liquidation des biens¹⁰⁷. Une telle initiative a pour conséquence de limiter le financement des entreprises in bonis, d'une part, et de générer le déséquilibre des intérêts en défaveur des créances bancaires antérieures, d'autre part. En effet, un établissement de crédit confronté à son débiteur en difficultés peut tout d'abord l'inciter à demander l'ouverture d'une procédure collective, afin de poursuivre son concours financier dans des conditions plus favorables.

¹⁰³ G. RIPPERT et R. ROBLLOT, par P. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, p. 1041.

¹⁰⁴ Sur cette question, v. notamment J. D. MAGUEU KAMDEM, *Le financement des entreprises en difficulté en droit OHADA, Thèse préc.*, p. 358.

¹⁰⁵ V. J. D. MAGUEU KAMDEM, *Le financement des entreprises en difficulté en droit OHADA, Thèse préc.*, p. 349.

¹⁰⁶ L. TCHAKOTEU MESSABIEM, *La protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'O.H.A.D.A, comparaison avec le droit français, Thèse préc.*, p. 270.

¹⁰⁷ H. SALEY SIDIBE, *Le sort des créances postérieures en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA), Thèse préc.*, p. 191.

Conclusion

Le présent article a été l'occasion de cerner le contour de la protection du banquier postérieur à l'ouverture de la procédure collective dans le privilège de l'argent frais. Cet équilibre se manifeste par le fait que les crédits nouveaux sont, non seulement, essentiels pour le sauvetage de l'entreprise, mais leur remboursement est garanti. Ainsi, en reconnaissant aux apporteurs de nouveaux fonds, le privilège de l'argent frais, le législateur de l'OHADA a réduit, vis-à-vis de ces bailleurs de fonds, la portée de l'article 117 de l'AUPC. Ce texte reconnaît désormais aux créanciers de la masse encore dits « *créanciers postérieurs* » le privilège d'être payés au 5^e ou 7^e rang. Ce n'est certainement plus sur le terrain de ce texte que participera à la distribution le banquier ayant soutenu financièrement l'entreprise en conciliation, en règlement préventif, ou en redressement judiciaire. En effet, le rang conféré par le privilège d'argent frais est infiniment plus favorable au fournisseur de crédit.

Mais fort est de constater que cette mesure incitative qui devrait consacrer l'effectivité de l'équilibre des intérêts entre les parties, rencontre quelques difficultés pratiques dans l'espace OHADA. Il en est ainsi du cas où les biens du débiteur qui constituent l'assiette du privilège n'ont pas une valeur suffisante pour assurer au privilège toute son efficacité. Il en est de même de la pratique malheureuse de nombreuses entreprises qui consiste à disparaître en dehors de toute procédure judiciaire ou encore à ne déposer le bilan qu'après distraction de tous les actifs de l'entreprise. Pour y remédier, l'utilité de ce privilège doit être portée à la connaissance de tous les praticiens du droit des affaires.

Par ailleurs, les articles 5-11, 11-1 et 33-1 de l'AUPC subordonnent ce privilège à la nécessité d'un nouvel apport bancaire, et à la nécessité de l'ouverture d'une procédure préalable d'une liquidation des biens postérieure à l'homologation de l'accord ou du concordat. Du point de vue de la nécessité d'un nouvel apport bancaire, la doctrine reproche à la notion « *d'apport en trésorerie* » son ambiguïté ce qui rend sa définition délicate. Pour pallier à cette difficulté, nous suggérons que seuls les crédits à court terme puissent être considérés comme un apport en trésorerie, car les crédits à moyen et à long terme sont destinés à financer des achats ou des investissements. S'agissant de la nécessité de l'ouverture d'une procédure liquidative postérieure à l'homologation du concordat ou de l'accord, nous avons constaté un risque de neutralisation du redressement de l'entreprise débitrice. Pour y remédier, nous proposons que le banquier créancier

de l'argent frais, soit payé dans le cadre d'une procédure non liquidative sans être soumis au plan de continuation.



Le client de l'entreprise de sécurité privée en Afrique noire francophone*The customer of private security company in francophone black Africa*

Par:

Ulfila Winagnon AWANOU

Page | 191

Doctorant en Droit Privé Fondamental à l'Ecole Doctorale des Sciences Juridiques, Politiques et Administratives (ED-SJPA) de l'Université d'Abomey-Calavi.

Résumé :

La privatisation de la sécurité a conduit à un montage juridique, sous la forme d'une relation triangulaire de travail. Dans cette relation triangulaire, où existe un agent de sécurité recruté comme salarié par une entreprise de sécurité privée, un troisième acteur bénéficie des services de sécurité pour la protection des personnes et des biens. Ce client de l'entreprise de sécurité privée, que les législations des Etats d'Afrique noire francophone ne saisissent pas, occupe une place importante dans la relation triangulaire ainsi formée. L'absence de législation pour préciser son statut juridique laisse la pratique à la guise des professionnels. Pourtant, en sa qualité d'employeur de fait bénéficiant de certains pouvoirs patronaux, il serait plus judicieux qu'il lui soit appliqué certaines règles fondamentales du droit social. Par une application de la conception institutionnelle des relations de travail, l'on peut le rendre solidairement responsable de certaines obligations avec l'employeur de droit.

Mots clés : client - entreprise de sécurité privée – agent de sécurité – tiers – responsabilité.

Abstract:

The privatization of security has led to a legal set-up, in the form of a triangular working relationship. In this triangular relationship, where there is a security officer hired as an employee by a private security company, a third actor benefits from security services for the protection of people and goods. This actor, who the laws of the french-speaking black African states do not consider, occupies an important position in the triangular relationship thus formed. The lack of legislation to specify its legal status leaves the practice to the discretion of professionals. However, as a de facto employer with certain employer powers, it would be more appropriate for him to apply certain fundamental rules of social law. By applying the institutional concept of Labour relations, he can be made jointly and severally liable for some duty with the statutory employer.

Keywords : customer - private security company - security officer - third party - liability.



Introduction

La « *privatisation de la sécurité* »¹ cristallise des problématiques diverses² dont les tentacules s'étendent au droit du travail. Phénomène en pleine expansion en Afrique³, cette privatisation fait naître en droit du travail de nouveaux acteurs que le droit appréhende difficilement. Ainsi, l'idée selon laquelle, « *la frontière entre travail salariat et travail indépendant devient parfois floue dans les sociétés postmodernes...* »⁴ s'observe sur le marché de la sécurité privée en Afrique. Le montage juridique qui favorise ce nouveau marché prend la forme d'une relation de travail triangulaire faisant intervenir un client, une entreprise de sécurité privée et un agent de sécurité. L'entreprise de sécurité et l'agent de sécurité sont liés par un contrat de travail permettant au droit travail de fixer le régime juridique qui leur est applicable. Mais, il en va autrement du client dont le statut est encore imprécis en droit du travail. Considéré comme tiers aux relations de travail, ce client de l'entreprise de sécurité privée est insuffisamment saisi juridiquement. Néanmoins, les institutions du droit du travail qui sont mobilisées autour de cet acteur le rapprochent du statut d'employeur, suscitant maintes réflexions. Dès lors, l'étude du « *client de l'entreprise de sécurité privée en Afrique* » peut servir de tremplin à une réflexion sur son statut juridique.

« *L'entreprise de sécurité privée* » est une entité juridique aux contours et au contenu incertains. Le contour de l'entité est imprécis en raison de la confusion que l'on peut souvent entretenir avec certaines notions qui lui sont voisines. Aucune définition légale n'est proposée pour préciser ce qu'il faut entendre par entreprise de sécurité privée. L'expression est donc d'usage doctrinal. Pourtant, même dans la doctrine, aucune définition n'est unanimement admise pour préciser le contenu et les contours. Mais, des caractéristiques communes peuvent être retenues des définitions proposées par les auteurs. Selon un critère subjectif, l'entreprise de sécurité privée est

¹ Sur la question cf. CISSE (B.), *La privatisation de la sécurité en Afrique : à la recherche d'une réglementation juridique appropriée*, Thèse de Doctorat en Droit, Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2014, 509 p. ; BRYLEN (A.), *La privatisation de la sécurité en Afrique : défis et enseignement de la Côte d'Ivoire, du Mali et du Sénégal*, Genève, DCAF-OIF, 2016, 140 p.

² Du point de vue politique la sécurité est considérée comme une prérogative de l'Etat. Il fait partir des pouvoirs régaliens de l'Etat de sorte que sa privatisation pose déjà question au plan politique. Mais au niveau sociologique, la privatisation de la sécurité bien qu'en plein essor en Afrique pose un problème d'insécurité et du modèle de marché en matière d'emploi.

³ BRYDEN (A.) (Dir.), *La privatisation de la sécurité en Afrique : défis et enseignements de la Côte d'Ivoire, du Mali et du Sénégal*, Genève, Centre pour le Contrôle Démocratiques des Forces Armées (DCAF), 2016, p. 1.

⁴ SIDIBE (O. O.), « Quel futur pour le droit du travail en Afrique ? », *Communication présentée au séminaire organisé par l'Ecole Judiciaire de Rio de Janeiro les 8 et 9 octobre 2018* sur le thème « Le futur du droit du travail », inédit, p. 15.

une entité, généralement une personne morale, dotée de la personnalité morale. Il s'agit donc d'un sujet de droit. Elle est une personne de droit privé par opposition aux personnes de droit public qui fournit des prestations de sécurité privée contre rémunération. Selon un critère objectif, l'entreprise de sécurité privée est constituée en vue de fournir des services de sécurité. La finalité est souvent d'assurer la protection ou la sécurité de personnes, de biens, de sites, de localités, d'événements, de processus ou de systèmes d'information contre des risques essentiellement liés à la délinquance.

Ces caractéristiques rapprochent l'entreprise de sécurité privée de « *l'entreprise militaire privée* » ou de « *l'entreprise militaire et de sécurité privée* ». Un Projet de convention des Nations unies définit « *société militaire ou de sécurité privée* » comme « *une société commerciale qui fournit contre rémunération des services militaires ou de sécurité par l'intermédiaire de personnes physiques ou morales* »⁵. La doctrine propose qu'une entreprise militaire privée est une entité privée chargée de fournir des prestations de sécurité privée avec la possibilité d'usage d'armes à feu. Le groupe WAGNER⁶, soupçonné d'intervenir dans la lutte contre le terrorisme au Mali ou dans plusieurs autres pays d'Afrique noire francophones, en est une parfaite illustration. Par contre, l'« *entreprise de sécurité privée* » n'a pas vocation à faire des exercices militaires. Enfin, le terme « *entreprises militaires et de sécurité privées* » recouvre l'ensemble du secteur et les deux types de sociétés précédentes. Dans le cadre de la présente réflexion, l'expression « *entreprise de sécurité privée* » est préférée aux autres entités juridiques dans la mesure où l'étude n'entend s'intéresser qu'aux entités chargées exclusivement de la sécurité des personnes et des biens dans le secteur privé.

Ces entreprises de sécurité privée ont vocation à fournir des services de sécurité privée à des particuliers, personnes physiques ou morales. C'est en cela que les bénéficiaires de ces prestations ainsi fournies sont considérées comme les clients de l'entreprise de sécurité privée. Mais, aucune législation ne précise la qualité de ces clients. L'expression « *client d'entreprise de sécurité privée* » est donc un emprunt à la doctrine et à la pratique. Dans la pratique, il est constant

⁵ Cf. l'article 2 du Projet de convention sur les SMSP, p. 23 du Rapport du Groupe de travail sur l'utilisation de mercenaires comme moyen de violer les droits de l'homme et d'empêcher l'exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, § 38. Ce Rapport a été présenté le 5 juillet 2010 et il contient un Projet de convention sur les SMSP, Président-Rapporteur : M. José Luis Gómez del Prado, Résolution A/HRC/15/25. Disponible sur : http://www2.ohchr.org/english/issues/mercenaries/docs/A.HRC.15.25_fr.pdf (Consulté le 10 mars 2023).

⁶ BERTRAND (M.), « WAGNER, société militaire privée (SMP) et nouvel outil de la stratégie géopolitique moderne russe », *Sécurité globale*, vol. 24, n° 4, 2020, pp. 43-66. Consulté le 12 mars 2023. Voir aussi BEAUDIN (D.) « Comprendre les implications juridiques du groupe Wagner en droit international humanitaire », Article publié le 6 mars 2023, sur <https://blogue.sqdi.org/2023/03/06/comprendre-les-implications-juridiques-du-groupe-wagner-en-droit-international-humanitaire/>, Consulté le 12 mars 2023.

que ces clients sont des personnes physiques ou morales, généralement des structures financières ou bancaires, mais aussi des sociétés commerciales, ou même dans certains cas des institutions internationales. Il n'est pas exclu que ces clients soient aussi de simples particuliers engageant l'entreprise de sécurité privée pour assurer la protection d'un domicile ou bâtiment privé. L'on fera donc usage de la notion de « *client* » pour désigner cet acteur qui est le bénéficiaire des prestations de sécurité privée.

En effet, si l'entreprise de sécurité privée s'engage à fournir un service de sécurité au client, il faut dire qu'elle ne fournit pas cette prestation elle-même. Dans la pratique, l'entreprise de sécurité privée recrute des travailleurs appelés agents de sécurité pour les mettre à la disposition du client. La fourniture de protection des biens et services n'est donc assurée qu'à travers l'agent de sécurité recruté. Ce dernier est formé et mis à la disposition du client par l'entreprise de sécurité privée. Entre l'entreprise de sécurité privée et l'agent de sécurité, il existe donc un contrat de travail dans lequel la première est l'employeuse et le second, le salarié. Leur relation relève purement du droit du travail. Dès lors, leur statut pose moins de problèmes juridiquement, même s'il est posé régulièrement en débat⁷ la qualité du lien contractuel entre ces deux acteurs.

Cependant, entre ces deux acteurs, s'incruste un troisième acteur qualifié de tiers : c'est le client de l'entreprise de sécurité privée. L'entreprise de sécurité privée et l'agent de sécurité forment avec le client une relation triangulaire de travail. Il s'agit d'une forme de relation atypique⁸. L'agent de sécurité fournit sa prestation sur les installations du client, personne physique ou morale, au profit de qui l'entreprise de sécurité fournit ses services de sécurité. L'entreprise de sécurité ne fournit pas par elle-même la prestation. Pour ce faire, elle embauche le salarié, agent de sécurité, qui travaillera au profit du client. Dans la conception contractuelle, le client est donc considéré comme un tiers à la relation de travail. Or, on sait que la notion de tiers est indéterminée⁹.

⁷ Sur la question cf. not. POUGOUE (P.-G.), *Loc. cit.* p. 14 ; AFFODJO (D.), *Op. cit.* p. 153. ; DJIDENOU, (G. J.), *Le marché de la sécurité privée à Cotonou*, Mémoire de Maîtrise en Droit, Université d'Abomey-Calavi, 2014, 65 p. ; ONDZE (S.), *La garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris-Ouest-Nanterre-La-Défense, 2012 ;

⁸ Sur les relations atypiques, Cf. N'GASSAM (V.), *Les situations atypiques de travail*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Yaoundé II, 2006 ; POIRIER (M.), *Les contrats de travail atypique*, Thèse de Doctorat, Bordeaux 1992, 640 p.

⁹ ROLLAND (L.), « Sur les notions juridiques indéterminées. Les tiers en droit privé québécois, ces étranges étrangers », in *Revue générale de droit*, 35 (4), 2007, pp. 533–551 (Cf. <https://doi.org/10.7202/1027180ar> (18/04/20)).

Selon les auteurs, elle « est l'une des plus imprécises »¹⁰, recouvrant maintes acceptions¹¹ et dont l'appréhension est malaisée¹². La notion est non seulement polysémique, mais aussi à contenu variable¹³. Pour la doctrine, il est « en un sens général et vague, toute personne étrangère à une situation juridique ou une même personne autre que celle dont on parle »¹⁴. Il est une « personne étrangère à un acte juridique, à une situation juridique, un jugement, etc. »¹⁵. En matière contractuelle, le tiers désigne toute « personne n'ayant pas été ni partie ni représentée à un contrat et qui n'est pas touchée par son effet obligatoire et qui peut tout au plus se voir opposer »¹⁶. Cette définition met plus en exergue l'opposition du tiers aux parties au contrat¹⁷. Ainsi, dans la relation triangulaire formée autour de l'entreprise de sécurité privée, le tiers est l'intrus entre l'employeur et le salarié. Cette opposition classique est l'un des corollaires du principe de l'effet relatif des contrats¹⁸. Néanmoins, l'analyse factuelle permet d'être réservé quant à l'exclusion du client de la relation de travail.

¹⁰ PIEKUT (E.), *Les relations non-contractuelles de travail : essai sur le tiers au contrat*, Thèse de Doctorat en Droit Privé, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2016, p. 16, n° 3.

¹¹ SAINT-HILAIRE (Ph. D.), *Le tiers à l'acte juridique*, préf. J. HAUSER, Bibliothèque de droit privé, T. 333, LGDJ, 2000, p. 1.

¹² Ainsi, « C'est l'ensemble de la théorie à construire au sujet de la notion de tiers qui est presque impossible » (F. DEBRAND, *Étude de la règle « Res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest » : Droit romain. De la notion de tiers : Droit français*, thèse Dijon, 1890, 663 p. ; Thèse citée par SAINT-HILAIRE (Ph. D.), *Le tiers à l'acte juridique*, préf. J. HAUSER, Bibliothèque de droit privé, T. 333, LGDJ, 2000, p. 1). Sur cette thématique, V. notamment : AUSSEL (J.-M.), *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, thèse Montpellier, 1953, 378 p.

¹³ En effet, le droit utilise à la fois des concepts primaires, c'est-à-dire des représentations de réalités extra-juridiques comme la naissance ou la mort, et des notions réflexives et construites qui, comme le contrat, l'acte juridique ou la société, sont représentatifs de règles et d'institutions juridiques. A côté des notions rigoureuses, précises et détaillées, parfois même par des données quantitatives, comme la minorité, la majorité..., il existe des notions indéterminées mais déterminables, comme les bonnes mœurs, l'ordre public, le délai raisonnable... qui permettent de capter une infinité de situations prévisibles ou non, et de leur appliquer un traitement juridique approprié. Ces notions se caractérisent donc par leur disponibilité, leur ouverture au changement. Et cette ouverture a été voulue par le législateur. Cf. MONTCHO-AGBASSA (C. E.), *Contribution à l'étude d'une notion à contenu variable : Le délai raisonnable en droit privé*, Thèse de Doctorat, Université d'Abomey-Calavi, soutenue le 4 Juillet 2009, 338 p.

¹⁴ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Association Henri Capitan, Quadrige, 11^{ème} Ed. Mise à jour, PUF, 2016, V° Tiers, p. 1026.

¹⁵ PUIGELIER (C.), *Dictionnaire juridique*, Bruxelles, Buylant, 2^{ème} éd., Coll. « Paradigme », 2017, p. 1029, n° 5695.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ JURVILLIERS-ZUCCARO (E.), *Le tiers en droit administratif*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université de Nancy II, 2010, 603 p.

¹⁸ FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, T. 1, L'acte juridique*, Sirey, 13^{ème} éd., 2008, p. 382.

On sait que tout chef d'entreprise ou établissement est sans doute porté à avoir de la clientèle qu'elle soit commerciale¹⁹ ou civile²⁰. Le client est défini juridiquement comme « *celui qui, faisant confiance à un professionnel, recourt régulièrement à ses services ou même pour une première fois lui confie ses intérêts* »²¹. Si la notion est plus usitée en droit commercial sous le couvert de « *la clientèle* »²², il n'en demeure pas moins qu'elle est connue dans bien d'autres matières ainsi qu'elle fait son apparition dans le droit du travail avec les relations triangulaires. Dans cette relation atypique, le client est intéressé par la main-d'œuvre auprès de l'employeur de droit.

En effet, la crise économique qu'ont subie les États africains dans les années 1980 n'a pas qu'engendré la crise de l'emploi. Dans son versant inverse, elle a donné aussi lieu à une crise de main-d'œuvre subie par l'employeur. Cette crise de la main-d'œuvre a conduit les professionnels à imaginer des montages juridiques dans lesquels le « *salarié* »²³ et l'employeur évitent le contrat de travail. Les effets du contrat de travail sont contournés pour être mis à la charge l'employeur qui n'a guère besoin de la main-d'œuvre à proprement parler. Celle-ci n'est intéressée plutôt que par la clientèle et par les relations d'affaires. La privatisation de la sécurité privée s'inscrit parfaitement dans ce mouvement de marché de travail.

La pratique de privatisation de la sécurité qui est aujourd'hui en pleine expansion en Afrique subsaharienne²⁴ remonte aux années 1990. Depuis plus d'une décennie, le Bénin²⁵, à l'instar d'autres États africains²⁶, connaît l'expansion des entreprises privées de sécurité. Cette

¹⁹ La clientèle est un élément nécessaire et indispensable du fonds de commerce. Elle est toujours considérée comme l'élément essentiel du fonds de commerce sans exister de façon abstraite. (Akuété Pédro SANTOS, commentaire sous 136 de l'Acte Uniforme Portant droit commercial général en sa version révisée du 15 Décembre 2010).

²⁰ La clientèle civile ou professionnelle est celle détenue dans le cadre de certaines professions civiles ou libérales.

²¹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, *Op. cit.*, 183, V° « *Clientèle* ».

²² La clientèle est l'un des éléments incorporels indispensable à l'existence d'un fonds de commerce. Sur la clientèle, Cf. en droit OHADA : FOKO (A.), « Contribution à une étude juridique de la clientèle (A propos de l'avenir de la notion) », *Revue internationale de droit africain*, EDJA, 2009, n° 82, p. 9 et s.

²³ En réalité, ce ne sont pas les salariés à proprement parler, mais plutôt des indépendants qui veulent bénéficier du statut de salarié avec les avantages que la sécurité sociale peut leur offrir et que leur statut d'indépendant ne leur procure pas. L'une des illustrations de cette problématique est le portage salarial en vogue dans les pays développés et aujourd'hui en émergence sur le continent africain à travers les multinationales.

²⁴ BRYDEN (A.), « Les transformations de la prestation de services de sécurité : les prestataires de sécurité à but lucratif et la privatisation de la sécurité », Sénégal Dakar, 26 et 27 avril 2016, Doc. n° 6.

²⁵ Sur les enjeux au Bénin, Cf. AFFODJOU (D.), *Le droit béninois du travail, Guide pratique*, COPEF, Friedrich-Ebert-Stiftung, 1^{ère} éd., Cotonou, 2019, 352 p., spéc. 152.

²⁶ Sur le Cas du Cameroun, Cf. POUGOUE (P.-G.), « Réflexions sur la protection des délégués du personnel contre les licenciements en droit du travail camerounais », *Revue camerounaise de droit*, 1984, n° 27, pp. 1-25, spéc. 13. ; Pour la RDC Cf. OEARSE, *Etude de base sur l'industrie de la sécurité privée en RDC : Analyse des Provinces du Haut Katanga et du Lualaba*, 2019, 69 p.

pratique qui consiste à confier des missions à l'entreprise de sécurité privée est connue dans le monde des entreprises sous le nom d'« externalisation ». Selon la doctrine, elle permet de « donner des tâches, qui jadis se réalisaient en interne, à des personnes morales ou physiques extérieures qui les exécutent sous le contrôle de leur donneur d'ordre »²⁷. Deux raisons justifieraient l'opération : d'une part, le client a recours aux services de l'entreprise de sécurité privée pour des raisons économiques, notamment en matière de réduction du personnel et d'autre part, elle est justifiée par le recentrage sur le cœur des métiers²⁸. Ainsi, le salarié est subordonné plus à son employeur de droit, mais prestant pour le client que l'on considère comme un employeur de fait.

Cette forme de « privatisation de la sécurité »²⁹ soulève les mêmes problèmes organisationnels que les autres formes de relations triangulaires de travail parfois consacrées par les législations des Etats de l'Afrique noire francophone³⁰. Schématiquement, l'opération consiste, pour les entreprises concernées, à former des agents chargés d'assurer la sécurité des personnes et des biens, et à mettre ceux-ci, contre rémunération, à la disposition des personnes qui les sollicitent³¹. Le tiers en l'occurrence est un client (généralement plusieurs) de l'entreprise de sécurité. Mais, l'employé exécute sa prestation dans les locaux de chaque client, personnes physiques ou/et morales. En dépit de l'ampleur de cette pratique, l'on constate un attermoisement législatif. Au niveau international, les textes sont généralement destinés aux entreprises militaires et de sécurité privée³². Un Code de conduite international des entreprises de sécurité privée a même été proposé³³. Ces textes s'intéressent peu aux rapports juridiques du client des entreprises de sécurité privée. Au Bénin, c'est un arrêté en date du 10 juillet 2010³⁴ qui prévoit les conditions

²⁷ DAYAN (A.), *Manuel de gestion*, vol.1, éd. Agence Universitaire de la Francophonie, 2004, p. 202.

²⁸ CISSE (B.), *Thèse précitée*, p. 29.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Au Bénin par exemple, la relations d'intérim et la sous-traitance sont reconnue et consacrées respectivement par les articles 17 et 22 de la loi n°2017-05 du 29 août 2017 portant embauche, placement de main-d'œuvre et résiliation de contrat de travail. Ces différents types de relations de travail sont dits des relations triangulaires parce que faisant intervenir dans les rapports juridiques, outre l'employeur de droit et le salarié, un troisième acteur qui est soit un donneur d'ordre dans la sous-traitance, ou une entreprise utilisatrice dans l'intérim. Elles partagent des traits communs avec le montage juridique conduisant à la prestation de sécurité privée.

³¹ Au départ, seules les personnes physiques ou morales de droit privé avaient recours à ces agents de sécurité ; mais aujourd'hui même les personnes morales de droit public y ont recours.

³² Par exemple le Document de Montreux sur les obligations juridiques pertinentes et les bonnes pratiques pour les Etats en ce qui concerne les opérations des entreprises militaires et de sécurité privées pendant les conflits armés, 17 Septembre 2008.

³³ Code de conduite international des entreprises de sécurité privées, 9 Novembre 2010.

³⁴ L'arrêté n°145/MISPC/DC/DGPN/DCSP/SA portant sur la réglementation des activités de surveillance, de gardiennage et de protection des personnes et des biens par des entreprises privées, publié par décret le n°2012-870 du 10 juillet 2012.

minimales de travail des agents de sécurité du secteur privé. Dans certains ordres juridiques africains, une réglementation est consacrée³⁵. Au Cameroun, il s'agit de la loi n° 97/021 du 10 septembre 1997 relative aux activités privées de gardiennage. Certaines législations ont aussi prévu de ces genres de législations parcimonieuses pour régir un tant soit peu la pratique. Objectivement, ces différentes législations semblent plus préoccuper par la sensibilité du domaine concerné que des enjeux que cette pratique soulève en droit du travail. Ces textes, pour la plupart obsolètes³⁶, ne réglementent que le mode d'exercice de l'activité par l'entreprise de sécurité privée. Le Sénégal apparaît comme l'un des rares Etats disposant d'une convention collective nationale dans le secteur³⁷. Ainsi, ils s'intéressent principalement d'une part, aux conditions d'obtention d'agrément, et d'autre part aux conditions dans lesquelles les agents de sécurité reçoivent leurs formations et exercent leur activité. Les deux agents qui retiennent généralement l'attention des législateurs sont donc l'entreprise de sécurité privée et le salarié. Dans une relative limite, ces textes s'intéressent au lien juridique entre l'entreprise de sécurité privée et l'agent de sécurité.

En revanche, les rapports juridiques entretenus avec le client sont sinon ignorés, du moins sporadiquement réglementés. Dès lors, le statut du client de l'entreprise de sécurité privée est essentiellement délaissé par ces rares textes. Dans ses rapports avec les acteurs de la sécurité privée, le client serait alors soumis au droit commun. Or, selon la conception contractuelle des relations de travail³⁸, le client doit être considéré comme un tiers à la relation entre l'entreprise de sécurité privée et l'agent de sécurité. Il conviendrait alors de déterminer quelle catégorie de tiers

³⁵ Au Cameroun le secteur est organisé par la loi n° 97/021 du 10 septembre 1997 relative aux activités privées de gardiennage, modifiée et complétée par la loi n° 2014/027 du 23 décembre 2014 d'une part, et par le Décret N° 2015/407 du 16 septembre 2015 portant application de la loi n° 97/021 du 10 septembre 1997 relative aux activités privées de gardiennage, modifiée et complétée par la loi n° 2014/027 du 23 décembre 2014. En Côte d'Ivoire le secteur est organisé par exemple par le Décret N°2005-73 du 03 février 2005 portant réglementation des activités privées de sécurité et de transport de fond puis le Décret n° 150/MS/CAB du 02/02/2007 portant fixation des modalités de délivrance de l'agrément des personnels des entreprises Privées de Sécurité et de Transport de Fonds. Au Mali, il existe plusieurs instruments juridiques qui organisent l'activité surveillance, de gardiennage et de transport de fond. Les plus anciens sont d'une part, loi n° 96-020 du 18 Janvier 1996 relative aux entreprises privées de surveillance et de gardiennage, de transport de fonds et de protection de personnes et d'autre part, le Décret n° 96-064/P-RM portant réglementation des entreprises privées de surveillance et de gardiennage, de transport de fonds et de protection des personnes. Le texte de plus récent à notre connaissance est Arrêté 2011-0589/MS/PC du 24 février 2011 fixant les modalités d'application de la réglementation des activités des entreprises privées de surveillance et de gardiennage, de transports de fonds et de protection de personnes.

³⁶ EDEM (K. C.), « Chapitre III : la Côte d'Ivoire », in BRYDEN (A.), *La Privatisation de la Sécurité en Afrique - Défis et Enseignements de la Côte d'Ivoire, du Mali et du Sénégal*, Op. cit., p. 69.

³⁷ La Convention collective nationale du secteur de la sécurité privée signée le 17 janvier 2010.

³⁸ Cf. sur la doctrine contractuelle des relations de travail, notamment, LYON-CAEN (G.), « Défense et illustration du contrat de travail », in *Archives de philosophie du droit*, T. XIII, 1968 ; DOCKES (E.), « De la supériorité du contrat de travail sur le pouvoir de l'employeur », *Etudes Offertes à J. PELISSIER*, Dalloz, 2004, p. 203 et s.

correspondrait à la qualité du client de l'entreprise de sécurité privée. On sait que le droit des contrats, par application du principe de la liberté contractuelle³⁹, un des vestiges de la théorie de l'autonomie de volonté, oppose les parties au tiers. Sous cette vue civiliste, le client s'assimile au tiers « *penitus extranei* »⁴⁰. Il n'a consenti ni au contrat ni à ses effets⁴¹ et n'a donc « *aucun rapport juridique avec les parties* »⁴². Il serait alors tenu à l'écart du lien juridique entre l'employeur et le salarié par une parfaite application de la théorie de l'effet relatif du contrat de travail.

Les institutions juridiques, mobilisées autour du client, laissent penser à la spécificité de son statut juridique. Le montage juridique ne milite pas pour son inopposabilité aux effets juridiques du lien juridique entre l'entreprise de sécurité privée et l'agent de sécurité. En vérité, il est un acteur influent de leur relation de travail. En principe, il ne peut en être exclu, sans pour autant mettre à mal le montage juridique. Le client forme avec l'entreprise de sécurité privée et l'agent de sécurité un montage juridique de type particulier transposable en droit du travail. Dans ces montages juridiques, il se pose particulièrement la difficulté pour le salarié de déterminer le véritable employeur. La situation favorise ce que le Professeur Alain SUPIOT qualifie de « *dilution du pouvoir patronal* »⁴³. En l'absence de réglementation pour préciser les normes juridiques auxquelles le client est soumis, il se pose le problème de son statut juridique.

Dès lors, la détermination de son statut juridique soulève cette question : quel est le statut juridique du client dans le rapport triangulaire qu'il forme avec l'entreprise de sécurité privée et l'agent de sécurité ?

Préoccupation d'actualité dans presque tous les Etats d'Afrique noire francophone, la privatisation des services de sécurité pose bien de problématiques dont la recherche de solutions trouverait ses intérêts sur plusieurs plans. Mais, l'étude revêt essentiellement un intérêt théorique et pratique. Au plan théorique, la détermination du statut juridique du client de l'entreprise de sécurité privée permet de mieux apprécier les différentes règles juridiques et les principes auxquels ses rapports juridiques seraient soumis. Dans la pratique, le statut juridique permet de déterminer

³⁹ LARROUMET (C.) et BROS (S.), *Droit civil. Les obligations. Le contrat*, Paris, 8^{ème} éd., Economica, 2016, n° 741.

⁴⁰ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Coll. Quadrige, 11^{ème} Ed., 2016, V° « *penitus extranei* », p. 754.

⁴¹ Selon Jacques GHESTIN, « *Il s'agit d'un vrai tiers, en ce sens que sa volonté n'a participé en aucune façon, ni à aucun moment, à la création du lien obligatoire dont il bénéficie ou qu'il subit par le simple effet du droit positif* ». Cf. GHESTIN (J.), « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », in JCP, G. 1992, I, 3628.

⁴² ROLAND (H.), *Lexique juridique des expressions latines*, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2016, p. 275.

⁴³ SUPIOT (A.), « Les nouveaux visages de la subordination », *Dr. soc.*, 2000, n° 2, p. 133.

la nature et l'étendue de la responsabilité du client dans le rapport triangulaire formé avec l'agent de sécurité d'une part, et l'entreprise de sécurité privée d'autre part.

Les grilles d'analyse sont variables. On sait que « [...] le droit du travail, par l'analyse des principes fondateurs qui le justifient ou des mécanismes cardinaux qui l'animent, est appréhendé dans une double perspective historique, mais aussi pluridisciplinaire [...] »⁴⁴. Pour cette raison, la présente étude est de type analytique, systémique et pluridisciplinaire. L'analyse se veut aussi substantielle, car il s'agit d'apprécier le rôle de chaque figure de tiers dans les relations de travail. Pour mieux analyser le tiers dans les relations de travail dans le contexte actuel, il est procédé à l'analyse du droit positif béninois en rapprochement avec les ordres juridiques des Etats d'Afrique noire francophone. Car, on sait qu'en droit, il est possible de « comparer les contenus d'ordre juridiques différents afin de dégager certains types juridiques »⁴⁵, l'objectif étant d'identifier des modèles transposables ou reproductibles⁴⁶. La comparaison visera, à tirer leçon de l'expérience pratique et théorique pour mieux la conceptualiser et l'adapter au système béninois.

Pour mieux déceler particulièrement le statut du client, il y a lieu d'apprécier le double lien qu'il entretient avec les autres acteurs de la relation triangulaire ainsi formée. Cette appréciation révèle d'une part, que le client entretient dans les faits, une relation extracontractuelle avec le salarié, agent de sécurité. Dans ce rapport de fait, le client donne quelques fois des instructions qui relèvent de certains pouvoirs patronaux de l'employeur. D'autre part, le client est lié par une relation d'affaires avec l'entreprise de sécurité. Ce lien contractuel est marqué par l'influence du client sur l'entreprise de sécurité privée. Ainsi, si dans le lien extracontractuel avec le salarié, le client se présente comme un donneur d'ordre (I), il est juridiquement considéré dans la relation contractuelle avec l'entreprise de sécurité privée comme un partenaire d'affaires (II).

I- UN DONNEUR D'ORDRE DANS UN LIEN EXTRA CONTRACTUEL

Le lien entre l'agent de sécurité et l'entreprise cliente est extracontractuel. Ce lien se particularise par l'intermittence de la prestation de travail (A). Mais, c'est surtout le lien de

⁴⁴ FRAGO (M.), « Présentation de l'ouvrage de Alain SUPLOT, *Critiques du droit du travail*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 1994, Séminaire Ethique et Ressources Humaines », 2003-2004, p. 3.

⁴⁵ KELSEN (H.), *Qu'est-ce que la Théorie pure du droit ?*, Traduction de Ph. COOPENS, Rev. Droit et Société, 1953, p. 551 et s.

⁴⁶ PETIT (Fr.), « Esprit du droit et modèles en droit du travail », in *Esprit du droit africain, Mélanges en l'Honneur de Paul Gérard POUGOUE*, Op. cit., p. 633.

direction (B) qui est révélateur de la nature extracontractuelle des rapports entre l'agent de sécurité et le tiers client.

A- Un lien intermittent

La prestation exécutée auprès de l'entreprise cliente n'est pas faite nécessairement par un seul salarié. Très souvent, les exécutants de la prestation auprès de l'entreprise client interviennent de façon rotative. Ainsi, du point de vue individualiste, le salarié n'intervient pas de façon permanente dans l'entreprise cliente. Il y a intermittence dans la prestation fournie. De la sorte, le temps de travail auprès du client est généralement fractionné et ne représente que moins du tiers qu'il ferait dans le mois. Or, cette intermittence rend difficile l'appréhension de la relation avec le client.

Le travail de sécurité privée peut être bien présenté comme celui qui ne respecte pas les normes de travail en Afrique. En effet, le temps de travail connaît un encadrement tant en droit interne qu'en droit international. La réglementation du temps de travail au niveau international date de longtemps et est consécutive à des revendications syndicales⁴⁷. Prévues depuis le Code du travail des territoires d'outre-mer⁴⁸ et reconduites dans les États de l'espace OHADA, la durée légale hebdomadaire de travail est fixée à 40 heures par semaine dans les entreprises non agricoles⁴⁹. Ainsi, par principe et sauf dérogations, la durée du travail par jour ne peut excéder 08 heures. Toute heure supplémentaire est considérée comme l'exception et donne lieu à des indemnités. Le Projet d'Acte Uniforme s'inscrit dans ce même registre⁵⁰. Or, dans la pratique de la sécurité privée, ces réglementations sont très rarement respectées. Par exemple, dans une enquête de terrain réalisée en 2012 sur la pratique des sociétés de sécurité privée à Cotonou, il s'est révélé que les agents de sécurité (le travailleur) exécutent leur travail pendant une durée de 12 heures de temps d'affilée⁵¹ parfois sans pause. La pratique de ces sociétés ne respecte donc ni la durée légale de travail journalier ni les réglementations en matière de repos. Pourtant, l'état actuel de la législation sur ces sociétés de sécurité privée dite souvent de gardiennage ne permet pas d'engager la responsabilité du client à l'égard du salarié.

⁴⁷ CABANIS (D. A.), « Histoire de la réduction du temps de travail », in *La réduction du temps de travail*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 1998 ; LERAY (I.), *La réduction du temps de travail pour tous : la loi du 23 avril 1919, Deux siècles de droit du travail*. In Le CROM (J.-P.) (dir.), *L'histoire par les lois*, Ed. de l'Atelier, 1998, p. 117.

⁴⁸ Article 112 du code du travail des territoires d'outre-mer.

⁴⁹ Au Bénin, Cf. Article 142 du code du travail et article 47 de la convention collective générale.

⁵⁰ Article 81 du Projet d'Acte Uniforme sur le Droit du Travail.

⁵¹ DJIDENOU, (G. J.), *Le marché de la sécurité privée à Cotonou, Mémoire de Maîtrise en Droit*, Université d'Abomey Calavi, 2014, p 25.

Néanmoins, juridiquement, le client se présente comme un tiers à l'égard du salarié. Contractuellement, aucun lien juridique n'existe entre ces deux acteurs, le client étant étranger au contrat de travail. Or, théoriquement, celui qui est parfaitement étranger à une relation contractuelle de travail préexistante et nouée entre un employeur et un salarié ne saurait ni être lié par ses effets obligatoires ni intervenir dans son exécution⁵². Mais, parce que le contrat de travail est nécessairement relié « *au milieu juridique dans lequel il se déploie* »⁵³, « *les tiers ne peuvent ignorer l'existence du contrat* »⁵⁴. Dès que le contrat de travail n'est plus la chose des parties⁵⁵, le lien juridique qu'il génère ne peut tenir le tiers à l'écart. D'ailleurs, la prestation de travail qui procure plus de revenus à l'employeur est généralement destinée à une tierce personne : le client. Si la responsabilité sociale de l'employeur est fondée sur ce lien contractuel qu'il entretient avec le salarié, il en va autrement pour le cas de l'entreprise client dans le secteur de la sécurité privée. Dès lors, l'irresponsabilité contractuelle du client à l'égard du salarié caractérise traditionnellement leur rapport juridique.

Le salarié en cas d'insolvabilité de l'employeur dispose-t-il d'une action contre l'entreprise cliente ? La responsabilité du client dans le cadre des sociétés de sécurité privée à l'égard du salarié est une responsabilité extracontractuelle. Le défaut de contrat entre le client bénéficiaire de la prestation du salarié et ce dernier exclut toute responsabilité contractuelle du client. Seule la responsabilité délictuelle pourrait être envisagée à son égard dans le cadre du droit commun des obligations. La théorie contractuelle, qui innerve le droit du travail, exclut ainsi l'idée d'application du droit du travail au client d'autant que le contrat de travail est inexistant.

Même si l'on considère qu'il n'est pas nécessaire que le contrat de travail soit établi par écrit⁵⁶, en l'occurrence il manque de critères de relation de travail dépendant pour la simple raison que le salaire n'est pas versé par le client à l'agent de sécurité et que le lien de subordination est difficilement envisageable. Ce n'est donc que vers l'agence de sécurité, employeur de droit, que

⁵² PIEKUT (E.), *op. cit.*, p. 19, n° 19.

⁵³ GUELFUCCI-THIBIERGE (C.), « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », in *RTD Civ.* 1997, p. 357, n° 3.

⁵⁴ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 14^{ème} éd., 2014, p. 435, n° 1156.

⁵⁵ Cf. FAGES (B.), « Nouveaux pouvoirs. Le contrat est-il encore la "chose" des parties ? », *La nouvelle crise du contrat*, dir. JAMIN (CH.), MAZEAUD (D.), Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2003, p. 153-161. Cf. aussi : MAYOUX (S.), « La place de l'effet relatif du contrat en droit du travail », in *L'effet relatif du contrat*, (dir.) BOUDOT (M.), FAURE-ABBAD (M.), VEILLON (D.), LGDJ, coll. de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers Université de Poitiers, 2015, p. 136.

⁵⁶ L'écrit n'est pas obligatoire pour l'existence du contrat de travail.

le salarié (agent de sécurité) pourra exclusivement se tourner pour obtenir l'application des normes de travail. Pourtant, les constats de dérives de ces agences sont légions. Par exemple au Bénin, « *le secteur de gardiennage est gangrené par plusieurs maux dont notamment le manque de professionnalisme, la non-déclaration des agents à la Caisse nationale de Sécurité sociale (CNSS), le manque de formation, les licenciements abusifs, le retard dans le paiement des salaires, l'affairisme, etc.* »⁵⁷. Le recours du salarié contre le client aurait été un véritable palliatif contre de telles dérives. Or, la pluralité des clients et l'intermittence de la prestation rendent difficile une telle option sauf à considérer une responsabilité solidaire de tous les clients qui bénéficieraient de la prestation de l'agent de sécurité. Mais, cette solidarité ne trouverait son fondement que dans le lien de direction qui peut être déduit des rapports entre le salarié et le tiers client.

B- Un lien de direction

En principe, dans les rapports entre le tiers client et le salarié, c'est-à-dire l'agent de sécurité, il n'existe pas à proprement parler un lien de subordination qui justifierait l'existence d'un contrat de travail, critère d'applicabilité du droit du travail. Pour autant, les relations entre ces deux ne sont pas neutres. En effet, s'il est établi que par principe, le salarié ne reçoit d'ordre que de son employeur, c'est-à-dire la société de sécurité qui le met à la disposition du client, il y a lieu de préciser que la pratique révèle une autre réalité.

Dans ses rapports avec l'entreprise cliente, l'agent de sécurité privée est généralement soumis à un fractionnement du lien de direction. Non seulement ce lien est dominé par le rapport de fait que l'entreprise cliente exerce sur le salarié, mais il est aussi fractionné entre différents clients. C'est d'ailleurs ce dernier aspect du rapport de fait avec les clients de l'employeur qui particularise l'activité de sécurité privée et la distingue d'avec l'intérim⁵⁸ et d'autres types de

⁵⁷ Article de journal : « Bénin : après les centres de santé, des sociétés de gardiennage dans le viseur de la justice », publié par BéninWebTV Cf. sur le site <https://archives.beninwebtv.com/2018/08/benin-apres-les-centres-de-sante-des-societes-de-gardiennage-dans-le-viseur-de-la-justice-1/> (Article signé Hervé GANHOUEGNON le 2 Août 2018 à 11 : 10) consulté le Vendredi 03 octobre 2023.

⁵⁸ Les relations intérimaires émergent non seulement dans la pratique à travers les structures privées de mise à disposition de salarié ou par des cabinets privés de gestion de ressources humaines. Si par le passé, l'intérim n'était prévu que dans des textes règlementaires sporadiques, parfois inexistantes, depuis une décennie, les lois législatives sur le droit du travail ont toujours prévu dans les codes et loi spécifiques des articles réservés à l'intérim. C'est le cas par exemple au Bénin, au Togo, au Niger. Au niveau communautaire, le Projet d'Acte Uniforme de l'OHADA en cours d'élaboration semble avoir fait aussi l'option de consacrer des dispositions.

relations triangulaires⁵⁹, faisant intervenir aussi un tiers⁶⁰. En effet, l'affectation à long terme chez un client n'implique pas que le pouvoir hiérarchique appartient exclusivement au donneur d'ordres. Ainsi, il n'est pas rare que les salariés travaillent sur plusieurs sites différents dans leur semaine type, même en CDI, et la gestion des plannings entraîne fréquemment la mobilité du salarié entre plusieurs clients de l'employeur. Il y a là une pratique qui rend l'appréhension de la portée du lien de subordination directement exercé dans les faits par des clients sur le salarié. Le pouvoir de fait est ici presque invisible. Pourtant, cela n'exclut pas que les clients exercent véritablement sur le salarié des pouvoirs de fait totalement méconnus.

Il existe une inconstance du lieu du travail dans le montage juridique. Le lieu du travail est un élément important que le droit du travail n'ignore pas. Dans le cadre des relations triangulaires comme l'activité de gardiennage, ce sont les locaux des clients qui constituent le lieu du travail de l'agent de sécurité travailleur. La mobilité entre les clients a pour conséquence que le lieu du travail reste aussi inconstant. Ce qui n'est pas sans risque dans le type de rapport entre les clients et l'agent de sécurité.

En fin de compte, le régime des liens entre l'agent de sécurité et celui au service de qui il est placé résulte aujourd'hui de la pratique encore peu uniforme. « *En fonction de l'idée que le bénéficiaire de la prestation de sécurité se fait de l'activité de l'agent, il cherche à combler le vide de la loi* »⁶¹. Il n'a pas forcément conscience que l'agent a un employeur de qui il doit recevoir des ordres. Cet état de choses expose davantage le salarié à une précarité. Quand on sait déjà le mal que l'administration du travail éprouve pour contraindre les entreprises régulièrement soumises aux normes de travail à les respecter, l'on prend la mesure de l'importance pour les législations

⁵⁹ La sous-traitance de travail ou le portage salarial sont de parfaites illustrations. En effet, l'article 22 Loi n°2017-05 du 29 août 2017 fixant les conditions et la procédure d'embauche, de placement de la main-d'œuvre et de résiliation du contrat de travail en République du Bénin définit le contrat de sous-traitance comme « une convention par laquelle une entreprise dite entreprise principale fait appel à une autre, dite entreprise sous-traitante, pour l'exécution d'un ouvrage ou d'un service entrant dans l'objet de son activité ». Sur la sous-traitance cf. KOCHER (M.), « A la recherche de la responsabilité du donneur d'ordre dans les relations de travail de sous-traitance : une quête impossible ? », *in colloque du Syndicat des Avocats de France - samedi 8 décembre 2012 sur le thème : L'entreprise éclatée : Identifier l'employeur, attribuer les responsabilités*, publié dans la revue *Le Droit Ouvrier*, Mars 2013, n°776, pp. 177- 186 ; ALADINIAN (V.), *Les réseaux de sous-traitance et le droit du travail*, Mémoire de DEA de Droit social de l'Université de Paris X- Nanterre, sous la direction de M. le Professeur A. Lyon-Caen, p. 12.

⁶⁰ Cf. sur l'intérim et la relation de sous-traitance de travail et ses enjeux juridiques, Cf. POUGOUE (P.-G.), *Loc. cit.*, p. 7 ; SOBCZAK (A.), RORIVE FEYTMANS (B.), HAVARD (Ch.), « Comment réguler les relations triangulaires de travail ? La RSE face au droit dans le travail intérimaire et les centres d'appels », *in Travail et Emploi* n° 114, Avril-juin 2008, p. 27. Disponible sur <https://journals.openedition.org/travailemloi/3986> (consulté le 06 janvier 2023 à 02h 06)

⁶¹ Cf. POUGOUE (P.-G.), *Article préc.* p. 14 ; AFFODJO (D.), *Op. cit.* p. 153.

africaines de saisir une telle pratique. L'intérêt serait grand de circonscrire juridiquement le rapport de fait entre l'entreprise cliente et le salarié.

Ainsi, sur le fondement de ce lien de direction, il y a lieu de considérer qu'il est l'employeur de fait. Et se fondant sur cette occurrence, l'on peut soumettre l'entreprise cliente au statut d'employeur et lui appliquer les règles du droit du travail. La justification est que le rapport de travail ne naît que dans un contexte où « *quelqu'un travaille pour autrui...* »⁶². Mais, cette appréhension n'est possible que si l'on considère que la relation de travail est fondée sur l'entreprise ainsi créée entre ces différents acteurs et non sur le contrat de travail. Ce qui remet dès lors en question la conception institutionnelle des relations de travail⁶³.

Mais, le rapport de droit qu'il importe de saisir convenablement est celui entretenu entre ce tiers client et la structure de sécurité ayant juridiquement la qualité d'employeur. Il s'agit d'une relation d'affaires spécifique.

II- UN PARTENAIRE D'AFFAIRES DANS UN LIEN CONTRACTUEL

Le rapport triangulaire qu'engendre l'activité de sécurité privée en Afrique correspond bien à la montée des stratégies de partenariats, dénoncées par la doctrine⁶⁴ qui invite les législations à les saisir. Particulièrement, les rapports entre l'entreprise de sécurité et ses clients sont l'un des rapports juridiques encore méconnus par le droit du travail dans les États de l'espace OHADA. Au mieux, ces rapports ne sont pas clairement réglementés. Ainsi que l'affirme le Professeur POUGOUE, « *la nature et les conditions dans lesquelles cette relation est établie relèvent plus de la pratique que de la réglementation* »⁶⁵. La liberté de ces deux acteurs dans la pratique est donc plus marquée dans ces rapports. Cependant, si l'on situait celle-ci dans le cadre juridique des

⁶² CAMELRLYNCK (G.-H.) et LYON-CAEN (G.), *Droit du Travail*, Paris, Dalloz, 1980, p. 2.

⁶³ La théorie institutionnelle, dont l'ardent porte-flambeau fut Paul DURAND s'inspirant des travaux de Maurice HAURIUO, la seule appartenance à l'entreprise suffit à faire naître un rapport juridique, la relation de travail. Cf. DURAND (P.), « A la frontière du contrat et de l'institution : la relation de travail », in JCP, 1944, I. 337 ; HAURIUO (M.), « L'institution et le droit statutaire », in *Recueil de législation de Toulouse*, 1906, 2^{ème} série, t. II, Toulouse, Librairie de l'Université, pp. 134-182 ; aussi, « La théorie de l'institution et de la fondation [essai de vitalisme social] », in *Cahiers de la nouvelle journée*, n° 4, *La Cité moderne et les transformations du droit*, 1925, p. 2-24 ; Pour plus de précision sur la doctrine de Maurice HAURIUO, Cf. not. BRODERICK (J. A.), *La notion d'institution de Maurice Hauriou dans ses rapports avec le contrat en droit positif français*, Arch. philo. dr., t. 13, 1968, p. 143 ; MILLARD (E.), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société* 1995, n° 30/31.

⁶⁴ COLLINS (T. M.) et DOORLEY (T. L.), *Les alliances stratégiques*, Paris, InterEdition, 1992 ; DESREUMEAUX (A.), « Nouvelles formes d'organisation et évolution de l'entreprise », *Revue Française de Gestion*, Janvier-Février 1996, n° 107, pp. 86-108 ; DYER (J. H.), « Specialized supplier networks as source of competitive advantage : evidence from the auto industry », *Strategic Management Journal*, n° 2, 1996, pp. 73-99.

⁶⁵ POUGOUE (P.-G.), *Art. préc.*, p. 32.

relations d'affaires (A), il n'est pas exclu que des pistes de responsabilisation du client soient envisageables en droit du travail (B).

A- Une relation d'affaires imparfaite

Le lien entre le tiers et le client n'est pas simplement factuel. Il est juridiquement fondé sur un contrat. Mais, il y a lieu de déterminer le type de contrat dont il est question. A priori, l'on peut suggérer qu'il s'agit d'un lien commercial. Admettre qu'il existe entre l'entreprise de sécurité et le client un lien commercial, reviendrait à considérer le salarié comme un objet de droit, sauf à considérer que l'un ou l'autre effectue une activité d'intermédiaire. Ce qui n'est pas le cas en espèce d'autant plus qu'entre le client et le salarié il n'existe pas de contrat encore moins de contrat de travail. Est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'acte de commerce par nature sa profession⁶⁶.

La notion de relation d'affaires⁶⁷ répond parfaitement aux caractéristiques du rapport entre l'entreprise cliente et l'entreprise de sécurité privée ou de gardiennage. Mais, généralement, l'employeur ne traite pas avec un seul client. Il dispose d'une clientèle diversifiée dans les locaux desquels le salarié travaillera. Aucun lien n'existe entre ces clients et, le rapport juridique que l'employeur entretient avec chaque client peut varier d'un client à un autre. En cela, l'on peut dans une vision optimiste défendre que le client ici soit un véritable pourvoyeur de main-d'œuvre, car par l'externalisation de l'activité de sécurité, il permet d'occuper un certain nombre de demandeurs d'emploi. Par contre, le fait que le législateur n'encadre pas le lien entre les clients et l'entreprise privée de sécurité, expose cette relation à d'éventuelles dérives.

L'intermittence dans les acteurs intervenant dans l'exécution de la prestation de travail n'exclut pas la permanence du lien. Ce qui est intermittent, n'est pas nécessairement temporaire. C'est d'ailleurs l'une des caractéristiques qui distingue l'activité de gardiennage de l'intérim où le lien entre l'entreprise utilisatrice et l'entreprise intérimaire reste en principe limité par le temps. Ainsi, l'entreprise de sécurité, employeur de droit dans la relation triangulaire, a généralement

⁶⁶ Article 3 de l'Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général de 2010.

⁶⁷ La notion de relation d'affaires n'a pas fait objet de décision ni dans la loi ni dans la jurisprudence. La doctrine l'a tout présenté comme une notion fourre-tout mais aussi imprécise que vague. En ce sens Cf. BIMES-ARBUS (S.), « Relations d'affaires et usages professionnels : la fin d'un amalgame », Recueil Dalloz 2001, ville de parution p. 2509.

intérêt à ce que sa relation d'affaires avec le client soit pérenne. De cette pérennité dépendra son chiffre d'affaires.

Le rapport d'affaires existant entre l'employeur et ses clients est un rapport, sinon de « *force* », du moins de « *domination* ». La gestion du personnel d'agents de sécurité est généralement assurée indirectement par les clients. Formellement, ces clients sont les donneurs d'ordre de l'entreprise de sécurité. Celle-ci reçoit, de leur part, à titre d'illustration des ordres de licenciement direct ou indirect. En effet, un acte commis par le salarié sur son lieu de travail, notamment au sein de l'entreprise cliente, est dénoncé par celle-ci et elle exprime son besoin de remplacement de l'agent de sécurité. Dans une pareille situation, l'entreprise de sécurité procède directement au licenciement de l'agent, surtout lorsque les motifs sont légitimes. Au mieux, si l'entreprise estime que les motifs du licenciement ne sont pas justifiés, elle se contentera de ne plus envoyer l'agent travailler pour le compte de ce client. Il ne fait pas de doute dans une pareille hypothèse que le client bénéficie d'une subordination formelle sur le salarié. Il est donneur d'ordre dans la gestion du personnel de l'employeur de droit. Ce rapport de domination permet dès lors de distinguer dans la relation de travail triangulaire ainsi engendrée, ce que la doctrine a appelé subordination réelle et formelle⁶⁸. C'est d'ailleurs en référence à ce lien de domination de fait que l'on peut rechercher la responsabilité de l'employeur.

La relation d'affaires entre le client et l'entreprise de sécurité permet au client d'externaliser la main-d'œuvre notamment en ce qui concerne le gardiennage et la sécurité de son établissement ou entreprise. Par l'externalisation de ce travail, l'entreprise réduit donc sa responsabilité et l'effectif de son personnel salarié. En conséquence, le client transfère ou cède les charges sociales relatives à la mise en sécurité de son entreprise, à l'entreprise de sécurité qui devient juridiquement employeur. Pourtant c'est bien là que devraient intervenir les législateurs africains. Cela se justifie davantage par le fait que dans ce lien d'affaires la responsabilisation du client est presque incertaine en l'état actuel de la majorité des Etats sous Etude.

B- Une responsabilisation incertaine

L'opération ressemble, à s'y méprendre, à la mise à disposition des travailleurs par une entreprise de travail temporaire. Mais elle se distingue de celle-ci, sur plusieurs points. D'abord,

⁶⁸ Cf. HATCHUEL (A.) et SEGRESTIN (B.), « Subordination formelle, subordination réelle : quand le contrat de travail cache l'entreprise », Communication, forum de la régulation, version du 4 octobre 2009.

l'entreprise qui emploie les agents de sécurité n'est pas une entreprise de travail temporaire, car cette dernière se limite à la fourniture de travailleurs pour les types bien précis d'embauche et à titre principal : travail occasionnel, travail temporaire, travail saisonnier. De même, l'activité de gardiennage et de surveillance qu'exercent les entreprises de sécurité privée est au contraire une activité pouvant durer longtemps, et ne visant pas à faire face à une situation conjoncturelle comme c'est essentiellement le cas pour le travail temporaire. En clair, « *il ne faudrait donc pas penser que celui au service de qui l'agent de sécurité est placé est un utilisateur au sens des articles 17 et suivants de la loi n° 2017-05 du 29 août 2017* »⁶⁹. Les législations se sont souvent efforcées de réglementer les rapports entre le travailleur temporaire et l'utilisateur alors que les activités de gardiennage ne le sont presque pas. Aucun Code du travail de l'espace OHADA ne contient de dispositions précises consacrées à l'activité de gardiennage en dépit de l'importance grandissante que prend cette activité.

La responsabilité solidaire peut ici être envisagée. Pour obliger le client à porter la responsabilité de certaines obligations instituées par les normes de travail, il y a lieu de le rendre solidairement responsable. C'est le moyen le plus adéquat, d'autant qu'en l'état actuel du droit, les clients ne peuvent voir leur responsabilité engagée que sur le fondement du contrat d'affaires. Or, le contrat d'affaires ne permet pas de mettre à la charge des tiers clients les obligations du droit du travail. Ainsi, il ne peut être responsabilité du paiement du salaire ou du licenciement abusif ou irrégulier prononcé par l'entreprise de sécurité, employeur de droit. La responsabilité solidaire du client peut être mise en jeu sous un double angle. Une solidarité avec l'employeur de droit peut être envisagée. Mais aussi, une responsabilité solidaire entre les clients de l'employeur est aussi envisageable.

Le client qui en réalité est employeur titulaire de la subordination formelle devrait être responsable solidairement avec l'entité dominée dans le cas d'un licenciement pour motifs économiques ou structurels⁷⁰ et pour le respect des conditions de travail⁷¹. L'admission de la responsabilité solidaire entre le client et l'entreprise de sécurité peut se fonder ici sur le contrôle ou la domination économique exercée par celui-ci sur celle-là. Cette solution a été retenue dans l'une des rares jurisprudences sur la recherche de la responsabilité des entreprises clientes en

⁶⁹ AFFODJO (A.), *Op. cit.*, p. 153.

⁷⁰ ONDZE (S.), *La garantie des salaires en cas d'insolvabilité de l'employeur*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Paris-Ouest-Nanterre-La-Défense, 2012, p. 494.

⁷¹ McGAUGHEY (E.), « Donoghe v. Salomon in High Court », *Journal of Personal Injury Law*, 249, 2011, p. 5.

Afrique. En effet, la Cour suprême du Tchad en date du 6 décembre 2005 s'est prononcée sur une affaire dont les faits sont les suivants : des gardiens recrutés par un chef de canton pour le gardiennage d'une plantation de canne à sucre appartenant à une société ont été licenciés par celui-ci. Ils portent l'affaire en justice et obtiennent la condamnation solidaire du chef de canton et ladite société. La société nie tout lien juridique avec les gardiens et demande l'annulation de la décision. La Cour a rejeté sa demande au motif que le contrôle effectif exercé par les agents de ladite société sur les prestations de travail des gardiens crée un lien juridique qui engage de ce fait sa responsabilité⁷². Cette décision expose bien les difficultés pour les juridictions africaines de l'espace OHADA de saisir le phénomène de l'activité de gardiennage. Elle permet aussi d'envisager les pistes de solutions pour le législateur pour l'encadrement des liens pouvant exister entre le client et l'entreprise de sécurité. Mais, il n'y a pas que la solidarité entre le client et l'entreprise qui est envisageable. L'on peut aussi rechercher la solidarité entre les tiers clients.

Entre les clients de l'entreprises de sécurité privée, l'on peut présumer qu'il existe un groupement d'employeurs qui est une pratique légalisée dans certaines législations comme en France⁷³ sous la dénomination de contrat « *nouvelle embauche* »⁷⁴. À travers cette forme d'organisation, il est alors possible de mobiliser la théorie du co-emploi développé aussi dans la jurisprudence française. En effet, si l'on considère que l'ensemble des clients forment, avec l'employeur, un groupe employant l'agent de sécurité comme salarié, cela supposerait qu'il existe un travail à « *temps partagé* »⁷⁵. Or, pour la doctrine, le travail à « *temps partagé* », qui est une pratique des groupements d'employeurs, se retrouve à mi-chemin entre le travail intérimaire et la fourniture de main-d'œuvre à but non lucratif⁷⁶. On pourrait dès lors assimiler le rapport entre le client et l'entreprise de sécurité comme le contrat de « *gérance-mandat* » évoqué dans la doctrine française⁷⁷. Entre les clients de l'entreprise de sécurité, on pourrait alors présumer d'une solidarité en cas de défaillance de celle-ci dans ses obligations d'employeur vis-à-vis du salarié.

⁷² Cour Suprême du Tchad, 6 décembre 2005, TPOM n° 1001/1002 ; septembre – octobre 2009 (note B. Djikoloum) ; TPOM n° 997/998, mai -juin 2009.

⁷³ Ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches » (JO 3 août 2005, p. 12689).

⁷⁴ MORVAN (P.), « Le contrat de travail "*nouvelles embauches*" », JCP éd. S 2005, n° 1117, p. 7.

⁷⁵ Cf. en ce sens, VERKINDT (P. Y.), « Le travail à temps partagé ou " Pourquoi faire simple quand... " », JCP éd. S 2005, n° 1118, p. 18.

⁷⁶ AUZERO (G.), Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale 2005, p. 262.

⁷⁷ AUZERO (G.), « Les dispositions à caractère social de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises », *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1083, § 242.

Ils jouent un rôle essentiellement actif avec la possibilité d'exercer des prérogatives d'employeur ou d'assumer des obligations à ce titre. C'est le cas notamment de l'entreprise utilisatrice dans le contrat d'intérim, du co-employeur dans les groupes de sociétés ou de l'entreprise cliente dans le contrat de portage. Il s'agit en fait des tiers formant avec l'employeur et le salarié une relation triangulaire. Ces dernières catégories sont plus impliquées dans la relation de travail que « *les tiers satellites* ».

Il n'est pas souhaitable de laisser à une pratique encore très peu uniforme, l'organisation des rapports entre les agents de sécurité et les personnes chez qui ils travaillent⁷⁸. Il y a lieu de saisir les clients et de les tenir en principe comme employeurs de fait. En effet, l'intrusion du client dans la relation salariale ou lorsque l'employeur se mue en client peut aboutir à un double lien de subordination, voire à son déplacement vers le client⁷⁹. Certes, la réglementation étatique n'est pas forcément le mode à privilégier pour l'élaboration des normes en la matière. Mais, le législateur devrait au moins saisir l'activité de sécurité comme service à part. Les protagonistes sont ainsi mis dans des conditions propices à l'émergence d'une régulation professionnelle. Comme le recommande l'OIT, « *il importe de combler l'écart qui se creuse de plus en plus entre la loi et la réalité de la relation de travail* »⁸⁰. Il n'est pas exclu qu'à l'occasion on conçoive une certaine délégation, même limitée, des pouvoirs de l'employeur au bénéficiaire de la prestation de sécurité ou encore d'envisager la théorie de co-emploi dans le cadre d'un contrat à temps partagé. On peut aussi aller plus loin, et imaginer une substitution du client aux obligations de l'employeur, quitte à se retourner contre l'employeur. Deux acteurs y ont intérêt : d'abord, le travailleur qui bénéficierait d'une action directe contre le bénéficiaire de la prestation de sécurité, puis le bénéficiaire qui pourrait désormais compter sur la bonne exécution d'une prestation dont on ne peut plus insister sur la délicatesse.

Conclusion

En définitive, l'on est porté à relativiser le statut de tiers attaché au client de l'entreprise de sécurité privée. Cette conception contractuelle du lien qu'il entretient avec les acteurs de la relation triangulaire est contestable à plusieurs égards. Il est vrai que « *le secteur de la sécurité privée a réussi à faire passer ses intérêts économiques, comme compatibles avec celui de l'intérêt*

⁷⁸ POUGOUE (P. G.), *art. préc.*, p. 14.

⁷⁹ HAVARD (Ch.) et al., « Client, employeur et salarié : cartographie d'une triangulation complexe », *Économies et sociétés, Série Socio-économie du travail*, 2006, p. 1241.

⁸⁰ BIT, *La relation de travail, Rapport V (1)*, Genève, Conférence Internationale du travail, 95^{ème} session, 2006, p. 15.

général par l'État de droit »⁸¹. De cette adjonction, les entreprises de sécurité privée et les agents de sécurité ont, sans nul doute, tiré des avantages du nouveau marché de travail ainsi créé. Juridiquement, l'on peut considérer que le client se présente aussi comme le grand bénéficiaire du nouveau modèle de relations de travail créé par cette pratique. On sait que le client recourt à l'employeur dans la relation triangulaire, à la main-d'œuvre qu'il ne peut directement recruter par un contrat de travail. Dans ce cas, la relation de travail établie n'est pas basée directement sur le contrat de travail entre le demandeur de main-d'œuvre et l'offreur. Ainsi, le montage juridique aboutit en réalité à un contournement du contrat de travail. Les effets du contrat de travail sont contournés pour être mis à la charge d'un tiers qui n'a guère besoin de la main-d'œuvre à proprement parler. Celui-ci est intéressé plutôt en ce qui le concerne par la clientèle et par les relations d'affaires. Ces pratiques sont étrangères en réalité à l'orthodoxie juridique du droit travail. C'est d'ailleurs parce qu'elles ne sont pas suffisamment enracinées dans le droit du travail des États africains que le statut du tiers est encore insuffisamment précis.

Ces tiers sont des acteurs qui alimentent les rapports de travail par leur implication indirecte. Mais, leur présence dans les rapports de travail n'est pas évidente. A s'y méprendre, ils peuvent être considérés comme étrangers aux rapports de travail. Pourtant, ils sont impliqués dans le rapport de travail qu'il n'y paraît. Le sentiment de lassitude que les législations africaines quant à l'encadrement des rapports du client tiendraient essentiellement à l'ignorance de leur rôle et de la contribution qu'ils peuvent avoir dans le développement des politiques d'emploi. A une époque où la problématique du chômage et du sous-emploi préoccupe les pouvoirs politiques tant à l'interne qu'à l'international, il y a lieu de faire de ces acteurs de véritables leviers des politiques d'emploi. Comme le propose la doctrine⁸², il ne doit plus être question de savoir si les nouvelles formes d'exercice du pouvoir patronal sont ou non légitimes⁸³, mais plutôt de chercher à les cerner. Il est donc de l'intérêt des législations notamment africaines de saisir donc le phénomène en vue de mieux cerner les rapports juridiques entre les clients et les acteurs de la relation de travail. La situation juridique de ces tiers clients se rapproche bien aussi d'autres catégories de tiers

⁸¹ OCQUETEAU (F.), « La sécurité privée en France », in *Le partage de la sécurité, Les cahiers de la sécurité*, Paris, IHESI, pp.106-108.

⁸² COULIBALY (S.), « L'identification de l'employeur », in *Revue internationale de droit économique*, 2015/n°3 T. XXIX, p. 289. Article disponible sur <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droiteconomique-2015-3-page-285.htm> (consulté le 03 janvier 2023).

⁸³ Cf. CHARMETTANT (H.), « Distinguer l'autorité du pouvoir par la légitimité. Un enrichissement de l'analyse économique de la relation d'emploi », *Cahiers d'économie politique* 2012, n° 62, p. 37-73.

empruntant la main-d'œuvre sans être client de l'employeur d'autant qu'aucune rémunération n'est en principe versée.



Le banquier dirigeant de l'entreprise en difficulté à l'épreuve des actions en comblement du passif et en extension de la procédure collective

The banker managing the company in difficulty faced by the actions in filling the liabilities and in extension of the collective procedure

Page | 214

Par :

NYOBE John Fabrice

Docteur/ Ph. D en Droit des Affaires

Directeur du Cabinet Juridique NYOBE CONSULT & ASSOCIE

Enseignant Vacataire à l'Ecole Normale Supérieure de Bertoua (Cameroun)

Résumé :

En droit OHADA, un banquier qui s'immisce dans la gestion des affaires de son client pourrait être poursuivi en sa qualité de dirigeant. A cet effet, le législateur OHADA a prévu deux actions qui visent les dirigeants qui ont commis des fautes de gestion ayant contribué à la cessation des paiements de l'entreprise débitrice. Il s'agit de l'action en comblement du passif et de l'action en extension de la procédure collective. Cependant, le problème se pose sur la rédaction des articles 183 et 189 de l'AUPC qui est particulièrement sévère à l'encontre du banquier.

Ainsi, dans l'action en comblement du passif, toutes les fautes de gestion ne devraient pas entraîner la responsabilité du banquier. Par conséquent, seules les fautes ayant entraîné une insuffisance d'actifs, devraient être sanctionnées par les juges. De plus, le cumul de l'action en comblement du passif et de celle en extension de la procédure collective marginalise les intérêts du fournisseur de crédit. Pour y remédier, le degré d'immixtion du banquier dans les affaires du client, susceptible d'engager sa responsabilité devrait, par exemple, être précisé dans l'AUPC. En outre, toutes les fautes de gestion n'entraînent pas nécessairement la responsabilité du banquier, par conséquent, seules les fautes ayant entraîné une insuffisance d'actif, devraient être sanctionnées par les juges. Et enfin, quant à l'extension de procédure, il nous semble judicieux que la jurisprudence de l'OHADA se prononce dans le sens d'une extension fondée sur la fictivité ou la confusion de patrimoines et non sur l'extension-sanction prévue par l'AUPC qui brille par sa sévérité.

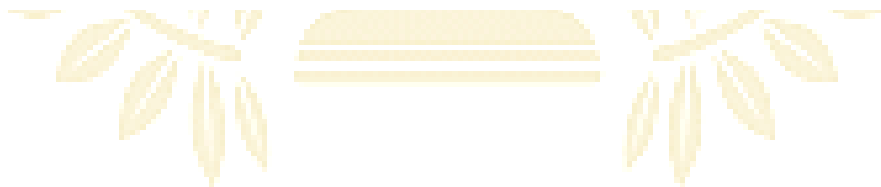
Mots-clés : Banquier – Procédures collectives - Action en comblement du passif – Action en extension de la procédure collective – Dirigeant - Devoir de non-immixtion – Droit OHADA.

Abstract :

Under OHADA law, a banker who interferes in the management of his client's affairs could be prosecuted in his capacity as manager. To this end, the OHADA legislator has provided for two actions that target managers who have committed management errors that have contributed to the cessation of payments by the debtor company. These are the action in filling the liabilities and the action in extension of the collective procedure. However, the problem arises with the wording of articles 183 and 189 of the AUPC which is particularly severe against the banker.

Thus, in the action to cover liabilities, all management faults should not lead to the liability of the banker. Therefore, only faults that have resulted in insufficient assets should be sanctioned by judges. In addition, the combination of the action to cover liabilities and that to extend the collective procedure marginalizes the interests of the credit provider. To remedy this, the degree of interference by the banker in the client's business, likely to incur liability, should, for example, be specified in the AUPC. In addition, all management faults do not necessarily lead to the banker's liability, therefore only faults that have led to an insufficiency of assets should be sanctioned by the judges. And finally, with regard to the extension of the procedure, it seems appropriate to us that the jurisprudence of OHADA pronounces itself in the direction of an extension based on the fictivity or the confusion of assets and not on the extension-penalty provided for by the AUPC which shines by its severity.

Keywords: Banker - Insolvency proceedings - Action to cover liabilities - Action to extend insolvency proceedings - Manager - Duty of non-interference - OHADA law.



Introduction

Le banquier est généralement confronté à un dilemme dans le financement des entreprises en difficultés en Afrique : en même temps qu'il doit veiller à la bonne utilisation des fonds prêtés, le législateur OHADA et les juges du fond lui imposent de ne pas s'immiscer dans la gestion des affaires de son client. Le devoir de non-immixtion a une origine prétorienne¹. Ce devoir a ensuite été sans cesse rappelé par les juges² et systématisé par la doctrine. Mais, contrairement au législateur français³ qui a retenu la faute du banquier mais à condition que son immixtion soit caractérisée dans les affaires de son client, le législateur OHADA ne nous apporte aucune précision sur cette question. Ce vide juridique nous conduit à la question suivante : le silence du législateur OHADA sur le devoir de non-immixtion n'est-il pas défavorable au fournisseur de crédit ?

Nous pouvons répondre par l'affirmative car ces imprécisions sur la notion d'immixtion pourraient s'avérer préjudiciables aux intérêts du banquier dans l'espace OHADA. Ainsi, il ressort que cette marginalisation des établissements de crédit peut être visible du point de vue de l'action en comblement du passif et du point de vue de l'action en extension prévues par l'AUPC. Mais la mise en œuvre de ces actions est soumise à des conditions préalables. Ainsi, dans le cadre du présent article, il sera question d'examiner les conditions préalables des actions en comblement du passif et en extension de la procédure collective (I), d'une part, avant de montrer en quoi la mise en œuvre de ces deux actions peut avoir des conséquences préjudiciables au banquier (II), d'autre part.

I- LES CONDITIONS DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ DU BANQUIER DIRIGEANT : UN RÉGIME JURIDIQUE DÉFAVORABLE AU BANQUIER

L'établissement de crédit peut soutenir une entreprise en souscrivant à son capital et en la dirigeant par la suite. Il est alors dirigeant de droit de ladite entreprise. Mais il arrive aussi que le banquier consente un crédit classique à une entreprise et s'octroie un droit de regard sur la gestion

¹ Cf. Cass., 28 janvier 1930, Gaz. Pal. 1930. 1. 550, *RTD, Civ.* 1930, P. 369, obs., R. DEMOGUE, in A-L. CAPOEN, *Responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficultés*, Thèse préc., p. 142. Dans cette affaire, la Cour déclare qu'« il s'agissait d'un dépôt de fonds aux mains d'un banquier, qu'aucune règle de droit ne met à la charge du dépositaire l'obligation de procéder spontanément à la vérification de l'identité du déposant ou des droits de celui-ci, pas plus lors du dépôt que de la restitution ». Il s'agissait là des prémisses du devoir de non-immixtion du banquier.

² V. aussi CS du Cameroun, arrêt n° 82/cc du 7 mai 2002.

³ Cf. art. L 650-1 de la loi française n° 2005/845 du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises.

de ladite entreprise pour surveiller la bonne utilisation des fonds prêtés. Il ira jusqu'à se substituer aux véritables dirigeants de l'entreprise et prendre des décisions stratégiques à leur place. En tant que véritable maître de l'affaire, le banquier sera alors qualifié par les juges du fond de dirigeant de fait et endossera les mêmes conséquences juridiques, liées à la non-protection des intérêts d'un dirigeant de droit. Il conviendra de relever que tant au niveau des conditions communes à toutes les actions prévues par l'AUPC (A) qu'au niveau des conditions spécifiques à chaque action (B), le législateur OHADA a été assez sévère à l'encontre du banquier.

A- Le cas des conditions communes à toutes les actions

Toutes les actions en responsabilité contre le banquier dirigeant sont soumises à deux conditions préalables. D'une part les juges du fond seraient assez sévères à l'égard du banquier lorsque celui-ci s'immisce dans la gestion des affaires de l'entreprise financée (1). Et d'autre part, le jugement d'ouverture s'avère être un élément déclencheur de la marginalisation des intérêts du banquier (2).

1- L'immixtion du banquier : Un fondement commun défavorable au banquier

La responsabilité pour insuffisance d'actif et celle concernant l'obligation aux dettes sociales, sont fondées, en partie, sur la qualité de dirigeant. Or, notre étude sur l'immixtion du banquier a nécessairement été réalisée en comparaison avec la notion plus connue et davantage définie, de direction de fait⁴. Deux circonstances peuvent être à l'origine de la rigueur législative et de la sévérité des juges du fond dans l'appréciation de la faute du banquier. La première est celle où le banquier a la qualité de dirigeant de l'entreprise financée (a) et la seconde concerne un banquier qui finance une entreprise tout en étant actionnaire de celle-ci (b).

a- Le banquier créateur et dirigeant

L'article 180 de l'AUPC prévoit : « *Les dispositions du présent Chapitre sont applicables, en cas de cessation des paiements d'une personne morale, à ses dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non, et aux personnes physiques représentants permanents des personnes morales dirigeantes* ».

⁴ A.-L. CAPOEN, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, Thèse préc., p. 302-303.

Du point de vue du banquier dirigeant de fait, le lexique des termes juridiques⁵ définit la gestion de fait comme l'« *irrégularité constituée par le maniement direct ou indirect, par toute personne n'ayant pas la qualité de comptable public, de fonds destinés à une personne publique ou extrait irrégulièrement de sa caisse. Son auteur passible d'une amende pénale, est soumis aux mêmes obligations et responsabilités que les comptables publics* ». Ainsi, même si cette définition est prise dans un sens large, elle brille par la rigueur des sanctions qui en découlent. A cet effet, le banquier serait comparé dans notre contexte du droit des affaires comme l'auteur de cette gestion de fait et le comptable public comme le dirigeant social.

Le recours à la notion de dirigeant de fait permet de débusquer les « *véritables détenteurs du pouvoir, au-delà de l'apparence des organigrammes* »⁶. D'après une doctrine, c'est le comportement du mis en cause et non sa qualité qui est déterminant⁷. Cette menace est retenue par la jurisprudence africaine⁸.

En fait, le banquier est tenu d'une obligation de vigilance qui lui impose d'effectuer des vérifications, au moins, formelles sur la situation de l'emprunteur lorsqu'il est sollicité pour une opération. Le banquier ne fait que satisfaire à cette obligation lorsqu'il s'assure que le crédit consenti est utilisé conformément aux conditions qui ont justifié son octroi. Mais la perspective d'un retrait du banquier hante les dirigeants. Mécontent, le banquier, qui connaît parfaitement la situation financière de la société, pourrait se retirer de la société, mettre fin au découvert ou à d'autres crédits. Un tel désaveu pourrait sonner comme le coup de grâce pour la société étant donné qu'il compromettrait les chances d'obtenir des financements auprès de nouveaux partenaires. En raison de cette *réalité proprement indépassable*⁹, les dirigeants seront souvent tentés de suivre les instructions de la banque ou de recueillir les avis de cette dernière dans l'élaboration du plan de

⁵ S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, 26 éd, Dalloz, 2018-2019, v. « gestion des faits ».

⁶ A. JACQUEMONT, R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, Lexis Nexis, 9^e éd., 2015, spéc., p. 652, n°1117.

⁷ Y. CHAPUT, *Droit du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises*, PUF, 1^{ère} éd., 1987, p. 348. Cette doctrine voit dans la notion de dirigeant de fait une *menace virtuelle* puisque, selon elle, « *par exemple, les banquiers tentés d'aider une entreprise souhaitent assortir leurs concours financiers d'un droit de contrôle sur la gestion de leur débiteur. Ils doivent avoir la prudence d'éviter que cette surveillance ne soit assimilée, par suite d'une certaine passivité des dirigeants de droit, à une immixtion* ».

⁸ Cf. Tribunal de Libreville, 17 mars 1992, répertoire n°384/91/92, société ABA c/ PARISBAS et BCCI, *Rev. Pénant* n° 817, 1995, p. 99, note D. – O'NGWERO. Selon elle, la qualité de dirigeant de fait s'entend de « *toute personne physique ou morale qui, assumant les mêmes fonctions et les mêmes pouvoirs qu'un dirigeant de droit, exerce en fait, en toute souveraineté et indépendance, une activité de gestion et de direction* ».

⁹ V. DEBRUT, *Le banquier actionnaire*, LGDJ, 2013, p. 225, n°513.

développement de la société¹⁰. Cette définition de la direction de fait a permis d'appliquer à ces établissements de crédit les sanctions qu'encourraient les dirigeants de droit. C'est ainsi que leur est appliquée, la responsabilité pour insuffisance d'actif de l'article 183 de l'AUPC¹¹ ou la sanction de l'obligation aux dettes de l'article 189 du même texte¹².

D'après le législateur OHADA, la qualité de dirigeant de fait ouvre la possibilité, en cas de faute de gestion ayant contribué à l'insuffisance d'actif, de condamner certains créanciers de la société et en l'occurrence le banquier. Toutefois, l'AUPC ne parle du terme *immixtion* ni dans l'article 118, ni dans l'article 183 ou même dans l'article 189. Le législateur laisse donc le soin aux juges du fond d'apprécier le degré d'immixtion du banquier dans la gestion des affaires de son client. Ce qui laisse la place à une insécurité judiciaire dans l'espace OHADA à l'encontre du banquier.

Et pour illustrer cette non protection des intérêts du banquier, nous pouvons citer un arrêt de la Cour d'Appel de Ouagadougou¹³ qui a eu l'occasion de retenir la qualification de dirigeant de fait à l'encontre d'une banque dans une affaire devenue célèbre au Burkina Faso. Autrement dit, si les choix et décisions de l'entreprise emprunteuse sont en réalité dictés par le fournisseur de crédit, les juges du fond peuvent le qualifier de dirigeant de fait et le soumettre aux sanctions qui touchent tout dirigeant social en cas de faute dans la faillite de son entreprise.

Pour affranchir les établissements de crédit dans cette insécurité juridique et judiciaire, le législateur OHADA devrait protéger les droits du banquier dans les prochaines réformes. Et pour s'en convaincre, nous avons convoqué le droit comparé. Ainsi, d'après un auteur, l'utilisation du terme *immixtion* et l'ajout de l'épithète « caractérisée » par le législateur français dans la formule de l'article L 650-1 du Code de commerce, serait susceptible d'éviter les antinomies¹⁴. A cet effet, nous pensons que la notion *immixtion* est plus large que la notion de dirigeant de fait¹⁵ que le

¹⁰ V. en ce sens E. D. FOTSO, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA*, Thèse préc., p. 128.

¹¹ Cf. art. 183 de l'AUPC.

¹² Cf. art. 189 de l'AUPC.

¹³ CA Ouagadougou, Ch. com., arrêt n° 8, 7 février 2014, BCB c/ MEGAMONDE. Selon cette jurisprudence, « *il est acquis que le banquier n'a pas à s'immiscer dans les affaires de son client ; Qu'il doit se borner à lui apporter son soutien financier sans diriger ni influencer ses affaires; Que les actes de gestion susceptibles de caractériser la direction de fait sont ainsi définis comme des actes positifs qui dénotent d'une volonté sans équivoque de gérer la société; Qu'ainsi, le fait pour la banque d'insérer des clauses léonines dans des contrats la liant à son client pour lui permettre d'exercer la réalité du pouvoir est un acte d'immixtion* ».

¹⁴ A.-L. CAPOEN, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, Thèse préc., p. 140.

¹⁵ *Idem*.

législateur OHADA mentionne singulièrement dans les textes précités. Une telle réforme consistera à protéger le fournisseur de crédit en définissant le degré d'immixtion dans les affaires du client, susceptible d'engager la responsabilité du banquier. Par ailleurs, elle contribuera à établir la frontière entre un acte simple de préservation des intérêts du banquier et un acte relevant de la gestion de fait. Nous pouvons par exemple proposer au législateur OHADA d'emboîter le pas au jugement du tribunal de première instance de Libreville¹⁶ qui a eu le mérite de préciser que seules les actes de la banque « *qui ne s'inscrivent plus dans l'exercice du devoir de surveillance et de contrôle, sont constitutifs de faute* ».

Quant au banquier dirigeant de droit, l'article 121 de l'AUSCGIE dispose : « *A l'égard des tiers, les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites fixées par le présent Acte uniforme pour chaque type de société, tout pouvoir pour engager la société, sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers de bonne foi* ». En outre, la doctrine¹⁷ pense que le dirigeant de droit est constitué des organes qui ont régulièrement été désignés au sein de la personne morale par les statuts ou par les organes compétents de la société, peu important qu'ils soient rémunérés. Le législateur OHADA parle de dirigeant social. Nous pouvons citer entre autre, les gérants des sociétés de personnes : la société en commandite simple (SCS), la société en nom collectif (SNC), la société à responsabilité limitée (SARL)¹⁸ ; le président de la société par actions simplifiées (SAS) ; le directeur général¹⁹ et le directeur général adjoint²⁰ des sociétés anonymes (SA), ainsi que les administrateurs²¹ d'une SA avec conseil d'administration.

¹⁶ Tribunal de Libreville, 17 mars 1992, Répertoire n°384/91/92, société ABA c/ PARIBAS et BCCI, *Rev. Pénant* n° 817, 1995, p. 99, note D. – O'NGWERO.

¹⁷ J.-P. LEGROS, « Sanctions patrimoniales et professionnelles et droit des entreprises en difficulté », in *Entreprises en difficulté*, Lexis Nexis, Coll. Droit 360°, 2012, p. 746, spéc. n° 1657.

¹⁸ Qui a une nature hybride : société de personne de par sa constitution et société par actions quant à son organisation.

¹⁹ CCJA, Première Ch., n° 86/2017, 27 Avril 2017, aff. MTN-CI c/ ORICEL ; v. également CCJA, arrêt n° 42/2008, 17 juillet 2008 : *RTD Com.*, 2014, 232, Obs. R. NEMEUDEU ; pour le cas d'une société anonyme avec un président-directeur général, v. CCJA, Première Ch., n° 001/2015, 14 janvier 2015, Aff. COMMISIMPEX c/ CNSS.

²⁰ A propos du pouvoir du directeur adjoint à engager la société, v. CA Abidjan, arrêt n° 734, 28 décembre 2007.

²¹ Sur le pouvoir des administrateurs, v. A. FÉNEON, *Guide de l'administrateur de société anonyme en droit OHADA*, LGDJ, 2016, p. 73 et s. ; CCJA, 2è Ch., n°184/2016, 8 décembre 2016, aff. Sté and Mining SARL c/ Sté Impala Terminals DRC SARL : L'essentiel Droits africains des affaires, n° 5, 2017, p. 5, note H.-D. MODI KOKO BEBEY ; CCJA, Ass. Plén., n° 78/2015, 29 avril 2015, aff. Sté NETSURE et Mme Sabo c/ BSIC.

Mais le banquier personne morale ne peut être dirigeant de droit que dans une société par actions : la SA²² et la SAS²³. Ainsi, lorsqu'un établissement de crédit occupe un poste au conseil d'administration ou à la direction générale d'une société par actions, son statut de dirigeant de droit suscite la rigueur du législateur de l'AUPC en cas de faute. Un auteur²⁴ souligne même que le banquier fautif n'a aucune possibilité de s'exonérer en invoquant la responsabilité d'un éventuel dirigeant de fait. Nous pensons que cette discrimination des intérêts du banquier, dirigeant de droit, peut être jugée positive à cause de l'adage « *nemo auditur...* ». Mais qu'en est-il lorsque le banquier est actionnaire de l'entreprise emprunteuse ?

b- Le banquier créancier et actionnaire

Le rôle traditionnel du banquier étant de financer les entreprises, les législations bancaires dans l'espace OHADA se montrent assez restrictives sur les participations des banques dans le capital des sociétés commerciales. Les intérêts du banquier sont même marginalisés lorsqu'il finance une entreprise en difficulté pour laquelle il est actionnaire. Un auteur²⁵ estime que cette restriction législative pourrait décourager les établissements de crédit à faire les apports dans les entreprises qui en ont le plus besoin dans notre espace communautaire. Et les banquiers imprudents peuvent subir la même sévérité des sanctions que celles infligées aux dirigeants de fait. La législation bancaire est favorable à la participation bancaire dans les sociétés commerciale mais cela n'est pas sans déteindre sur la protection des intérêts du banquier lorsque celui-ci finance une entreprise en difficulté. Cependant, afin d'éviter le contournement par les banques de l'interdiction d'exercer les activités commerciales, le montant de leur participation dans le capital d'une entreprise est limité. Cette limite porte tantôt sur la portion du capital social de l'entreprise susceptible d'être détenue par la banque, tantôt sur la portion des fonds propres que la banque peut affecter à sa participation dans les entreprises²⁶.

²² Cf. art. 421 AUSCGIE. Dans ce cas, la personne morale se fera représenter au sein du conseil d'administration par un représentant permanent pour la durée de son mandat.

²³ A l'occasion de la réforme de l'Acte uniforme sur le droit des sociétés le 30 janvier 2014, le législateur de l'OHADA a créé la SAS. L'article 853-9 admet que la présidence de la SAS soit assurée par une personne morale.

²⁴ J.-Ph. HAEHL, « Le dirigeant de droit ne peut s'exonérer de sa responsabilité en invoquant la prise de pouvoir par un dirigeant de fait », *RTD Com.*, 1996, p. 542, obs. à propos de Cass. com., 19 mars 1996.

²⁵ V. en ce sens, E. D. FOTSO, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA*, Thèse préc., p. 131.

²⁶ *Idem*.

Ainsi, aussi bien dans la zone CEMAC que dans l'UMOA, il est prévu que la participation d'une banque dans le capital d'une entreprise ne peut excéder 15% des fonds propres nets de la banque²⁷. Il est en outre prévu, dans la zone UMOA, que la participation d'une banque ou d'un établissement de crédit ne peut excéder 25% du capital social de l'entreprise²⁸. Mais le droit OHADA expose le banquier à la rigueur des sanctions des procédures collectives dans deux cas : le cas où le banquier, actionnaire a le contrôle de la société emprunteuse²⁹ et celui où il a la direction de fait³⁰. Cette « *correspondance exacte entre les notions de contrôle en droit des sociétés et de direction de fait en droit des procédures collectives* »³¹ OHADA ne protège pas les intérêts du banquier dans le cadre du traitement des difficultés d'une entreprise. En effet, d'après le législateur OHADA, l'établissement de crédit est présumé contrôler la société emprunteuse ou la gérer de fait lorsque toutes les conditions prévues par les articles 174 et 175 de l'AUDCGIE ou 183 et 189 de l'AUPC, sont réunies.

Cette présomption tient au fait que le banquier prene des participations dans une entreprise dont il est actionnaire, s'immisce dans sa gestion et y devient dirigeant de droit ou de fait. Ainsi, le banquier est présumé fautif dans la distribution de crédit lorsqu'il se ménage un poste au sein des organes de direction et d'administration de la société dont il est actionnaire. Il peut par exemple, en tant que personne morale, être désigné comme administrateur ou administrateur général³². Or l'article 183 de l'AUPC prévoit qu'au cas où une procédure collective s'ouvre à l'encontre d'une société et que cette procédure fait apparaître une insuffisance d'actifs, les dirigeants peuvent être condamnés à supporter tout ou partie des dettes de la société. La faute susceptible d'être relevée ici à l'encontre de la banque dirigeant de droit³³ de la société étant d'avoir été défailante dans sa mission de contrôle de la gestion de la société par l'intermédiaire

²⁷ Art. 3 règlement COBAC R-93/11 du 19 avril 1993 précité ; V. également Instruction n°2000/01/RB du 1^{er} janvier 2000 relative aux modalités d'application du dispositif prudentiel applicables aux banques et établissements de crédit dans l'UMOA.

²⁸ V. le dispositif prudentiel applicable aux banques et établissements financiers de l'UMOA adopté par le Conseil des ministres le 17 juin 1999.

²⁹ L'article 174 de l'AUSCGIE définit le contrôle d'une société comme la détention effective du pouvoir de décision au sein de la société et l'article 175 du même texte ajoute qu'est présumé détenir le contrôle toute personne physique ou morale qui détient soit à titre personnel, soit en vertu d'un accord avec d'autres associés, plus de la moitié des droits de vote.

³⁰ Art 183 et 189 de l'AUPC.

³¹ M. NDAYE MBAYE, « Les groupes de sociétés dans l'OHADA », *Rec. Pénant*, 2004, n° 848, spéc. 281.

³² Art. 420 AUSCGIE.

³³ En tant qu'administrateur. En ce sens v. : F.-X. LUCAS, « Responsabilité bancaire : le banquier, administrateur de fait par personne interposée », RDBF, n° 4, juillet 2004, étude 100047 ; v. également C. GAVALDA, J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Lexis Nexis, 9e éd., 2015, spéc. p. 396, n° 647.

de son représentant permanent. La prudence commanderait donc au banquier de ne pas se faire nommer elle-même membre du conseil d'administration des sociétés dont elle est actionnaire mais d'y faire élire par l'organe compétent de cette dernière, un des cadres de la banque. Celui-ci assumerait personnellement les fonctions d'administrateur.

Il paraît cependant possible, dans ce cas, que la banque soit exposée cette fois au risque d'être qualifiée dirigeant de fait par personne interposée³⁴. Pour justifier une telle marginalisation des intérêts du banquier dans l'espace OHADA, nous pouvons convoquer le droit français où une jurisprudence a opté pour la protection des intérêts du banquier. Selon elle, la qualité de dirigeant de fait ne se présume pas et doit être établie par le demandeur³⁵. D'où la batterie de réformes que nous avons proposées au législateur communautaire, notamment une responsabilité du banquier créancier et actionnaire dénué de toute présomption de contrôle de la société débitrice. Mais un autre élément commun aux deux actions en responsabilité à l'égard du banquier dirigeant pourrait déclencher une telle marginalisation des intérêts du fournisseur de crédit : il s'agit du jugement d'ouverture de la procédure collective.

2- Le jugement d'ouverture : Un élément déclencheur de l'action contre le banquier

Les inquiétudes du banquier commencent à chaque fois qu'une procédure collective est ouverte pour traiter des difficultés de l'entreprise financée. Autrement dit, les actions susceptibles d'être engagées contre le banquier dirigeant ont pour point commun unique le jugement d'ouverture. En effet, leur bien-fondé doit être subordonné à l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'entreprise financée³⁶. Ainsi, d'après l'article 180 de l'AUPC, les actions en responsabilité contre le banquier dirigeant ne sont possibles qu'« *en cas de cessation des paiements d'une personne morale* ». Mais l'état de cessation des paiements est un fait qui doit être constaté par la juridiction compétente. Dès lors qu'une cessation des paiements a été

³⁴ V. notamment Ph. DELEBECQUE, « l'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir », *La Semaine Juridique, éd. Entreprise et Affaire*, n° 6, 10 févr. 2005, p. 270 ; V. également M.-J. CAMPANA, « Condamnation d'une banque en comblement de passif en qualité d'administrateur de fait par personne interposée », *JCP E* 2005, p. 32.

³⁵ Cass. com., 6 mai 1980, *Bull. civ.* IV, n° 175.

³⁶ E. D. FOTSO, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA, thèse préc.*, p. 135.

judiciairement constatée, les intérêts du banquier gestionnaire fautif³⁷ sont juridiquement³⁸ marginalisés.

Cela dit, l'article 180 de l'AUPC doit être lu en combinaison avec les dispositions plus précises de l'AUPC concernant chaque action et notamment les articles 183 et 189. Ainsi, selon ces deux derniers textes l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur est une condition préalable qui déclenche l'action en comblement du passif ou le placement du dirigeant en procédure collective³⁹. Mais ces deux actions ont certaines spécificités qu'il convient d'analyser.

B- Le cas des conditions spécifiques à chaque action

Les différentes actions prévues par les articles 180, 183 et 189 de l'AUPC ne sauraient se confondre de par leur fondement commun, puisque les conditions tant sur le plan procédural que sur le fond, diffèrent largement, sans doute en raison de la différence de régime. En effet, si la première est soumise au régime de la responsabilité de droit commun, les deux autres relèvent des dispositions précises de la loi de sauvegarde⁴⁰. Mais nous verrons que malgré les domaines distincts, les conditions de l'action en comblement du passif (1) et celles de l'extension des procédures collectives (2) sont toutes deux défavorables au banquier.

1- Des conditions de l'action en comblement du passif défavorables au banquier

L'action en responsabilité du banquier dirigeant a pour but le redressement de l'entreprise⁴¹. Si les actions en responsabilité des dirigeants de fait sont soumises aux règles spéciales du droit des procédures collectives, il s'agit néanmoins d'actions en responsabilité civile⁴². Ainsi, le banquier ne saurait être condamné à défaut de démonstration d'une faute (a), d'un préjudice (b), et d'un lien de causalité (c).

a- Du fait de l'appréciation de la faute de gestion du banquier

Le législateur OHADA a voulu sanctionner le créancier qui a soutenu l'entreprise en

³⁷ De fait ou de droit.

³⁸ Cf. art. 180, 183 et 189 de l'AUPC.

³⁹ Sur cette question, v. notamment M.-J. CAMPANA, « La responsabilité civile du dirigeant en cas de redressement judiciaire », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 1994, p.133 et s.

⁴⁰ A.-L. CAPOEN, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, Thèse préc., p. 309.

⁴¹ En ce sens, v. F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, Dalloz, 3^e éd., 1991, n° 580.

⁴² Sur cette question, v. L. CHAMINAH, *La responsabilité civile du banquier en droit Malgasy*, Thèse préc., p. 313.

difficulté de manière inconsidérée. Ensuite, il peut lui être reproché les fautes des articles 183 de la responsabilité pour insuffisance d'actif et 189 de l'AUPC, emportant l'obligation aux dettes sociales. S'il est qualifié de dirigeant de fait, le banquier peut voir sa responsabilité engagée pour faute de gestion⁴³. Le banquier sera donc condamné à réparer le préjudice subi au cas où il a commis une faute de gestion, dans le cadre de sa direction de fait. Si sous l'empire de la loi de 1967, la responsabilité reposait sur une présomption de faute, de sorte que le dirigeant devait rapporter la preuve qu'il n'avait pas commis de faute de gestion ; le régime a été renversé par l'avènement du droit OHADA : l'action suit désormais le régime de droit commun, solution confirmée par le législateur OHADA. C'est au demandeur qu'incombe la charge de la preuve. La faute de gestion, seule faute pouvant conduire à la responsabilité pour insuffisance d'actif, n'a pas été davantage définie par le droit OHADA⁴⁴.

Ainsi, l'AUSCGIE ne pose aucune exigence quant à la gravité de l'acte de gestion. Ce silence législatif suscite une marginalisation du fournisseur de crédit dans l'établissement de sa faute. En effet, on peut penser que toute faute de gestion, même légère, peut suffire à engager la responsabilité du banquier dirigeant. Cette discrimination du législateur communautaire à l'égard du dirigeant nous semble critiquable dans la mesure où elle n'apparaît pas cohérente avec la priorité que le législateur de l'OHADA accorde désormais au sauvetage de l'entreprise et de ses dirigeants⁴⁵. Mais une jurisprudence africaine a sévèrement sanctionné un dirigeant qui procéda à des retraits d'argent dans les caisses des différents établissements de la société au point d'en mettre à mal la trésorerie⁴⁶.

En outre, retenir la responsabilité du dirigeant en cas d'une simple imprudence ne revient-il pas finalement à quasiment lier son sort à celui de l'entreprise ? Ainsi, comme cela fut le cas à une époque lointaine, cela pourrait dissuader ce dirigeant à recourir à la justice en cas de difficulté

⁴³ Cf. art. 183 de l'AUPC.

⁴⁴ Sur cette question, v. Ph. DELEBECQUE, « l'administrateur de fait par personne interposée : une notion à définir », *La Semaine Juridique, éd. Entreprise et Affaire*, n° 6, 10 févr. 2005, p. 234 et s.

⁴⁵ En rupture avec le droit antérieur qui accordait la priorité à l'apurement du passif. En ce sens, v. J. KOM, *Droit des entreprises en difficultés OHADA prévention- traitements- sanctions*, Coll. Droit uniforme, éd. PUA, 2013, p. 192 ; Pour une étude sur les finalités du droit OHADA des procédures collectives, v. L. TCHAKOTEU MESSABIEM, *Droit OHADA-Droit français, la protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif*, Thèse préc., p. 37 et s. ; l'article 1er de l'AUPC révisé du 10 septembre 2015 place désormais comme objectif prioritaire du droit des entreprises en difficulté, la préservation des activités économiques et des niveaux d'emploi ainsi que le redressement des entreprises viables.

⁴⁶ T. com. Abidjan, RG n° 622/15, 19 mars 2015, aff. Ahou Nathalie OKA et AKOTO N'guessan c/ BROU Koffi Denis.

de son entreprise. Pour répondre à cette question, nous pensons qu'il y a une impérieuse nécessité d'envisager une graduation des fautes et d'exclure la responsabilité du dirigeant en cas de faute légère pour ne la retenir qu'en cas de *faute de gestion qualifiée*⁴⁷. Un auteur⁴⁸ semble d'ailleurs partager cet avis. En effet, cet auteur critique la sévérité des juges du fond dans l'appréciation de la faute de gestion du banquier.

Pour y remédier, nous souhaitons que toutes les fautes de gestion n'entraînent pas la responsabilité du banquier car ce sont seulement celles qui ont entraîné une insuffisance d'actifs qui devraient être sanctionnées par les juges. A cet effet, quelques nuances peuvent être apportées pour essayer de sécuriser les intérêts du banquier dans son activité de distribution de crédit. D'emblée, il faut noter que le conseil d'administration est un organe collégial mais que cette collégialité ne fait pas obstacle à ce qu'un administrateur soit personnellement responsable de son attitude au conseil⁴⁹.

En outre, nous pensons que la faute du banquier administrateur peut être un acte positif. Ainsi, en est-il du vote préjudiciable émis par la banque administratrice d'une société par l'intermédiaire de son représentant permanent. Un auteur⁵⁰ estime d'ailleurs que le banquier administrateur ne pourra alors en être exonéré qu'en justifiant n'avoir pas concouru à l'acte de gestion incriminé. La banque peut également commettre des fautes de gestion en sa qualité de dirigeant. Il en est ainsi de la décision de la banque, en tant que présidente de la société qu'elle dirige de poursuivre, en connaissance de cause, l'activité de cette dernière alors qu'elle est déficitaire. Tel semble également être le cas dans la détermination du préjudice d'insuffisance d'actif.

b- Du fait du préjudice d'insuffisance d'actif

Pour que l'action en comblement du passif contre le banquier soit couronnée de succès, l'on doit procéder à la détermination du préjudice d'insuffisance d'actif.

⁴⁷ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^e éd., 2014, spéc. p. 783, n° 1701. Cet auteur forme notamment le souhait que soient épargnés les débiteurs malchanceux ou maladroits afin de permettre éventuellement leur rebond et que ne soient sanctionnés que les dirigeants « *gravement fautifs* »

⁴⁸ V. F.-X LUCAS, obs. à propos de Cass. soc., 8 juillet 2014, n°13-15573 LEDEN 2014-8, n°136. Cet auteur relève que « *la gestion d'une société est une chose trop complexe pour que l'on puisse admettre qu'un juge puisse (...) se contenter d'une légèreté fautive* » pour retenir la responsabilité des dirigeants.

⁴⁹ Sur l'action en comblement du passif contre un administrateur en cas de procédure collective, v. A. FÉNÉON, « Guide de l'administrateur de société anonyme en droit OHADA », *LGDJ*, 2016, p. 40, spéc. n° 67.

⁵⁰ E. D. FOTSO, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA*, Thèse préc., p. 141.

Dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la démonstration d'un préjudice est indispensable. Ainsi, contrairement à la notion de cessation des paiements, le législateur OHADA ne définit pas expressément la notion d'insuffisance d'actif⁵¹. Mais force est de constater que dans notre espace communautaire, la plupart des procédures collectives se clôturent par une insuffisance d'actif. A cet effet, les créanciers de l'entreprise en difficulté sont donc incapables de rentrer dans la totalité de leurs fonds. L'exploitation des décisions de justice dans le greffe du tribunal de grande instance de Douala révèle que sur les 14 procédures de liquidations des biens ouvertes en 2014, les juges ont prononcé une insuffisance d'actif dans 10. Mais il faut aller chercher dans la rédaction de l'article 183 alinéa 1 de l'AUPC⁵² pour déceler les insuffisances législatives qui sont défavorables au banquier. Ainsi, cette disposition soulève une interrogation : l'action en comblement du passif consiste-elle à réparer l'aggravation de l'insuffisance d'actif ou l'insuffisance d'actif dans sa globalité ? Un auteur a tenté de donner une réponse à cette question⁵³.

En effet, selon cette doctrine, l'action fondée sur l'article 650-1 du Code commerce français⁵⁴ consiste à réparer l'aggravation de l'insuffisance d'actif et non l'insuffisance d'actif dans sa globalité. On se serait peut-être attendu que le législateur OHADA ne soit pas en marge du législateur français qui a pris la peine de préciser le régime du préjudice de cessation des paiements⁵⁵ issu de l'obligation aux dettes sociales et celui d'insuffisance d'actif⁵⁶. Face à ce silence du législateur africain, il revient aux juges du fond de déterminer la nature du préjudice

⁵¹ C'est dans le droit comparé que nous sommes allés trouver cette définition. En effet, d'après le législateur français, l'insuffisance d'actif est « caractérisée lorsque le produit de la réalisation des actifs et des actions et procédures engagées dans l'intérêt de l'entreprise et des créanciers ne permet pas de désintéresser, même partiellement, les créanciers ». Cf. Décret français n° 2005-1677, du 28 décembre 2005, art. 303.

⁵² L'art. 183 al. 1 de l'AUPC prévoit : « Lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider, à la requête du syndic, du ministère public ou de deux contrôleurs dans les conditions de l'article 72 alinéa 2 ci-dessus, ou même d'office, que les dettes de la personne morale sont supportées en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux ».

⁵³ En ce sens, v. A.-L. CAPOEN, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, Thèse préc., p. 317.

⁵⁴ L'art. L 650-1 du Code de commerce français pose le principe de l'irresponsabilité du banquier créancier contrairement à l'article 11 de l'AUPC qui a maintenu le principe de la responsabilité du banquier créancier.

⁵⁵ L'art. L 651-2 du Code de commerce dispose « Lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que les dettes de la personne morale seront supportées, en tout ou partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables ».

⁵⁶ Idem.

subi en cas d'insuffisance d'actif. Et de ce point de vue, le risque d'insécurité judiciaire est élevé à l'égard du banquier si les juges condamnent ce dernier à réparer l'insuffisance d'actif dans sa globalité. Encore une fois, le législateur communautaire devrait en tenir compte dans ses prochaines réformes.

Par ailleurs, la rédaction de l'article 183 de l'AUPC pose un autre problème qui pourrait déteindre sur le souci préservation des activités économiques : l'insuffisance d'actif doit-elle être appréciée au jour de l'ouverture de la procédure collective ou au jour où le juge statue sur la responsabilité du banquier en comblement du passif ? Admettre cette dernière hypothèse revient à faire entrer dans le passif de la société les dettes nées postérieurement au jugement d'ouverture. Autrement dit, si les juges du fond retiennent la date où ils statuent sur la responsabilité du banquier, ils feraient entrer ces dettes dans le passif de l'entreprise à un moment où le dirigeant était partiellement⁵⁷ ou totalement dessaisi⁵⁸.

Pour y remédier, nous pensons avec un auteur⁵⁹ qu'il semble, dès lors, approprié de retenir la date du jugement d'ouverture pour apprécier le montant de l'insuffisance d'actif, quitte à la modifier postérieurement, notamment au moment où le juge statuera sur l'action en comblement du passif, afin de tenir compte d'un passif né antérieurement à la date d'ouverture de la procédure collective et qui se serait aggravé au-delà de cette date. Cette modification pourra également permettre de tenir compte de nouvelles dettes résultant de la faute commise par le dirigeant après l'ouverture de la procédure. Cette conception nous paraît conforme au principe indemnitaire qui implique que le montant de la condamnation soit limité au montant de l'insuffisance d'actif que le banquier a contribué à créer⁶⁰. Cette solution aura le mérite de sortir le banquier de cette insécurité judiciaire générée par le silence de l'AUPC. Mais en attendant la réaction des juges et du

⁵⁷ Pour ce qui est du redressement judiciaire. Ainsi, la décision d'ouverture du redressement judiciaire emporte de plein droit, à compter de sa date assistance obligatoire du débiteur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens. Le syndic doit cosigner ces actes y compris s'agissant d'un recours contre la décision d'ouverture : CCJA, Troisième Ch., n°152/2016, 27 octobre 2016, aff. BIAO-CI c/ CATRANS.

⁵⁸ Pour ce qui est de la liquidation des biens. Ainsi, le jugement d'ouverture de la liquidation emporte de plein droit, à compter de sa date, dessaisissement du débiteur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens : Art. 53, al. 2 AUPC.

⁵⁹ E. D. FOTSO, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA*, thèse préc., p. 143.

⁶⁰ En ce sens, v. Ch. DELATTRE, « La condamnation d'un dirigeant au comblement de passif ne peut excéder le montant de l'insuffisance d'actif existant au jour où la cour statue », *JCP E* 2007, 1117, note sous Cass. com., 27 juin 2006, n° 05-11690.

législateur, l'établissement du lien de causalité entre la faute de gestion et le préjudice d'insuffisance d'actif semble également poser quelques soucis au fournisseur de crédit.

c- L'établissement du lien de causalité

Avant l'avènement du droit OHADA, plusieurs pays membres du droit OHADA appliquaient les textes hérités du droit français. Ainsi, sous l'empire de la loi française de 1967, il existait une présomption de faute mais aussi une présomption de causalité⁶¹. La faute présumée était donc réputée être à l'origine de l'insuffisance d'actif. Toute chose qui discriminait fondamentalement le banquier dirigeant de fait. Puis la loi française du 25 janvier 1985 a modifié le régime.

Prise dans notre contexte, cette présomption irréfragable méconnaissait la réalité de la vie des affaires en Afrique. En effet, s'il est vrai qu'une faute de gestion puisse être à l'origine d'une insuffisance d'actif l'on peut tout autant se demander si elle est nécessairement la seule et exclusive cause ? Plusieurs événements peuvent être à l'origine de la faillite d'une entreprise : la concurrence, la conjoncture économique, la faiblesse des capitaux propres de l'entreprise, y compris les troubles politiques et guerres civiles. On peut citer les cas de la RDC⁶², de la Guinée Conakry, de la Guinée Bissau, du Mali, du Gabon, de la RCA⁶³, du Burkina Faso, du Tchad, de la Côte d'Ivoire⁶⁴ et récemment de les parties septentrionale et anglophone du Cameroun. Une faute de gestion peut donc totalement être étrangère à l'insuffisance d'actif. C'est fort de cette histoire mouvementée qu'en 1998, le législateur OHADA a emboité le pas à son homologue français en éludant la présomption de responsabilité.

Ainsi, a-t-il préféré la formule : *en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif* »⁶⁵, formule reprise par l'AUPC révisé de 2015. Ce qui signifie que le demandeur doit rapporter désormais la preuve que la faute de gestion du dirigeant a contribué à l'insuffisance d'actif, qu'elle en est la cause nécessaire. A cet effet, il semblerait que le législateur ait choisi l'application du droit commun de la responsabilité civile comme dans le cadre de l'article

⁶¹ La Cour de cassation française l'a admis notamment dans un arrêt du 16 juillet 1981 : « la présomption de responsabilité, dont l'arrêt retient que MM ne s'est pas déchargé, comporte à la fois une présomption de faute et une présomption de rapport de causalité entre la faute et le dommage », Cass. com., 16 juillet 1981, Bull. Civ. IV n° 318.

⁶² République Démocratique du Congo.

⁶³ République Centre-Africaine.

⁶⁴ Après la crise postélectorale, v. aff. CODELEC C/Ministère public, T. com. Abidjan., RG n° 1657/2014, 3 juillet 2014 ; v. également affaire CERGI Banking Services C/ Ministère Public, T. com. Abidjan, RG n° 1134/2014, 5 juin 2014 ; et affaire société BOTTY FOOD C/ Ministère public, T. com. Abidjan, RG n° 59/2015, 12 fev. 2015.

⁶⁵ Cf. art. 183, alinéa 1, de l'AUPC ancien et nouveau.

118 de l'AUPC. Toutefois, la force du lien est différente et cela semble jouer en défaveur du banquier gestionnaire fautif. En fait, la responsabilité du banquier dispensateur de crédit suppose que la faute reprochée soit non seulement la cause nécessaire mais aussi la cause adéquate, de sorte que cette faute soit la seule cause envisageable de l'aggravation de l'insuffisance d'actif. Or, dans le cadre de l'article 183 de l'AUPC, il s'agit de « *fautes ayant contribué* ». Autrement dit, il suffit que la faute de gestion ait été un des éléments à l'origine de l'insuffisance d'actif, peu importe qu'il existe des causes plus adéquates à ce préjudice. Le régime de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif se distingue en cela de celui de la responsabilité de droit commun. Le législateur a fait le choix de requérir une faute « *ayant contribué* » à l'insuffisance d'actif et non « *à l'origine* » de celle-ci. Le lien de causalité est donc ici bien plus distendu, la causalité partielle étant en outre admise. Il est dès lors possible de créer certaines discriminations. Celles-ci consistent à mettre à la charge d'un seul des dirigeants, en l'occurrence le banquier, la totalité de l'insuffisance d'actif, même si ses fautes ne sont pas les seules à avoir contribué au dommage⁶⁶. Par conséquent, la formulation : en cas de faute de gestion « *ayant contribué* » à l'insuffisance d'actif devrait, à notre humble avis, être remplacée par « *à l'origine* » de celle-ci.

2- Des conditions de l'action en extension de la procédure collective défavorables au banquier

Traditionnellement, deux types de sanctions sont généralement réservés au banquier, gestionnaire fautif : la première est l'extension-sanction (a) et la seconde est la fictivité ou la confusion du patrimoine. Mais le législateur OHADA n'a visé que la première dans l'article 189 de l'AUPC⁶⁷(b).

a- L'extension-sanction : Une sanction discriminatoire des intérêts du banquier

L'article 189 de l'AUPC prévoit qu'« *en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens d'une personne morale, peut être déclaré personnellement en redressement judiciaire ou en liquidation des biens, tout dirigeant qui a, sans être en cessation des paiements lui-même* » commis une faute de gestion. Ainsi, l'extension-sanction consiste à ouvrir une procédure collective curative⁶⁸ contre le banquier dirigeant dont certains actes de gestion ont pu jouer un rôle dans la

⁶⁶ Sur cette question, v. A.-L. CAPOEN, *La responsabilité bancaire à l'égard des entreprises en difficulté*, Thèse préc., p. 320-321.

⁶⁷ Cf. art. 189 de l'AUPC.

⁶⁸ Redressement judiciaire ou de liquidation des biens.

cessation des paiements de l'entreprise. Cette sanction a la réputation d'être assez sévère à l'encontre de l'établissement de crédit dans la mesure où elle est prononcée alors même que le banquier n'a pas lui-même cessé ses paiements. Et pour s'en convaincre, la juridiction suprême de la Côte d'Ivoire a décidé que « *commet une faute dans la mesure où le maintien fictif de la société est de nature à induire les créanciers en erreur, le gérant qui s'abstient volontairement de déposer le bilan dans le délai légal, par conséquent, la faillite doit être étendue à sa personne* »⁶⁹.

Cela dit, cette sanction-extension est un danger pour tout banquier dirigeant dans la mesure où, selon Yves GUYON⁷⁰, il s'agit d'une procédure collective autonome qui est dirigée contre le banquier et non la procédure déjà ouverte contre l'entreprise financée. Un banquier peut donc, alors que sa situation financière est des meilleures, se voir placé en liquidation des biens pour avoir commis des fautes ayant entraîné la faillite de l'entreprise financée. Nous pensons qu'une telle sanction s'avère particulièrement redoutable pour le fournisseur de crédit et n'est pas sans conséquences économiques dans les Etats-parties à l'OHADA.

Mais pour comprendre la quintessence de cette discrimination envers les banquiers dirigeants, il faut aller chercher dans la genèse de cette sanction. En effet, compte tenu du fait que certains dirigeants refusaient de s'acquitter du montant de la condamnation en comblement du passif⁷¹, le législateur de l'OHADA a alors imaginé un dispositif redoutable dont la simple évocation du nom devrait conduire le dirigeant à mettre la main à la poche : il s'agit de la mise en redressement judiciaire ou en liquidation des biens du dirigeant⁷². Le souci du législateur fut de trouver une sanction qui était particulièrement rigoureuse.

Cette sévérité à l'égard des dirigeants avait été inspirée par le droit français notamment la loi du 25 janvier 1985 qui restait encore, à certains égards, répressive. D'ailleurs, convaincu de la marginalisation des intérêts du banquier, le législateur français a désormais une attitude de souplesse vis-à-vis des dirigeants, en général, et des banquiers dirigeants, en particulier. L'idée est de les inciter à faire état, le plus tôt possible, des difficultés de leurs entreprises sans avoir, sur leur tête, *l'épée de Damoclès* que représente la perspective de sanctions personnelles. C'est pourquoi,

⁶⁹ Cour suprême de Côte d'Ivoire, arrêt n° 342, 7 juin 2001, inédit.

⁷⁰ V. Y. GUYON, *Droit des affaires*, Economica, 9e éd., 2003, p. 439 : cet auteur parle d'une *extension incomplète*.

⁷¹ V. 2^e alinéa de l'article 189 de l'AUPC.

⁷² Art. 189, al. 2 de l'AUPC.

à l'occasion de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, le législateur français a supprimé l'extension de la procédure collective aux dirigeants⁷³.

A cet effet, une question taraude notre esprit : le législateur doit-il opter pour la recherche de la protection des intérêts du banquier dirigeant en emboitant le pas à son homologue français ? Nous sommes d'accord avec cette doctrine⁷⁴ qui tente de répondre à l'affirmative en évoquant trois raisons :

D'abord, cet auteur pense qu'en Afrique un peu plus qu'en Occident le dirigeant est généralement le pionnier de l'entreprise et le sort de cette dernière est bien souvent lié au sien. Dès lors, un droit très répressif vis-à-vis des dirigeants entrainera toujours, comme cela est le cas aujourd'hui, une méfiance des dirigeants qui s'emploieront à soustraire leurs entreprises des procédures collectives. On observera alors qu'en Afrique, même lorsqu'elles sont dans le *coma*, les entreprises préféreront rendre l'âme dans l'intimité plutôt que de solliciter l'assistance judiciaire⁷⁵. Le chef d'entreprise dressera alors lui-même l'acte de décès avant de s'évaporer dans la nature. Certes cette attitude s'explique généralement par la volonté de soustraire tous les biens de son entreprise au paiement des créanciers, et donc d'organiser son insolvabilité, mais la perspective d'une mise en redressement judiciaire personnelle ou en liquidation des biens n'y est pas étrangère.

Le même auteur pense ensuite que l'idée de placer le dirigeant, en l'espèce le banquier, en redressement judiciaire personnelle ou en liquidation des biens paraît absurde du point de vue économique. Le critère d'ouverture d'une liquidation de biens à l'encontre du banquier comme à l'encontre de toute personne morale dirigeante doit être un critère économique notamment la situation financière de la banque. Économiquement, il paraît absurde de placer en procédure collective une banque, même fautive en sa qualité de dirigeant de personne morale, alors que sa situation financière est saine. On ne peut pas sauver une entreprise et ses emplois en sacrifiant une autre entreprise et d'autres salariés. Cela revient à soigner un mal en en créant un autre⁷⁶.

⁷³ Sur cette question, v. E. D. FOTSO, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA*, thèse préc., p. 152.

⁷⁴ *Idem*, p. 153-154.

⁷⁵ Sur cette question, v. F. M. SAWADOGO, « L'accès à la justice en Afrique francophone : Problèmes et perspectives », *Rev. Juridique et politique*, n° 1, janv.-avril 1995, p. 295-309 ; M'BAYE K., *Le droit en déroute, Liberté et ordre social*, Neufchâtel, éd. de la Banomière, 1969, p. 38.

⁷⁶ V. en ce sens, J.-Ph. HAEHL, « Le dirigeant de droit ne peut s'exonérer de sa responsabilité en invoquant la prise de pouvoir par un dirigeant de fait », *RTD Com*, 1996, p. 542.

Et enfin, une autre doctrine conclut que la sanction possible prévue par le législateur de l'OHADA à savoir la mise en redressement du banquier ou sa liquidation des biens nous paraît disproportionnée par rapport au refus de combler le passif. Les voies de droit commun, à savoir les mesures d'exécution forcée, sont suffisantes pour vaincre la résistance du banquier qui refuse de payer le montant de la condamnation en comblement du passif⁷⁷. En conséquence nous sommes d'accord avec cette doctrine lorsqu'elle déclare que « *L'arme nucléaire n'est pas nécessaire là où une kalachnikov suffit* »⁷⁸.

Fort de cette critique doctrinale, le législateur OHADA tente d'édulcorer la sévérité de cette extension-sanction en prévoyant qu'elle n'est pas automatique et doit être prononcée par le juge. Ainsi, il distingue l'extension-sanction de l'extension automatique à laquelle l'article 33 de l'AUPC soumet les associés indéfiniment et solidairement responsables du passif d'une société en cessation des paiements. En effet, l'article 33, alinéa 4 de l'AUPC dispose : « *la décision d'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens d'une personne morale produit ses effets à l'égard de tous les membres indéfiniment et solidairement responsables du passif de celle-ci et prononce, contre chacun d'entre eux, soit le redressement judiciaire, soit la liquidation des biens, en fonction de leur situation* ». Ce texte concerne singulièrement les associés de la société en nom collectif ainsi que les associés commandités d'une société en commandite par actions⁷⁹.

Le juge ivoirien a confirmé cette nuance du législateur OHADA en rendant une décision dans ce sens le 02 avril 2015. Dans cette espèce, un créancier a demandé, sous le fondement de l'article 33 de l'AUPC, que soit étendue, aux actionnaires d'une société anonyme en cessation des paiements, la procédure de liquidation des biens ouverte contre la société anonyme débitrice. Il lui a été rétorqué, à bon droit, par la juridiction saisie du litige, que la société en question *étant une société anonyme unipersonnelle, l'article 33 ne peut lui être appliquée, étant entendu qu'en tant que société anonyme, elle n'appartient pas à la catégorie des sociétés dans lesquelles les membres sont indéfiniment et solidairement responsables des dettes*⁸⁰. C'est fort de ces analyses que nous

⁷⁷ Cf. F.-X. LUCAS, « Responsabilité bancaire : le banquier, administrateur de fait par personne interposée », *art. préc.*, étude 100047.

⁷⁸ E. D. FOTSO, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA*, Thèse préc., p. 154.

⁷⁹ Sur l'ensemble de cette question, v. J.-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens », *D.* 1975, Chr., p. 41 et s.

⁸⁰ T. com. Abidjan, RG n° 155/15, 02 avril 2015, BIAO-CI C/ Société DJAMANAN TOUR et autres.

déduisons que l'extension fondée sur la fictivité ou la confusion du patrimoine s'avère moins discriminatoire à l'encontre du banquier.

b- La fictivité ou la confusion du patrimoine : Une sanction moins discriminatoire des intérêts du banquier

Page | 234

Dans le cas où le législateur OHADA passe outre la position de son homologue français⁸¹ et les critiques doctrinales ci-dessus évoquées, il aurait pu fonder l'extension sur la fictivité ou la confusion de patrimoines qui est moins discriminatoire des intérêts du banquier que l'extension-sanction. Pour justifier cette proposition, tentons d'examiner les origines de cette forme d'extension dans la jurisprudence française. Ainsi, le juge français⁸² admet depuis fort longtemps que la procédure ouverte contre une société peut, à certaines conditions, être étendue à toute autre personne, y compris donc au banquier. L'avantage du fournisseur de crédit tient au fait que : l'extension-sanction aboutit à l'ouverture d'une procédure autonome contre lui, alors que dans la fictivité ou la confusion du patrimoine c'est la même procédure déjà ouverte contre l'entreprise financée, qui est étendue au banquier. Les deux patrimoines se fondent de sorte qu'il n'en ressort plus qu'une seule masse d'actifs et de passifs. Il y a donc une procédure unique, un seul bloc de biens, les mêmes organes, un seul plan de continuation⁸³.

Encore une fois, l'intervention législative souhaitée par la doctrine⁸⁴ et visant à admettre cette forme d'extension dans l'espace OHADA n'a pas eu lieu. Dans un souci d'incitation au financement bancaire dans notre espace communautaire, nous espérons que la jurisprudence de l'OHADA se prononce dans le sens d'une extension fondée sur la fictivité ou la confusion de patrimoines. Dans l'intervalle, l'extension-sanction reste la seule fatalité des banquiers dirigeants de l'entreprise en difficulté. Ces derniers ne peuvent que se réfugier derrière la prudence et ils devront éluder tout agissement fautif susceptible de provoquer l'ouverture de la procédure collective des entreprises emprunteuses qu'ils sont censées diriger de fait ou de droit⁸⁵.

⁸¹ Cf. art. 650-1 du code de commerce français.

⁸² V. PERCEROU, note sous Cass. req., 29 juin 1908, D. 1910, 1, 233.

⁸³ Cf. Th. FAVARIO, note sous Cass. com. 17 sept. 2013, BJE 2014, p. 16.

⁸⁴ F. M. SAWADOGO, OHADA, *Droit des entreprises en difficulté*, ouvrage préc., p. 330.

⁸⁵ J.-L. RIVES-LANGE, « La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens », *article préc.*, p. 41.

II- LA MISE EN ŒUVRE DES ACTIONS EN RESPONSABILITÉ DU BANQUIER DIRIGEANT : UN RÉGIME JURIDIQUE DISCRIMINATOIRE AUX INTÉRÊTS DU BANQUIER PAR RAPPORT À CEUX DES TITULAIRES DES ACTIONS

Le législateur OHADA a visé l'action en comblement du passif dans l'article 183 de l'AUPC et l'action en extension à la procédure collective dans l'article 189 du même Acte uniforme. Mais il n'en demeure pas moins que le régime (A) et les effets (B) de ces différentes actions restent défavorables au banquier.

A- La protection des titulaires des actions quant au régime

Le régime de l'action en comblement du passif (1) et celui de l'action en extension à la procédure (2) obéissent sur bien des points aux mêmes règles que celles de l'action en responsabilité pour soutien abusif. Ainsi, ces actions sont portées devant la juridiction compétente ayant ouvert la procédure collective⁸⁶. Les régimes de ces deux actions ont vocation à protéger leurs titulaires à l'encontre du banquier. Il s'agira d'examiner à qui profite cette protection législative et quelles sont les solutions envisageables pour rééquilibrer les intérêts entre les deux parties au procès.

1- Une protection des titulaires quant à l'action en comblement du passif

La particularité ici réside dans le large pouvoir de modération reconnu au juge, celui-ci pouvant décider que l'insuffisance d'actif sera comblée seulement en partie, et non en totalité, par le banquier fautif. Le juge dispose même du pouvoir, en cas de pluralité de dirigeants, de ne condamner que certains d'entre eux. Aussi, peut-on noter quelques particularités qui protègent les titulaires de l'action quant à l'exercice (a) ou à la prescription de l'action en comblement du passif (b).

a- Une protection tirée de l'exercice de l'action

Cette protection est traditionnellement réservée au syndic et la juridiction compétente qui peut s'en saisir d'office. Mais dans l'AUPC révisé, le législateur a étendu cette protection au ministère public et aux contrôleurs lorsqu'ils sont nommés.

⁸⁶ Art. 184 et 189, al. 2 de l'AUPC.

D'une part, le législateur OHADA donne pouvoir au syndic d'introduire une action en comblement du passif contre le banquier dirigeant et à la juridiction compétente de se saisir d'office. Ainsi, le syndic jouit d'une protection particulière qui est à l'image de celle évoquée au soutien abusif car l'action vise à obtenir des fonds supplémentaires pour désintéresser les créanciers dont le syndic défend les intérêts. En outre, le pouvoir de saisine d'office accordé à la juridiction compétente par l'article 183 de l'AUPC, semble porter atteinte au droit du banquier d'être jugé dans un procès équitable⁸⁷. D'après un auteur, la saisine d'office de la juridiction compétente peut se justifier par un souci de préservation de l'intérêt général. En outre, elle se justifie également par le fait que cette juridiction, qui assure une fonction de haute administration de la justice, peut obtenir plus facilement les renseignements ou informations nécessaires au succès de l'action⁸⁸. Mais une telle prérogative est susceptible de marginaliser les intérêts du banquier. En effet, la qualité d'agir en action en comblement du passif est déjà traditionnellement reconnu au syndic à qui il appartient de défendre les intérêts des créanciers. Le souci du législateur est d'accroître la masse d'argent à distribuer aux créanciers.

A cet effet, en cas d'inaction éventuelle du syndic, l'AUPC révisé permet aux contrôleurs s'ils sont nommés d'introduire une requête contre le banquier dirigeant⁸⁹. Ces contrôleurs ont d'ailleurs un regard attentif sur l'action du syndic. Il apparait dès lors paradoxal que le juge ait subitement un intérêt à agir là où les principaux acteurs ne trouvent aucune objection. Aussi, la sauvegarde de l'intérêt général ne pourrait-elle pas être assurée par le ministère public auquel l'AUPC révisé⁹⁰ a désormais ouvert l'action en comblement du passif ? Nous pensons que oui car d'après un auteur, la saisine d'office ne parait pas compatible au regard des principes d'impartialité du juge et de procès équitable⁹¹. Le doute s'installe, dès lors, sur ces principes directeurs qui

⁸⁷ En ce sens, v. M. POCANAM, « Réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo », *Rec. Pénant*, n° 812, 1993, p. 205.

⁸⁸ F. THERA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, l'Harmattan, 2012, p. 226, n° 342.

⁸⁹ L'AUPC révisé a facilité les conditions de nomination des contrôleurs. Désormais, en vertu de l'article 48 de l'AUPC révisé, la nomination doit intervenir dans le mois suivant l'ouverture de la procédure et est obligatoire dès lors qu'elle émane des créanciers représentant au moins le tiers de la totalité des créances même non vérifiées. A l'expiration du délai d'un mois, tout créancier peut demander à être désigné contrôleur. La nomination sera alors facultative pour le juge-commissaire. Dès lors, celui-ci pourrait rejeter une demande formulée par un créancier et tendant à le faire désigner comme contrôleur, si cette demande lui parait superflue et de nature à alourdir et entraver la célérité de la procédure : TGI du Noun, Ordonnance du 19 janvier 2009, CNPS c/Liquidation SEFN, note KALIEU ELONGO, Ohadata J-10-142.

⁹⁰ Cf. art. 183 AUPC.

⁹¹ M. POCANAM, « Réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo », *article préc.*, p. 205.

doivent gouverner un procès équitable. En effet, peut-on encore parler d'impartialité du juge lorsque la loi permet à celui-ci de dresser à la fois l'acte de poursuite et juger le banquier ? Nous pensons que non. Ainsi, selon une doctrine, l'exigence du procès équitable paraît être malmenée⁹² et les intérêts du banquier marginalisés.

Or il y a un besoin pressant de créer un cadre juridique incitatif au financement bancaire dans notre espace communautaire. Pour s'en convaincre, une analyse du droit comparé s'impose à la communauté scientifique de l'espace OHADA. Ainsi, dans les pays développés, l'on note un abandon progressif de la saisine d'office en matière de procédure collective⁹³. C'est le cas notamment en Belgique où la saisine d'office a été supprimée au profit de la saisine par le ministère public.

Pour éviter la frilosité des banquiers dans le financement des entreprises en difficulté, nous proposons le remplacement de la saisine d'office de la juridiction par celle du ministère public à qui le pouvoir de saisine de la juridiction compétente sera ouvert⁹⁴. En effet, d'après un auteur, ce transfert de pouvoir aurait pour vocation d'éviter « *la confusion des genres qui réunit entre les mêmes mains l'acte de poursuite et l'acte de juger* »⁹⁵. A titre de droit comparé, le législateur français a été récemment favorable à cette solution doctrinale⁹⁶. Il s'est notamment livré à une véritable chasse à la saisine d'office⁹⁷ dans les procédures collectives à laquelle il a substitué l'action du ministère public.

D'autre part, dans l'article 3 de l'AUPC révisé, le législateur de l'OHADA a ouvert l'action au ministère public et aux contrôleurs. L'attribution du pouvoir de saisine de la juridiction compétente aux contrôleurs renforce la protection des titulaires de l'action en comblement du passif à l'encontre du banquier dirigeant. En fait, de par cette ouverture, le législateur communautaire a pour but de vaincre une éventuelle inertie des syndics dont la compétence est

⁹² E. D. FOTSO, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA*, thèse préc., p. 147.

⁹³ La saisine d'office reste néanmoins encore en vigueur dans certains États où la procédure collective est marquée par un caractère répressif fort notamment en Espagne, en Italie, en Grèce et au Luxembourg.

⁹⁴ Rappelons que dans le cadre du droit OHADA, cette action est ouverte au ministère public depuis l'AUPC révisé de 2015.

⁹⁵ J.-L. VALLENS, « Droit de la faillite et droits de l'Homme. La loi sur le redressement et la Convention européenne des droits de l'homme », *article préc.*, p. 567.

⁹⁶ En réalité, le législateur français a habilité le Gouvernement qui a agi par voie d'ordonnance notamment par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. V. particulièrement les articles 16, 49 et 60 de l'ordonnance.

⁹⁷ V. notamment : C. LAPORTE, « Que reste-t-il de la saisine d'office? », *Rev. proc. coll.*, nov. 2014, alerte 25.

très souvent remise en cause par la doctrine⁹⁸. Ainsi, l'AUPC leur confère le pouvoir de saisir la juridiction compétente pour action en comblement du passif contre le banquier dirigeant, après mise en demeure du syndic, restée infructueuse pendant une période de vingt et un (21) jours⁹⁹.

Cette protection des contrôleurs n'est pas spécifique au régime de l'action en comblement du passif. Elle est déjà prévue par l'article 72 de cet Acte uniforme. Les articles 72 et 183 de l'AUPC fixent une condition de deux contrôleurs au moins lorsque l'action est dirigée contre le dirigeant. Mais même si un contrôleur ne peut agir seul contre le banquier dirigeant, son entrée dans le cercle des titulaires d'action prouve, à suffire, que le législateur OHADA ne veut pas laisser une marge de manœuvre au banquier dirigeant. En effet, ce dernier aura des difficultés de sortir d'une telle « *camisole de force* ». Par ailleurs, cette protection des intérêts des titulaires de l'action contre le banquier pourrait s'étendre jusqu'au délai de prescription.

b- Une protection constatée sur le régime de la prescription

L'AUPC accorde un délai de trois ans aux titulaires de l'action en comblement du passif pour agir contre le banquier¹⁰⁰. Mais le droit OHADA apporte quelques éléments de protection qui ne tournent pas à l'avantage du banquier. Ainsi, lorsqu'un concordat a été conclu, la prescription est suspendue pendant sa durée et ne recommence à courir qu'en cas de résolution ou d'annulation du concordat. Toutefois, le syndic dispose, à nouveau, pour exercer l'action d'un délai qui ne peut, en aucun cas, être inférieur à un an. Autrement dit, le délai de prescription restant à courir doit toujours être au moins égal à un an. Tous les délais de prescription qui, à la suite de l'annulation ou de la résolution du concordat, sont inférieurs à un an, sont ramenés à un an par l'effet de la loi. Ce mécanisme de fixation du délai de prescription a pour but de protéger les titulaires à l'action en comblement du passif. De ce point de vue, l'article 186 de l'AUPC fixe le point de départ au jour de l'arrêté définitif de l'état des créances. A partir de ce moment en effet, le syndic est supposé avoir une parfaite connaissance du passif de l'entreprise en difficulté. Il sera alors en mesure de

⁹⁸ F. M. SAWADOGO, « Commentaire de l'Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », in *OHADA, Traité et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016, p. 1122.

⁹⁹ Cf. art. 72, alinéa 2, de l'AUPC.

¹⁰⁰ Cf. art. 186 de l'AUPC.

savoir s'il résultera de la procédure une insuffisance d'actif ou non et dans l'affirmative, pourra envisager l'action en comblement du passif contre le banquier dirigeant¹⁰¹.

2- Une protection des titulaires quant à l'action en extension de la procédure

Page | 239

Le mutisme du législateur OHADA sur certains aspects importants du régime de l'action en extension n'est pas sans conséquence sur la non protection du banquier dirigeant. En fait, l'AUPC est muet concernant les personnes ayant qualité pour agir en extension ainsi que des règles régissant la prescription. Une doctrine a proposé d'assimiler ces deux cas aux solutions prévues en matière d'action en comblement du passif et d'ouvrir l'action au syndic et au Tribunal¹⁰².

Le juge ivoirien semble corroborer cette position doctrinale. C'est ainsi qu'en date du 2 avril 2015, un banquier créancier a sollicité l'extension, au dirigeant, de la procédure ouverte contre la société débitrice, ainsi que la condamnation de ce même dirigeant au comblement du passif en sa qualité d'actionnaire. Pour rejeter cette demande, le tribunal a relevé, s'agissant de l'action en comblement et de l'action en extension, que « *ce sont des procédures indépendantes de la procédure initiale en redressement judiciaire ou en liquidation des biens dont l'ouverture est minutieusement réglementée par l'article 183 ci-dessus pour ce qui concerne l'action en comblement du passif et par les articles 190 et suivants de l'Acte uniforme susvisé concernant l'extension de la procédure collective, lesquelles ne peuvent être introduites que par le syndic ou par saisine d'office de la juridiction qui a prononcé la procédure collective concernée* »¹⁰³. Le régime de l'action en comblement du passif est donc étendu à l'action en extension.

Mais le cumul de ces deux actions contre le banquier est une menace pour les intérêts du banquier. Ainsi, face au silence de l'article 189 et suivant l'AUPC sur les titulaires de l'action, le ministère public et les contrôleurs pourront avoir qualité pour agir en extension au même titre que le syndic et le tribunal d'office. Rappelons que le banquier est déjà marginalisé quant au régime de chaque action intentée singulièrement, le cumul des deux actions sonne comme *un pis allé* à l'encontre du fournisseur de crédit. Par ailleurs, la prescription de 3 ans à compter de l'arrêt définitif des créances serait également étendue à l'action en extension. En effet, le mutisme du législateur OHADA laisse chaque juge dans l'imagination et l'interprétation. Les juges pourraient

¹⁰¹ Sur cette question, v. E. D. FOTSO, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA*, Thèse préc., p. 149.

¹⁰² Notamment, F. M. SAWADOGO, OHADA, *Droit des entreprises en difficulté*, ouvrage préc., p. 332.

¹⁰³ T. com. Abidjan, RG n° 155/15, 2 avril 2015, BIAO Côte d'Ivoire c/ Société DJAMANAN TOUR et autres.

par exemple imaginer que l'action en comblement et l'action en extension partagent une même finalité, notamment, la reconstitution de l'actif du débiteur et la préservation du gage des créanciers. Ils pourraient penser que les deux actions s'appliquent aux mêmes personnes, à savoir les dirigeants de l'entreprise débitrice, et relèvent de la compétence de la même juridiction à savoir celle ayant ouvert la procédure collective. Sur cette question, un auteur souligne qu'il aurait été judicieux pour le législateur de l'OHADA de prévoir des *dispositions procédurales communes au comblement du passif et à l'extension de la procédure*¹⁰⁴ afin d'éviter des répétitions ou, comme c'est le cas en l'espèce, des oublis.

La marginalisation des intérêts du banquier par le droit OHADA est également visible au niveau des règles régissant la juridiction compétente. En effet, l'article 190 de l'AUPC retient la même solution que celle du comblement du passif en donnant compétence à la juridiction ayant ouvert la procédure collective. Cette position du législateur met les établissements de crédit dans une insécurité judiciaire sans précédent si leur liquidation est prononcée par les autorités bancaires. Sur ce sujet, une jurisprudence a apporté quelques précisions. Selon le juge ivoirien, l'extension d'une procédure de liquidation des biens d'un débiteur ne peut, au sens de l'article 190 de l'AUPC, être prononcée par la juridiction commerciale que si c'est elle qui a ouvert la procédure de liquidation des biens. En l'espèce, la demande d'extension introduite par les ex-salariés d'un établissement de crédit en liquidation à l'encontre des dirigeants de cet établissement devait être rejetée car la mise en liquidation de l'établissement de crédit ayant été décidée par les autorités bancaires¹⁰⁵. Dans ces conditions, il ne devrait rester aux créanciers ayant souffert des comportements préjudiciables des dirigeants des établissements de crédit en liquidation que la voie d'une action en responsabilité civile fondée sur le droit commun applicable dans chaque Etat membre¹⁰⁶.

Le cumul des sanctions de comblement du passif et de l'extension de la procédure porte donc atteinte au droit de défense du banquier et à son droit d'être jugé selon un procès équitable. La marginalisation des intérêts du banquier que crée cette confusion a très vite incité la jurisprudence notamment française à écarter tout cumul des deux actions. La jurisprudence africaine ne doit pas rester en marge de cette recherche d'équilibre entre les parties. Ainsi, ont été

¹⁰⁴ F. M. SAWADOGO, OHADA, *Droit des entreprises en difficulté, ouvrage préc.*, p. 332.

¹⁰⁵ T. com. Abidjan, RG n° 260/2016, 19 mai 2016, aff. Monsieur AKE AKE Jean-Claude et 53 autres c/ Monsieur YOBOUET YAO Barnabé et autres.

¹⁰⁶ V. par exemple art. 1382 du Code civil de 1804 et autres codes civils applicables dans les Etats parties.

censurés pour violation de la loi, les juges du fond qui, après avoir condamné les dirigeants à combler le passif du débiteur en difficulté, les ont personnellement déclarés en procédure collective¹⁰⁷. Face à la pertinence du droit français sur cette question de protection des intérêts du banquier au procès, et au regard de l'esprit similaire des deux législations, nous avons bon espoir que le droit OHADA en tiendra compte dans ses prochaines réformes.

Mais en attendant, le silence législatif permet aux juges du fond d'opter pour le non cumul de ces deux actions. A cet effet, même si cela reste encore discriminatoire à l'encontre du banquier, le prêteur condamné au comblement du passif ne peut donc être personnellement déclaré en redressement judiciaire ou en liquidation des biens que dans la seule hypothèse prévue au deuxième alinéa de l'article 189 de l'AUPC. Il s'agit du cas où le banquier ne s'est pas acquitté des sommes mises à sa charge au titre du comblement du passif¹⁰⁸. Les mêmes questions restent d'ailleurs pendantes au niveau des effets de ces deux actions.

B- La protection des titulaires des actions quant aux effets

Il est question ici d'examiner les effets que l'action en comblement du passif (1) et celle en extension (2) sont susceptibles de produire. A l'image des régimes des deux actions, leurs effets semblent également assurer une protection aux titulaires des actions.

1- Les effets de l'action en comblement du passif

La marge de manœuvre des juges du fond pour retenir la responsabilité du banquier est très grande. Il pourrait décider, en cas de pluralité de personnes fautives, de ne retenir que la responsabilité du seul banquier ou de le condamner solidairement avec les autres personnes fautives. Quand bien même le juge aurait retenu la responsabilité du banquier, il pourrait prononcer des condamnations inégales. Ainsi, l'on constate que le juge est seul à apprécier et moduler les sanctions eu égard aux circonstances : le risque d'insécurité judiciaire à l'encontre du banquier est élevé. En effet, hormis le fait que cette très grande liberté d'appréciation laissée au juge constitue un danger en l'encontre du banquier dirigeant, elle peut porter atteinte au principe de proportionnalité. Sinon, comment admettre que le banquier soit condamné à réparer la totalité de

¹⁰⁷ V. à titre de droit comparé, Cass. com., 25 juin 1991, Rev. Soc., 1992, 114, obs. crit. A. HONORAT, Dans le même sens, v. Cass. com., 17 nov. 1992, Rev. Soc. 1993, p. 445, note Y. CHAPUT.

¹⁰⁸ E. D. FOTSO, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA*, thèse préc., p. 164.

l'insuffisance d'actif alors même que la faute qui lui est reprochée n'a pas été la seule à l'origine de l'insuffisance d'actif ? Il peut ainsi n'y avoir aucune proportionnalité entre la faute du banquier et la sanction¹⁰⁹.

Pour y remédier, nous invitons le législateur OHADA à rompre avec le mutisme sur cette question. Mais dans l'intervalle, les juges du fond devraient plutôt utiliser ce mutisme comme une marque de confiance placée en eux par le législateur relativement à leur intime conviction¹¹⁰. Il leur est donné l'occasion d'identifier parmi les dirigeants gestionnaires, lequel est mauvais et le sanctionner. En effet, dès qu'une procédure collective s'ouvre à l'encontre d'une entreprise en difficulté de grande envergure, la panoplie des personnes physiques ou morales influençant la gouvernance de cette entreprise par des actes de natures diverses rend délicate la mission du juge qui doit démêler les responsabilités. Nous souhaitons donc que la jurisprudence de l'espace OHADA tienne compte de l'impérieuse nécessité d'assurer un minimum d'équilibre des droits entre les parties quant à cette liberté d'appréciation que leur accorde l'AUPC. Ainsi, l'on évitera tout risque d'arbitraire dans les condamnations prononcées. Si le juge de premier degré passe outre, nous convoquons la sagesse des juges de la CCJA pour rétablir l'équilibre des intérêts recherchés¹¹¹. Par ailleurs, nous avons vu que le refus du banquier dirigeant de s'acquitter des condamnations en comblement du passif l'expose à une sanction redoutable : sa mise en redressement judiciaire ou en liquidation des biens. Encore une fois, l'on note que cette sanction est disproportionnée vis-à-vis de ses intérêts. Et face à ces obstacles juridiques et judiciaires, les établissements de crédit pourraient justifier leur frilosité dans le financement des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA. Mais fort heureusement, l'on ne peut que se réjouir dans la pratique qu'il n'y a plus de peur que de mal. En effet, la doctrine constate que plus d'une décennie après l'entrée en vigueur de l'AUPC, une telle sanction n'a pas été prononcée dans l'espace OHADA contre une personne morale en général et une banque en particulier¹¹². Cette position doctrinale s'avère pragmatique

¹⁰⁹ V. en ce sens C. MASCALA, « Les sanctions applicables aux dirigeants », *LPA*, 6 sept. 2000, n° 170, p. 50.

¹¹⁰ V. sur cette question, C. LAPORTE, « Que reste-t-il de la saisine d'office? », *article préc.*

¹¹¹ CCJA, Première Ch., arrêt n° 32/2016, 29 février 2016, aff. TIEMOKO Koffi et GUILLEMAIN Alain c/ KAGNASSY Sidi Mohamed et autres. Cet arrêt relève que l'appel contre une décision de condamnation au comblement du passif doit être interjeté dans les 15 jours suivant la décision de condamnation. L'erreur de droit contenue dans cette dernière, même manifeste, ne peut avoir pour effet de la priver de plein droit de ses effets juridiques ou de la rendre « inexistante » dès lors qu'elle a été rendue par une juridiction compétente dans les formes prescrites par la loi. Doit donc être cassé l'arrêt qui déclare l'appel recevable plus de 15 jours après la décision de condamnation au motif qu'en raison des erreurs y contenues, elle n'a pu faire courir aucun délai.

¹¹² S. TOE, « Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA », *Rev. de Droit uniforme africain*, juin 2010, p. 43.

car les juges du fond ne prononcent, le plus souvent, la mise en redressement judiciaire personnelle ou en liquidation des biens que contre les dirigeants personnes physiques.

Mais l'absence de jurisprudence n'affranchit tout de même pas le banquier face à cette insécurité juridique. Nous pourrions lui suggérer d'autres leviers en attendant que juges et législateurs prêtent une oreille attentive aux solutions juridiques que nous proposons dans ce travail de recherche. Il s'agit de la résolution amiable du contentieux par le banquier. Ainsi, conscient de l'état de cessation des paiements de la société ou eu égard à tout risque d'atteinte à sa réputation, le fournisseur de crédit peut opter pour une solution transactionnelle avec le syndic. Cette transaction pourrait lui éviter toutes les frustrations auxquelles il aurait pu être confronté dans un procès sous réserve de l'accord préalable du syndic et de l'autorisation du juge-commissaire à ce dernier. Faute de ne l'avoir pas essayée, l'article 148 de l'AUPC la lui permet. Ainsi, l'alinéa 1 de ce texte prévoit : « *Le syndic peut, avec l'autorisation du juge-commissaire, compromettre et transiger sur toutes les contestations qui intéressent la masse* ». Mais le législateur OHADA est resté muet sur le moment de conclusion de la transaction. Pour justifier notre argumentaire, nous sommes allés chercher dans la jurisprudence de la CCJA. Selon elle, la transaction « *est valable à tout moment où les voies de recours ne sont pas épuisées, même lorsque ne subsiste (...) que la voie du recours extraordinaire* »¹¹³.

Cependant, une doctrine¹¹⁴ semble ne pas être de cet avis. Ainsi, selon elle dans le cadre particulier des procédures collectives, il est peu probable que le juge-commissaire autorise une transaction entre le banquier et le syndic alors que le tribunal de la procédure a déjà mis à la charge du banquier une somme à payer. Or notre proposition part du postulat selon lequel le juge-commissaire autorise une transaction qui intervient avant la décision du tribunal sur l'action en comblement du passif. Par conséquent, la transaction reste donc une solution louable pour le banquier. D'autres solutions peuvent être proposées pour régler le problème d'insécurité juridique et judiciaire à laquelle le banquier fait face du point de vue des effets de l'action en extension de la procédure.

¹¹³ CCJA, arrêt n° 031/2010, 03 juin 2010, Recueil de jurisprudence, n° 15, p. 14.

¹¹⁴ Pour un avis contraire, v. M.-P. DUMONT-LEFRAND, « Action en comblement du passif et transaction », *JCP E* 2004, p. 1154. L'auteur pense notamment qu'au regard de ses avantages (gain de temps, lié à l'absence de preuve des fautes de gestion et de l'insuffisance d'actif notamment, l'éviction des difficultés d'exécution de la sanction, et la disparition du risque de voir le dirigeant personnellement soumis à une procédure collective) et en dépit de ses possibles risques d'inefficacité, la transaction, même postérieure au jugement de condamnation du banquier devrait être validée.

2- Les effets de l'action en extension de la procédure

La mise en redressement judiciaire ou en liquidation des biens du banquier postule comme une sanction très sévère¹¹⁵ envers le banquier dirigeant. En effet, il est loisible de constater que les créanciers du débiteur sont surprotégés¹¹⁶. Ainsi, le passif de la procédure ouverte contre le banquier comprend, outre son passif propre, mais aussi le passif du débiteur. L'extension-sanction à l'égard de la banque peut donc être une véritable aubaine pour les créanciers du débiteur dont les dettes, sans exception, seront de plein droit inscrites au passif de la banque, distributrice de crédit, dont la solvabilité est a priori acquise. De plus, la rigueur du législateur OHADA peut également être visible au niveau du caractère autonome qui s'attache aux deux procédures collectives¹¹⁷.

En effet, une procédure de redressement judiciaire peut parfaitement être ouverte contre la banque alors que le débiteur est soumis à une procédure de liquidation des biens, et vice versa. Il serait, dès lors aberrant, que le juge marginalise les intérêts du banquier dans cette action, au point de prononcer sa liquidation des biens. De ce point de vue, nous sollicitons l'intervention législative. En fait, vu la solvabilité dont jouit le banquier, une procédure de redressement judiciaire devrait certainement permettre d'apurer l'intégralité du passif, même étendu à celui du débiteur. Dans ces conditions, on voit mal un Tribunal déclarer la banque en liquidation des biens¹¹⁸. Mais en règle générale, notre position reste et demeure le non cumul des deux actions prescrites par l'AUPC¹¹⁹, voir l'annulation pure et simple de l'action en extension à la procédure collective qui est une action extrêmement discriminatoire à l'égard du banquier.

Cependant, la pratique montre que la frilosité du banquier dans le financement des entreprises en difficulté ne peut pas toujours être justifiée par le régime de sa responsabilité en tant que dirigeant de fait qui lui est défavorable. En effet, d'une manière générale, les décisions prononçant des sanctions à l'égard des dirigeants dans le cadre des procédures collectives sont rares. Certes on rencontre quelques actions en comblement du passif intentées avec succès¹²⁰ ou

¹¹⁵ Sur la sévérité des sanctions, v. notamment J.-Ph. HAEHL, « Prééminence du droit des sanctions des procédures collectives sur le droit commun de la responsabilité civile », *RTD com.*, 1995, p. 663.

¹¹⁶ V. notamment, E. D. FOTSO, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA*, Thèse préc., p. 165.

¹¹⁷ Cf. Th. FAVARIO, La faute de gestion au sens de l'article L.651-2 du Code de commerce, RPC, 2011, n° 3.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ Art. 183, 189 et s. de l'AUPC.

¹²⁰ Tribunal de Grande Instance Hors Classe de Niamey, jugement n° 258, 28 juin 2006, inédit, cité par S. TOE, in « Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA », *Rev. de Droit Uniforme Africain*, juin 2010, p. 45 ; TRHC Dakar, jugement n° 15, 8 juillet 2005, inédit, cité par S. TOE, in « Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA », *Rev. de Droit uniforme africain*, juin 2010, p. 44.

non¹²¹ contre les dirigeants fautifs par le syndic. Il en est de même des décisions qui étendent, aux dirigeants fautifs, la procédure collective ouverte à l'égard de l'entreprise dont ils ont la charge¹²².

Conclusion

L'étude sur le régime juridique de la responsabilité du banquier fondée sur sa qualité de dirigeant a permis de montrer que ce régime est effectivement défavorable au banquier, lorsque ce dernier commet une faute de gestion avant le jugement d'ouverture. Ainsi, le droit OHADA retient deux actions qui visent les dirigeants qui ont commis des fautes de gestion ayant contribué à la cessation des paiements de l'entreprise. Il s'agit de l'action en comblement du passif et de l'action en extension.

Cependant, le problème se pose sur la rédaction des articles 183 et 189 de l'AUPC qui est particulièrement sévère à l'encontre du banquier. En effet, que ce soit du point de vue des conditions communes aux deux actions ou du point de vue des conditions spécifiques à chaque action, l'on note une certaine insécurité juridique et judiciaire à l'égard du fournisseur de crédit. Par conséquent, les banques sont frileuses dans le financement des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA.

Ainsi, s'agissant des conditions communes relatives à l'immixtion du banquier dans les affaires du client et à l'ouverture de la procédure collective, nous notons qu'elles posent quelques difficultés au banquier. C'est le cas de la non définition du degré d'immixtion du banquier dans les affaires du client susceptible d'engager sa responsabilité. La marge de manœuvre du banquier mérite d'être fixée. Quant aux conditions spécifiques à l'action en comblement du passif, toutes les fautes de gestion ne devraient pas entraîner la responsabilité du banquier. Par conséquent, seules les fautes ayant entraîné une insuffisance d'actifs, devraient être sanctionnées par les juges. Il en est de même des conditions spécifiques de l'action en extension à la procédure collective. En effet, la jurisprudence devrait se prononcer dans le sens d'une extension fondée sur la fictivité ou la confusion de patrimoines et non sur l'extension-sanction qui brille par sa sévérité.

De plus, le cumul de l'action en comblement du passif et de celle en extension de la procédure collective marginalise les intérêts du fournisseur de crédit. Le droit OHADA devrait

¹²¹ V. T. com. Abidjan, RG n° 155/15, 02 avril 2015 ; également : Cour suprême de Côte d'Ivoire, Ch. Jud., arrêt n°469, 6 juin 2002,

¹²² Cour suprême de Côte d'Ivoire, Ch. Jud., arrêt n°342, 7 juin 2001, inédit. V. également : TRHC DAKAR, jugement n° 128, 21 janvier 2003, inédit, cité par S. TOE, in « Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA », *article préc.*, juin 2010, p. 44 ; TRHC Dakar, jugement n° 15, 8 juillet 2005, inédit, cité par S. TOE, *idem*.

mettre un terme au cumul de ces deux actions. Mieux, le législateur communautaire pourrait procéder à l'annulation pure et simple de l'action en extension. Mais, les banquiers dirigeant ne vont pas éternellement justifier le non financement des entreprises en difficulté par le régime de leur responsabilité qui leur est défavorable. En effet, dans la pratique, les décisions prononçant des sanctions à l'égard des dirigeants dans le cadre des procédures collectives sont rares en général. De ce point de vue, le banquier n'a pas encore été directement ciblé.



La mise en œuvre de la politique pénale du Bénin*The implementation of beninese criminal policy*

Par :

Rodrigue ADOHINZIN

Page | 247

Doctorant en Droit Privé Fondamental à l'Ecole Doctorale des Sciences Juridiques, Politiques et Administratives (ED-SJPA) de l'Université d'Abomey-Calavi.

Résumé :

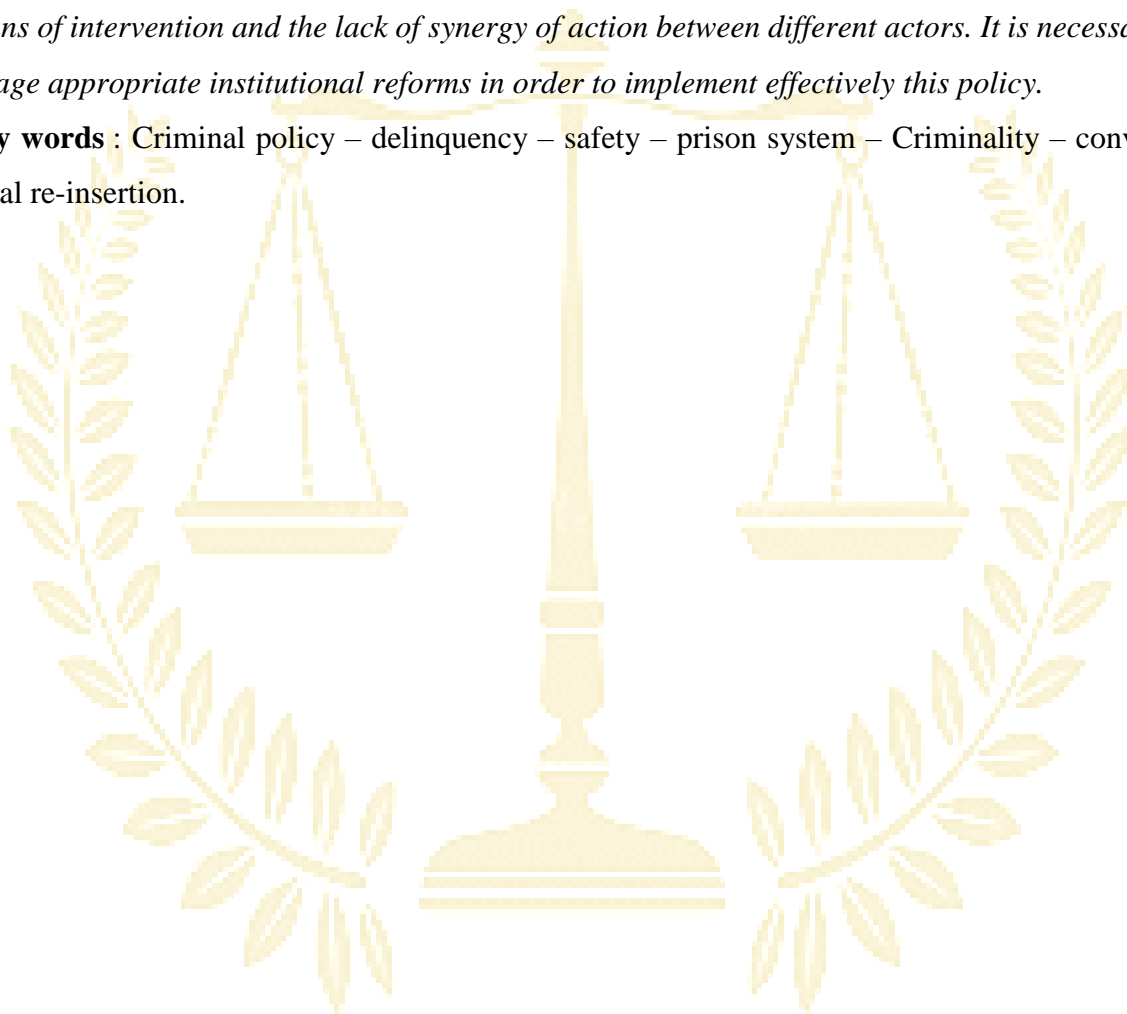
La volonté du Gouvernement du Bénin d'assurer efficacement la protection des citoyens contre l'insécurité croissante, a conduit à l'élaboration d'une politique pénale qui concilie à la fois le respect de la loi, la sécurité des personnes et des biens ainsi que la jouissance des libertés individuelles. Cette politique pénale fondée sur l'exigence de fermeté, d'efficacité dans la lutte contre la délinquance et de respect des droits fondamentaux, est mise en œuvre à travers des mécanismes judiciaires et non judiciaires. L'analyse, menée à l'aune desdits mécanismes, a mis en lumière des insuffisances organiques et fonctionnelles résultant essentiellement de l'inexistence de véritables moyens d'intervention et du manque de synergie d'actions entre les différents acteurs. Il est donc nécessaire d'engager des réformes institutionnelles appropriées en vue de la mise en œuvre efficace de cette politique.

Mots clés : Politique pénale – pénitentiaire – sécurité – délinquance – criminalité – détenu – réinsertion sociale.

Abstract :

The will of the Beninese government to insure effectively the protection of citizens against growing insecurity led to the elaboration of a criminal policy which conciliates both the respect of law, the safety of people and goods, and also the enjoyment of individual liberties. This criminal policy based on the requirement of firmness, effectiveness in the struggle against delinquency and the respect of fundamental rights, is implemented through legal mechanisms has brought in light organic and functional failures resulting essentially in the inexistence of real means of intervention and the lack of synergy of action between different actors. It is necessary to engage appropriate institutional reforms in order to implement effectively this policy.

Key words : Criminal policy – delinquency – safety – prison system – Criminality – convict – social re-insertion.



Introduction

« La politique pénale est-elle une politique publique comme une autre ? »¹ Cette interrogation du Professeur Yann AGUILA met clairement en lumière l'importance de la politique pénale dans la garantie des droits humains et plus largement de l'Etat de droit.

Page | 249

En effet, le mot « *politique* » désigne, au sens large, l'exercice du pouvoir, le gouvernement des hommes, par un Etat, au sein d'une société organisée². Au sens étroit, elle est l'ensemble des programmes appliqués dans des domaines concrets de la vie de la cité : ce sont les politiques publiques qu'une autorité choisit d'engager pour intervenir ou ne pas intervenir dans un domaine spécifique³. Quant au mot « *pénal* », il vient du latin « *poenalis* » qui se compose de « *poena* » signifiant « peine » et de « *alis* » traduit en français par « *al* ». C'est un terme qui est relatif aux peines infligées pour sanctionner les infractions⁴. Il est utilisé comme adjectif pour qualifier tout ce qui a rapport à la peine, tel qu'une clause pénale, une loi pénale, un code pénal, une politique pénale, etc. De ces clarifications, la politique pénale peut se définir comme l'ensemble des objectifs d'un gouvernement visant la protection des biens et des personnes, au moyen de la répression des atteintes à l'ordre établi ainsi que celles visant les personnes et les biens⁵. Elle est au carrefour des grandes missions régaliennes de l'état. Il s'agit pour l'essentiel, du maintien de l'ordre public, de la sécurité des personnes et des biens et de la sauvegarde des libertés individuelles. De ce point de vue, elle pourrait être considérée comme une politique fondamentale qui consiste à déterminer les modalités d'une application cohérente et égale de la loi pénale sur l'ensemble du territoire national. Cet instrument d'orientation de l'action publique est introduit dans plusieurs systèmes judiciaires pénaux. C'est ainsi qu'au Sénégal, en France et Espagne, la politique pénale fait partie intégrante de la constitution⁶.

¹ AGUILA (Yann), « La politique pénale est-elle une politique publique comme une autre ? », *In Revue administrative*, 47^e année, n° 277, 1993, p. 7.

² ANDRÉ-J EAN (Arnaud) (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., Paris 1993, p. 453.

³ *Ibidem*, p. 457.

⁴ <https://www.cabinetaci.com/definition-de-penal>, consulté le 03 juillet 2022.

⁵ Circulaire n°2326 /MJL/DC/SGM/DACPG/SA du 20 juin 2019 portant politique pénale du gouvernement de la République du Bénin, p. 1.

⁶ Voir les articles 20 et 24 de la constitution française et les articles 55 et 97 de la constitution espagnole. Par ailleurs, l'article 30 al. 4 du code de procédure pénale français exige expressément aux autorités judiciaires une reddition de compte suite à la mise en application de la politique pénale. Ce dernier indique que « *chaque année, le ministre de la Justice publie un rapport sur l'application de la politique pénale déterminée par le gouvernement* », précisant les conditions de mise en œuvre de cette politique.

Au Bénin, même si ce terme de « *politique pénale* » n'est pas expressément inscrit dans la loi ni, *a fortiori*, défini par elle⁷, son introduction dans le système judiciaire béninois trouve son fondement dans plusieurs textes juridiques. Il s'agit de la constitution du 11 décembre 1990 telle que modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019, qui précise en son article 54 que : « *Le Président de la République détermine et conduit la politique de la Nation* » et du code de procédure pénale, qui énonce à l'article 1 alinéa 1^{er} que : « *l'action publique qui constitue un moyen de la mise en œuvre de la politique pénale, est une prérogative appartenant à la société, déléguée au ministère public afin de faire déclarer la culpabilité et sanctionner une personne physique ou morale, auteur d'une infraction à la loi pénale. Elle est mise en mouvement et exercée par les représentants du ministère public* ». Ainsi, la détermination du Gouvernement de lutter efficacement contre la délinquance, la criminalité sous toutes ses formes et de réduire la perpétuelle question de surpopulation carcérale a conduit le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice à la rédaction d'une politique pénale nationale. Cette politique a été évoquée pour la première fois en 2016 à travers la note circulaire n°1108/MJL/SP-c du 24 novembre 2016 portant politique pénale du Gouvernement⁸. Cet acte réglementaire, qui avait pour finalité essentielle de déterminer les priorités à mettre en œuvre dans la conduite de la politique pénale, a fait l'objet d'une refonte en 2019 dans le souci de prendre en considération les nouvelles exigences de la société, notamment, le financement du terrorisme et le blanchiment de capitaux. Cette nouvelle circulaire n°2126/MJL/DC/SGM/DACPG/SA du 20 juin 2019 s'articule autour de plusieurs principes directeurs devant être pris en compte à toutes les étapes du procès pénal : la responsabilité, l'utilité, la proportionnalité, la fermeté, la recherche de l'efficacité dans l'action et le respect des droits et libertés fondamentaux⁹. Un accent particulier a été mis sur la moralisation de la vie publique, la protection des citoyens contre les menaces terroristes et la criminalité organisée. Ainsi, chaque autorité de poursuite ou d'enquête pénale est appelée à être plus attentive à la politique pénale selon qu'il s'agit de la délinquance à col bleu ou de celle à col blanc et des priorités de la répression en matière pénale selon la vision du gouvernement¹⁰.

⁷ Il résulte de la combinaison entre différents textes et pratiques.

⁸ L'instrument privilégié de politique pénale du Ministère en charge de la justice réside dans les circulaires et instructions adressées aux Chefs des parquets. Elle fixe les principes généraux et les grandes orientations que le Garde des Sceaux entend leur donner pour renforcer la confiance publique en la justice.

⁹ Il s'agit du traitement des affaires dans un délai raisonnable, l'attention particulière aux victimes, le recours à l'application des peines alternatives pour les infractions de moindre gravité, le respect de la présomption d'innocence et de l'égalité des justiciables devant la loi. Voir *Circulaire, les principes*, 2020, p. 4.

¹⁰ Voir *Circulaire, op. cit.*, p. 2.

Malgré la définition et l'instauration des mécanismes de mise en œuvre de cette politique pénale, la situation carcérale reste très préoccupante avec un taux global d'occupation des établissements pénitentiaires supérieur à 150% depuis plusieurs années¹¹.

Il en est de même pour la délinquance et la criminalité notamment en matière économique, foncière et de technologies de l'information et de la communication qui ne cesse de monter avec pour conséquence un taux élevé de l'effectif carcéral¹². On peut citer, à titre illustratif, les dossiers de corruption et de mauvaise gouvernance relatifs à : ICC-Services, la gestion équivoque de la Caisse Nationale de Sécurité Sociale (CNSS), l'épouvantable affaire des milliards hollandais évaporés dans la seconde phase du Projet Pluriannuel d'Appui à l'Eau et à l'Assainissement (PPEA-II), les turbines à ga infécondes de Maria Gléta, l'usage de faux dans la construction de la tour départementale de la Chambre de Commerce et d'Industrie du Bénin (CCIB) à Porto-Novo¹³, le bradage de domaines publics dans le cadre du projet de la route des pêches, la mauvaise gestion financière au Conseil National des Chargeurs du Bénin (CNCB)¹⁴ et la nébuleuse de la vente de parcelles d'un domaine de 39 hectares à Abomey-Calavi¹⁵, qui se sont emparés de l'Etat au cours de ces quinze dernières années. A ces malversations financières, s'ajoutent la montée effrénée du radicalisme, de l'extrémisme violent et du terrorisme qui constitue également une menace permanente sur la sécurité et particulièrement dans les zones frontalières communes avec le Nigéria, le Niger et le Burkina-Faso¹⁶.

Face à cette situation persistante, il se pose une question : les mécanismes de mise en œuvre de la politique pénale sont-ils efficaces ?

L'objectif de cette étude est donc de concevoir un cadre approprié pour une mise en œuvre efficace de la politique pénale au Bénin.

¹¹ Ce taux est de 191% à la date du 28 février 2023 ; avec une capacité totale d'accueil des établissements pénitentiaires s'élevant à 8246 personnes pour un effectif total actuel de 15756 de détenus. Toutes les prisons et maisons d'arrêt sont occupées à plus de 100%. Celles de Savalou, d'Akpro-Misséréti, Abomey-Calavi et Kandi sont occupées à plus de 300%. Sources SIGEP APB 2023.

¹² A la date 28 février 2023, l'effectif total des personnes en détention est égal à 15756, avec 7224 de condamnés et 8532 de détenus en détention provisoire. Sources SIGEP APB 2023.

¹³ ADOUN (Wilfrid) et AWOUDO (François), *les dossiers de la République : Investigations sur les anomalies de gouvernance et pratiques corruptives au Bénin de 2006 à 2015*, Cotonou, Tome 2, p. 31.

¹⁴ AWOUDO (François) et TCHANOU (Michel), *lutte contre la corruption sur la rupture. Réformes et grands procès*, Cotonou, Tropiques éditions, 2021, p. 238.

¹⁵ Fraternité, *Affaire 39 hectares à Abomey-Calavi* ; www.fraternitebj.info ; consulté le 13 mars 2023.

¹⁶ Nations Unies Bénin, *Bilan commun pays*, 2021, p.41.

L'étude sur la politique pénale revêt un double intérêt. Au plan théorique, ce sujet est intéressant à traiter dans la mesure où l'étude de la politique pénale touche essentiellement aux principes fondamentaux des droits humains et à la qualité de la justice. Ainsi, il pourrait contribuer à l'amélioration de la qualité de la justice pénale et de la protection des droits humains. Au plan pratique, ce travail met en lumière les différentes orientations et mécanismes de mise en œuvre de la politique pénale du Gouvernement. Par conséquent, il devrait intéresser les gouvernants, les acteurs de la justice notamment les membres du ministère public et de la police judiciaire qui sont principalement chargés de l'application de cette politique.

Au regard des insuffisances relevées, il est nécessaire de mener la réflexion sur la détermination des mécanismes de mise en œuvre de cette politique. Ainsi, l'analyse approfondie des mécanismes instaurés a révélé des insuffisances organiques et fonctionnelles qui entravent la mise en application efficace de cette politique.

C'est pourquoi, il convient d'analyser en premier lieu, la fragilité des mécanismes non judiciaires et en second lieu, les limites des mécanismes judiciaires de mise en œuvre de cette politique.

I- DES MECANISMES NON JUDICIAIRES DE MISE EN ŒUVRE FRAGILES

La mise en œuvre de la politique pénale est entravée par la fragilité des mécanismes non judiciaires instaurés et qui sont caractérisés d'une part, par l'inaction des acteurs politiques qui l'animent (A) et d'autre part, par la faible participation citoyenne à la justice pénale (B).

A- L'inertie des acteurs non judiciaires

Les parlementaires et les élus locaux jouent un rôle déterminant dans la conduite de la politique pénale du Bénin. Ces acteurs non judiciaires œuvrent comme des groupes de pression, « *incitant* » les acteurs judiciaires à une application efficace de ladite politique. Toutefois, on note un contrôle limité du Parlement (1) et un manque d'initiative des communes (2).

1- Le contrôle limité du pouvoir législatif

Aux termes de l'article 79 de la constitution béninoise : « *Le parlement est constitué par une assemblée unique (...). Il exerce le pouvoir législatif et contrôle l'action du gouvernement* ». A la lumière de ces dispositions, on retient que le parlement béninois assume plusieurs tâches qui peuvent découler des relations avec le peuple et avec l'exécutif. De cette dernière relation,

intervient le principe du contrôle de l'action gouvernementale¹⁷. Ce principe érigé en institutionnalisation d'un « *contre-pouvoir* », et adopté comme instrument de régulation sociale et politique, est mis en œuvre à travers l'interpellation, la question écrite, la question orale avec ou sans débat, non suivie de vote et la commission parlementaire d'enquête¹⁸. Le gouvernement est donc tenu de fournir au parlement toutes explications qui lui seront demandées sur l'exécution de la politique publique de l'Etat¹⁹. Mais, ces moyens d'information et de contrôle sont inefficaces puisqu'ils sont peu contraignants et se limitent juste à des constats et recommandations²⁰. Il n'existe pratiquement aucun dispositif formel institué pour assurer le suivi des politiques publiques mises en œuvre par le gouvernement. Les politiques publiques ne font pas l'objet d'une évaluation conséquente de la part des parlementaires en raison des considérations politiques et partisans. Cette position est partagée par messieurs Victor TOPANO et Francis AKINDES, qui affirment que « (...), *les députés disposent d'une importante marge de manœuvre en matière de contrôle de la gestion du gouvernement. Mais, pour que ce contrôle soit efficace, il faut une culture parlementaire, malheureusement encore faible au Bénin. Cette faiblesse est à mettre en relation avec les déterminants sociaux de l'investissement des acteurs dans la lutte pour la conquête d'une position au sein du Parlement. Finalement, les logiques sociales et les calculs politiques que justifient ces déterminismes imposent une seconde limite aux capacités parlementaires de contrôle de l'action gouvernementale* »²¹.

Cette faible capacité du Parlement à contrôler l'action du gouvernement a une conséquence négative sur la mise en œuvre de la politique pénale qui appartient évidemment aux politiques publiques²². Ainsi, très peu de contrôles sont exercés par les parlementaires sur la mise en œuvre de la politique pénale. Cette politique pénale conduite par le Garde des Sceaux n'est donc pas

¹⁷ Le contrôle parlementaire constitue l'une des fonctions essentielles du Parlement.

¹⁸ Voir l'article 113 de la constitution béninoise.

¹⁹ Selon les dispositions de l'article 71 : « *Le Président de la République ou tout membre de son Gouvernement peut, dans l'exercice de ses fonctions gouvernementales, être interpellé par l'Assemblée Nationale. Le Président de la République répond à ces interpellations par lui-même ou par l'un de ses Ministres qu'il délègue spécialement devant l'Assemblée Nationale. En la circonstance, l'Assemblée Nationale peut prendre une résolution pour faire des recommandations au Gouvernement* ». Ce contrôle se réduit donc à la formulation des recommandations.

²⁰ A l'exception de l'article 76 qui énonce que : « *Il y a outrage à l'Assemblée Nationale, lorsque, sur des questions posées par l'Assemblée Nationale sur l'activité gouvernementale, le Président de la République ne fournit aucune réponse dans un délai de trente jours* ».

²¹ AKINDES (Francis) et TOPANO (Victor), *Le contrôle parlementaire de l'action gouvernementale en République du Bénin, Une lecture sociologique*, In, *Démocratie, gouvernance et droits de l'homme, Document du programme n° 18, UNRISD, 2005*, p. 17.

²² DUPONT (Benoît), *Gouvernance de la sécurité*, in *Dictionnaire de criminologie en ligne, 2010* ; (<http://www.criminologie.com/>).

évaluée. Or, comme toute politique publique, la politique pénale doit pouvoir être évaluée. Son impact, ses résultats, l'adéquation des objectifs recherchés avec ceux atteints, sont autant d'éléments qui doivent être mesurés. Il n'a jamais été réellement procédé à cet exercice, tant au plan national que local, faute probablement, d'un savoir-faire adéquat ou de considérations politiques. Cette inaction des parlementaires est également **constatée** au niveau des autorités locales.

2- Le manque d'initiative des autorités locales

Aux termes des dispositions de l'article 105 la loi n° 2021-14 du 20 décembre 2021 portant code de l'administration territoriale en République du Bénin : « *Le maire exerce, dans les cas prévus par les lois et règlements, le pouvoir réglementaire dans les domaines de compétences de la commune. Le maire est chargé de la police administrative dans la commune. A ce titre, il assure le maintien de l'ordre public et veille à la tranquillité publique et à la salubrité publique et est, à ces fins, titulaire du pouvoir réglementaire* ». Elles sont renforcées par l'article 179 de la même loi qui précise que « *Le chef d'arrondissement préside le conseil d'arrondissement. Il est chargé, sous l'autorité du maire, de la police administrative. A ce titre, il assure le maintien de l'ordre public et veille à la tranquillité publique et à la salubrité publique. Il veille à l'application des décisions du conseil communal et du maire. Il apporte son concours à l'exécution des décisions de justice* ».

Au regard de ces dispositions, le Maire et le Chef d'arrondissement concourent par leur pouvoir de police à l'exercice des missions de sécurité publique et de prévention. Ils animent sur le territoire de leur commune la politique de prévention de la délinquance et en coordonnent la mise en œuvre. Malgré l'existence de ces dispositions législatives, la question de l'insécurité, la délinquance et la criminalité sur les territoires communaux en général et au niveau des communes frontalières en particulier demeure une grande préoccupation. Cette situation se justifie essentiellement par l'inexistence des organes de gouvernance civile de la sécurité publique au niveau communal et l'insuffisance de moyens matériels et financiers pour le pilotage de la politique locale de prévention de la délinquance²³. En effet, on note au niveau des communes

²³ Ministère du Plan et du Développement, *Rapport National sur le suivi de la Sécurité humaine au Bénin*, 2016, p. 20.

frontalières, des communes à statut intermédiaire et ordinaire²⁴, l'absence des Conseils locaux de sécurité et de prévention de la délinquance. Aucun cadre formel de concertation et de dialogue n'est mis en place au niveau de celles-ci à l'exception des Conseils départementaux de concertation et de coordination présidés par les Préfets des départements et qui se penchent généralement sur toutes les questions touchant au développement de ces dernières²⁵. La défaillance de ces organes dans les collectivités locales ne facilite pas une lutte efficace contre l'insécurité car, ces structures constituent sans doute un espace formel de concertation qui permet, sous l'autorité du maire, aux différents acteurs en charge de la sécurité, à l'administration communale, au procureur de la République d'identifier ensemble les problématiques locales de sécurité et de trouver, à travers le dialogue et la réflexion, des solutions efficaces. Aussi, entrave-t-elle considérablement le signalement à temps et sans délai au procureur de la République des infractions dont les autorités communales ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions²⁶. Leur mise en place est, de ce point de vue, indispensable pour créer la cohérence entre les actions des différents acteurs qui, une fois coordonnées, contribueront plus efficacement à l'application de la politique pénale dans les localités.

A ce manque de synergie d'action entre institutions, s'ajoute l'insuffisance de moyens matériels et financiers affectés à la sécurité et à la prévention. Les ressources allouées aux actions²⁷ inscrites pour la gestion du volet sécuritaire dans ces communes sont très insuffisantes pour conduire une véritable politique de prévention et de lutte efficace contre l'insécurité, en l'occurrence la délinquance juvénile, la criminalité frontalière, l'extrémisme violent et le terrorisme qui deviennent aujourd'hui un enjeu régional et international.

En outre, la mobilisation de ressources humaines qualifiées et le renforcement de leurs capacités juridiques constituent un grand défi à relever. Ce manque de moyens humains, matériels et financiers ne permet pas aux diverses autorités locales de prendre des initiatives objectives pour l'effectivité de la politique pénale au niveau local.

²⁴ Voir Décret n° 2022-320 du 1^{er} juin 2022 portant catégorisation des communes en République du Bénin.

²⁵ Article 20 du décret n°2022-111 du 16 février 2022 portant attributions du Préfet, organisation et fonctionnement des départements énonce que « : *Le conseil départemental de concertation et de coordination est obligatoirement consulté sur les programmes de développement économique, social et culturel des communes et sur la mise en cohérence de ceux-ci avec les programmes nationaux* ».

²⁶ Suivant les dispositions de l'article 179 al. 1^{er} du code de l'administration territoriale en République du Bénin, « *le Maire et le Chef d'arrondissement exerce chacun le pouvoir réglementaire dans les domaines de compétences de la commune* ».

²⁷ Ces actions sont relatives au volet sécurité humaine qui intègre la sécurité des personnes et des biens. Voir les articles du code de l'administration territoriale en République du Bénin.

La faible implication des citoyens à l'administration de la justice pénale contribue également à la fragilité des mécanismes non judiciaires.

B- La faible participation citoyenne à la justice pénale

Page | 256

La faible participation des citoyens à l'œuvre de la justice en général et à la justice pénale en particulier découle essentiellement de la timide intervention des associations de protection des droits humains impliquées dans l'accès au droit et à la réinsertion professionnelle et sociale des détenus (1) et du désintérêt du citoyen à la justice pénale (2).

1- L'intervention timide des associations de protection des droits humains

Au Bénin, les associations intervenant dans le domaine de la justice jouent un rôle essentiel dans l'accès au droit et à la justice des citoyens et dans la réinsertion sociale des détenus en général et des plus vulnérables en particulier. Elles sont des acteurs importants du dispositif d'accès au droit et à la justice pénale et à la réinsertion sociale au Bénin, en raison de leurs actions d'accompagnement social, d'assistance juridique et judiciaire des citoyens en général et des personnes vulnérables en particulier²⁸.

Ces organisations non gouvernementales sont extrêmement diverses dans leur champ géographique et dans leur domaine d'intervention. Pour la plupart, l'accès au droit et à la réinsertion professionnelle et sociale représente une grande partie de leur intervention²⁹. Ce qui constitue un moyen d'atteindre des objectifs plus généraux au profit de certaines catégories de justiciables qu'on peut répartir en trois groupes : les personnes démunies, les femmes, les mineurs et tous les autres justiciables notamment ceux qui sont incarcérés³⁰. On peut citer principalement l'Association des Femmes Avocat(e)s du Bénin (*AFA-Bénin*) et le Fonds d'Assistance Juridique et Judiciaire du Barreau du Bénin (*FAJJUB*) qui utilisent leur fonction d'avocat pour défendre les vulnérables devant le juge et accompagner les détenus en détention irrégulière et ceux dont les dossiers seraient introuvables³¹. A ces associations professionnelles, s'ajoutent certains réseaux

²⁸Ce sont les personnes démunies, les mineurs, les femmes, les filles et les personnes porteuses de handicap.

²⁹ Elles se mobilisent également dans le cadre de campagnes de plaidoyer en faveur de réformes législatives nécessaires pour assurer un meilleur accès à la justice au Bénin.

³⁰ Cette catégorie de détenus concerne les indigents, les personnes âgées, les personnes atteintes d'un handicap, les étrangers et autres.

³¹ Barreau du Bénin, Fonds d'assistance juridique et judiciaire, Rapport général de la tournée des Avocats dans les maisons d'arrêt du Bénin, 2018, p. 23.

d'ONG nationales ou internationales qui assurent les missions similaires, mais qui font recours au service des juristes et de parajuristes afin d'accomplir leur mission. Le Réseau WILDAF-Bénin, Médecin du monde Suisse Bénin, Fondation Zachari Djibril SAMBAO, Fraternité des Prisons, Voie de la Justice, Prisonniers Sans Frontières, etc. s'inscrivent dans ce registre. Mais l'efficacité de leurs interventions reste cependant compromise par des difficultés essentiellement d'ordre fonctionnel. En effet, le tissu associatif dans son ensemble souffre d'une mauvaise gouvernance interne³², d'une faible capacité opérationnelle, d'un défaut de professionnalisme, de spécialisation, et d'une insuffisance de ressources financières pour la mise en œuvre des actions³³. Par ailleurs, le manque de synergie d'actions entre ONG et Etat central dans l'élaboration, la mise en œuvre et le suivi des politiques et programmes de développement, constitue une grande limite à la garantie d'une bonne gouvernance. Il ressort de l'analyse des interventions des associations que ces dernières sont insuffisantes et surtout peu structurées pour pouvoir répondre aux besoins réels de la population carcérale³⁴. Elles sont dispersées dans leurs actions, aussi bien sur le plan géographique que sur le plan des domaines d'intervention³⁵. Ce déficit de coordination et de synergie d'actions qui crée une dissémination des forces³⁶, plombe réellement la plupart des actions exécutées qui finalement, ne concourent pas l'accès efficace à la justice et la réinsertion sociale et professionnelle des détenus.

Ces défaillances évoquées ajoutées au manque de ressources financières propres pour la conduite des actions sur le long terme ne permettent pas une réelle participation de ces associations à la mise en œuvre de la politique pénale du Bénin.

On relève aussi une désaffection du citoyen à la justice pénale.

2- Le désintérêt du citoyen à la justice pénale

Le désintérêt du citoyen béninois au fonctionnement et à l'administration de la justice en général et de la justice pénale en particulier résulte de la perception qu'il a de celle-ci et également

³² Voir *Rapport Etats généraux de la Société civile au Bénin*, 2018, p. 42.

³³ *Ibidem*.

³⁴ En outre, en raison notamment du manque de financement, les associations œuvrent de manière sectorisée tant par leur objet que du point de vue géographique. Des informations convergentes sur le fait que quelques structures associatives font face à un déficit d'encadrement intermédiaire et supérieur et de compétence qui porte préjudice à leur bon fonctionnement.

³⁵ Programme de Renforcement et Participation de la Société Civile (RePasoc), *Le profil de la Société Civile au Bénin*, 2021, p. 106.

³⁶ La dissémination des forces est due au foisonnement de projets dans les mêmes régions.

de la suppression de la participation des « *citoyens assesseurs* » aux audiences dans les juridictions. En effet, la perception « *négative* » de la justice par le citoyen a essentiellement pour causes, le faible niveau de connaissance du secteur judiciaire, l'accès limité au droit et à la justice, la grande distance sociale entre les citoyens et les acteurs judiciaires, l'ingérence du monde politique dans l'appareil judiciaire, etc. Les enquêtes réalisées auprès de la population permettent d'affirmer, de façon non équivoque, que la justice pour les populations relève d'un univers particulier, qu'il s'agisse de protéger ou d'exercer ses droits³⁷. Ces citoyens entretiennent une vision extrêmement critique d'un système judiciaire auquel ils n'ont pas effectivement accès³⁸. Selon eux, l'institution judiciaire est devenue le domaine privilégié des citoyens eux-mêmes privilégiés³⁹. Ils se résignent de recourir à la justice car, ayant peur de ses acteurs et peur de ses pratiques. Tous ces facteurs favorisent un manque de confiance à l'égard des juridictions. Ce manque de confiance suscite un sentiment d'insécurité dans l'esprit du citoyen créant la peur de dénoncer auprès les autorités judiciaires, les actes et comportements illicites ou susceptibles d'être qualifiés de délictueux ou criminels en raison de ce que la dénonciation peut déboucher éventuellement sur un règlement de compte⁴⁰. Toutes ces perceptions, même si elles sont parfois exagérées⁴¹, s'alimentent les unes les autres et sont corrélées avec les réalités socio-culturelles. Ainsi, les pesanteurs culturelles marquées par la persistance de la tradition limitent également l'implication des citoyens à l'administration de la justice pénale. Ce constat est d'ailleurs soutenu par monsieur BADIANE qui écrit que : « *Le divorce entre les habitants et la justice n'est pas seulement d'ordre pécuniaire et matériel, de nature topographique et physique ou lié au déficit en matière de couverture administrative et sécuritaire. Il procède également d'une donnée de culture*

³⁷ À la question « *Savez-vous que la justice vous protège ?* », huit personnes sur dix disent ignorer que la justice joue un rôle de protection des citoyens dans l'exercice de leur droit. La majorité affirme d'ailleurs que : « *l'idée même que la justice protège est une utopie* ».

³⁸ Le système judiciaire qui, dans une perspective idéale, devrait être considéré comme le dernier rempart contre les inégalités sociales est trop souvent perçu comme un autre relais de ces inégalités.

³⁹ Ces propos sont issus du résultat de dépouillement des questionnaires d'enquête menée dans le cadre de notre réflexion.

⁴⁰ L'insécurité fait également que les citoyens ne peuvent avoir confiance dans leur justice par crainte que celle-ci ne rende que des décisions inopérantes et insuffisantes. Ainsi, le détenu, une fois sorti de prison, peut se venger contre le plaignant.

⁴¹ Elle doit néanmoins être prise au sérieux compte tenu de certaines pratiques qui s'observent dans les juridictions.

et de perception »⁴². Les réalités socio-culturelles et le poids de la tradition constituent de ce point de vue un frein à la bonne collaboration entre la population et les acteurs de la justice.

Au-delà de cette image très controversée qui pèse sur la justice, la suppression de la participation des « *citoyens assesseurs* »⁴³ aux audiences en matière criminelle⁴⁴ civile, sociale et en droit de propriété foncière demeure également un facteur qui éloigne davantage le citoyen de la justice pénale⁴⁵. Cette réforme législative introduite dans le droit processuel pénal, civil, social et le droit de la propriété foncière⁴⁶ est un recul considérable pour l'implication du citoyen dans l'administration de la justice et particulièrement dans la mise en œuvre de la politique pénale. Le législateur, à travers cette réforme, a opéré un spectaculaire retour en arrière. Car, la participation des citoyens dans l'organisation judiciaire paraît inhérente à l'existence d'une justice de proximité appelée à relayer l'appareil judiciaire pour la solution des litiges civils, sociaux et des infractions aux règles de conduite de la vie en société⁴⁷. Par ailleurs, elle se présente comme un vecteur de pacification des rapports sociaux. La porte entrouverte vers une justice pénale de proximité « *citoyenne* » se trouve ainsi refermée.

Au regard de ces perceptions et le retrait de la participation des assesseurs aux côtés des acteurs judiciaires éloignent considérablement les populations de la justice pénale et crée une désaffection à l'œuvre de la justice. Cela ne facilite donc pas la collaboration des citoyens appelés à participer à l'exercice de la justice, en l'occurrence de la justice pénale.

En dehors des dysfonctionnements évoqués au niveau des mécanismes non judiciaires de mise en œuvre de la politique pénale, on observe également un fonctionnement relatif des mécanismes judiciaires de mise en œuvre de cette politique.

⁴² Projet d'Appui à la facilitation de l'accès des personnes vulnérables aux services judiciaires, *Rapport sur l'étude de référence sur les pratiques sociojuridiques dans les communes de Parakou, d'Agbangnizoun et d'Adjohoun*, 2019, p. 30.

⁴³ En matière correctionnelle et criminelle, ces assesseurs sont appelés les « jugés ».

⁴⁴ Cette suppression concerne également le tribunal pour enfants statuant en matière criminelle qui était composé de son président et de deux (02) assesseurs désignés pour l'intérêt qu'ils portent aux questions de l'enfance au côté des magistrats professionnels. Voir article 261 de la loi n° 2015-08 portant code de l'enfant en République du Bénin.

⁴⁵ Pour ce qui concerne la justice commerciale, le citoyen est toujours représenté par son rôle de juge non professionnel aux côtés des magistrats au niveau des juridictions commerciales.

⁴⁶ Voir l'article 254 de la loi n° 2018-14 du 02 juillet 2018 modifiant et complétant la loi n° 2012-15 du 18 mars 2013 portant code de procédure pénale en République du Bénin et l'article 11 de la loi n° 2022-16 du 19 octobre 2022 portant création, organisation et fonctionnement de la Cour spéciale des affaires foncières au Bénin.

⁴⁷ C'était bien l'idée qui avait conduit le législateur à instituer les assesseurs aux côtés des magistrats dans la gestion des audiences ; Voir l'article 148 de la loi n° 2012-15 du 18 mars 2013 portant code de procédure pénale en République du Bénin et l'article 261 du code de l'enfant en République du Bénin.

II- DES MECANISMES JUDICIAIRES DE MISE EN ŒUVRE RELATIFS

Les mécanismes judiciaires de mise en œuvre de la politique pénale connaissent une efficacité relative en raison du manque de coordination de l'intervention des différents acteurs de la chaîne pénale (A) et de l'inexistence de véritables moyens d'intervention de mise en application de cette politique (B).

A- La coordination insuffisante de l'intervention des différents acteurs

La détermination et la conduite de la politique pénale du Gouvernement par les services de l'administration centrale de la justice souffrent de quelques insuffisances. En effet, les actions entreprises par les différents acteurs manquent de synergie (1). De même, l'action publique réservée au procureur de la République en relation avec les magistrats de siège et les Officiers de police judiciaire connaît quelques défaillances (2).

1- L'incohérence de l'intervention des différents acteurs judiciaires

Pour mettre en application les instructions et orientations contenues dans la note circulaire portant politique pénale du Bénin, plusieurs actions émanant à la fois des acteurs judiciaires et non judiciaires sont entreprises. Cependant, ces actions manquent parfois de coordination et de cohérence, en raison de l'absence de véritables structures de coordination de l'intervention et de l'insuffisance des moyens nécessaires à cette fin. En effet, l'état des lieux relève l'absence de synergie d'actions entre le parquet, principale institution de conduite de la politique pénale, le siège et la police judiciaire placée sous la direction du parquet d'autre part. Pourtant, l'action du Ministère public et de tous les autres acteurs judiciaires doit s'inscrire dans le cadre des exigences de fermeté, d'efficacité, d'adaptabilité et de respect des droits dans la lutte contre la délinquance⁴⁸. Ce manque de synergie est de même observé entre le parquet et les autorités locales qui sont des acteurs de proximité. Ces défaillances sont principalement occasionnées par l'inefficacité dans la coordination des interventions par les services de la chancellerie en charge de la supervision, du contrôle et du suivi des orientations et instructions contenues dans la politique pénale. Cette situation est exacerbée par l'inexistence d'organes départementaux de coopération et de coordination pouvant organiser les politiques de sécurité et de prévention à un niveau local et

⁴⁸ Circulaire portant politique pénale du Bénin, *les principes*, point 5, p. 4.

exécuter de manière cohérente les instructions relatives aux actions de prévention de la délinquance dans les localités.

En dehors des défaillances évoquées, l'absence de mécanismes de suivi et d'évaluation de la politique pénale constitue une réalité très préoccupante. Aucun rapport annuel n'est élaboré et publié par les services de la Chancellerie sur la mise en œuvre de cette politique au Bénin. Le défaut de l'élaboration et de publication d'un rapport constitue un obstacle à la mise en œuvre efficace de cette politique car, le suivi des instructions générales et l'identification de nouvelles problématiques devraient substantiellement s'appuyer sur le contenu du rapport annuel de la politique pénale⁴⁹. La production dudit rapport trouve son fondement dans le décret n° 425 du 20 juillet 2016 portant attributions, organisation et fonctionnement du Ministère de la Justice et de la Législation. Ce dernier indique que « *Le Ministère de la Justice et de la Législation a, entre autres, pour missions de proposer, de mettre en œuvre, de conduire, de suivre et d'évaluer la politique de l'Etat dans les domaines de l'Administration de la justice, des services pénitentiaires, de l'éducation surveillée, de la législation et des droits de la personne humaine...* »⁵⁰. Par ailleurs, la politique pénale ne se limite pas au corpus pénal⁵¹ ; elle s'étend aussi à la politique du gouvernement en la matière qui exige un suivi et une évaluation périodiques. Il convient également de souligner la faiblesse du suivi statistique au sein de l'administration centrale de la justice. Il n'existe pas d'outils statistiques performants pour un meilleur pilotage des politiques pénales alors que les directions de l'administration centrale de la justice devraient se servir des statistiques, à la fois pour définir des stratégies, répartir les moyens et piloter la politique pénale. La mise en mouvement de l'action publique connaît de même des insuffisances qui compromettent l'application de la politique pénale.

2- Les obstacles à l'exercice de l'action publique

L'action publique, qui constitue un moyen de la mise en œuvre de la politique pénale, est une prérogative appartenant à la société, déléguée au ministère public afin de faire déclarer la culpabilité et sanctionner une personne physique ou morale, auteur d'une infraction à la loi pénale.

⁴⁹ Ce rapport émane respectivement des rapports annuels du ministère public et ceux des rapports particuliers d'action publique adressés par les procureurs généraux, voir les articles 35 et 39 du code de procédure pénale en République du Bénin.

⁵⁰ Voir article 3.

⁵¹ Il s'agit du Code pénal, Code de procédure pénale et des autres dispositions à caractère pénal contenues dans de nombreux textes de loi en République du Bénin.

Elle est mise en mouvement et exercée par les représentants du ministère public⁵². Cette action publique comprend : la poursuite, les mesures alternatives aux poursuites (*composition pénale, médiation...*) ainsi que le classement sans suite. La mise en application de manière efficace de la politique pénale suppose donc une organisation parfaite des parquets d'une part et une définition des priorités d'autre part. Les procureurs de la République sont tenus de veiller à la bonne conduite de cette politique à travers les réponses pénales engagées ou entreprises au cours de procédures. Cependant, le constat révèle que le parquet, en charge de la conduite de cette politique requiert majoritairement les placements en détention provisoire lors de l'ouverture des informations qu'il s'agit de la délinquance à col bleu ou de celle à col blanc⁵³. Ainsi, dans certaines juridictions, les infractions commises par des délinquants à col bleu⁵⁴ sont parfois sévèrement réprimées au même titre que celles commises par les délinquants à col blanc qui concernent les infractions à caractère économique, les crimes de sang, les atteintes contre les personnes vulnérables, les infractions relatives aux stupéfiants, à la corruption, à la cybercriminalité et au terrorisme ceci, au détriment des mesures alternatives à l'emprisonnement⁵⁵. Ces mesures ne sont pas adéquates malgré les orientations indiquées au point 9 de la circulaire portant politique pénale recommandant une souplesse plus grande envers les délinquants les moins dangereux et un recours à l'application des peines alternatives pour les infractions de moindre gravité. Les principales causes justifiant sont relatives à l'inexistence du décret prévu à l'article 58 du Code pénal qui est censé déterminer les modalités suivant lesquelles s'exécutera l'activité des condamnés à la peine de travail d'intérêt général ainsi que la nature des travaux proposés ; l'absence de la liste des travaux d'intérêt général susceptibles d'être accomplis ; l'absence d'une nomenclature des infractions éligibles aux mesures alternatives et l'absence des structures pouvant favoriser l'exécution des mesures alternatives par l'agent pénal, une fois prononcées par le juge⁵⁶. L'emprisonnement reste ainsi la référence en

⁵² Voir l'article 1^{er} alinéa 1^{er} du code de procédure pénale.

⁵³ OSIWA, ONG Changement Social Bénin, *Etude sur le régime de sanctions pénales appliqué aux infractions mineures et sur l'offre du juge des libertés et de la détention en République du Bénin*, 2019, p. 68.

⁵⁴ Contraire aux délinquants à col bleu qui sont souvent les membres de la communauté défavorisée souffrant d'une vulnérabilité économique se traduisant par un ostracisme social, les délinquants à col blanc, pour la plupart, font partie de l'élite politique, administrative, intellectuelle, culturelle ou sociale. Voir Circulaire portant politique pénale du Bénin, *les objectifs*, point 11, p. 6.

⁵⁵ Or, la délinquance à col bleu implique le plus souvent les membres des communautés défavorisées souffrant d'une vulnérabilité économique qui se traduit dans la plupart des cas par un ostracisme social. De ce point de vue, la poursuite dans les cas de délinquance à col bleu et de celle des mineurs doit être orientée vers la réinsertion sociale avec le recours au travail d'intérêt général conformément à la loi.

⁵⁶ OSIWA, ONG Changement Social Bénin, *op.*, cit., p. 89.

termes de sanction⁵⁷. Par ailleurs, on observe au niveau des parquets une application relative de la pratique de la consignation prévue par l'article 147 du code de procédure pénale et le point 17 de la circulaire facilitant la poursuite sans mandat de dépôt de l'inculpé qui offre soit de consigner immédiatement la moitié des fonds mis à sa charge soit de justifier des biens réels mobiliers et immobiliers suffisants qu'il affecte en garantie par acte notarié. Cette situation ne participe pas la résorption de la surpopulation carcérale qui demeure une préoccupation majeure en de matière de respect des droits et libertés fondamentaux.

La question de la rareté des ordonnances de placement sous contrôle judiciaire constitue également une incertitude. L'état des lieux a permis de constater que le contrôle judiciaire⁵⁸, en tant que mesure alternative à la détention provisoire, est peu ordonné par le Juge des libertés et de la détention (JLD)⁵⁹ et relativement mis en œuvre par le Procureur de la République⁶⁰. Ce faible taux des placements sous contrôle judiciaire serait dû principalement aux appréhensions liées à la garantie de représentation de l'inculpé qui s'explique par l'absence d'adressage et les difficultés qui surviennent lorsqu'il n'a ni profession ni domicile précis, ou lorsqu'il est de nationalité étrangère⁶¹ et à l'absence de structures appropriées de suivi des obligations ordonnées⁶². En effet, il est par exemple impossible de parvenir à localiser l'adresse d'une personne à Cotonou, dans la mesure où les adressages ne sont pas encore bien organisés, dans une ville qui ne cesse de s'étendre et dont la démographie est en progression permanente. Le seul moyen de maintenir une personne ayant commis une infraction, à la disposition de la justice, devient alors dans ces conditions, le

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Pour le compte de l'année 2017, le JLD, sur 128 saisines, a ordonné 45 contrôles judiciaires, soit un taux de 35,16% contre 83 placements en détention provisoire, soit un taux de 64,84%. En 2018, sur 88 saisines du JLD, le contrôle judiciaire a été ordonné 34 fois, soit un taux de 38,64% tandis que le placement en détention provisoire a été ordonné 54 fois, soit un taux de 61,36% ; selon les statistiques du Greffe des JLD du Tribunal de Première Instance de première classe de Cotonou.

⁵⁹ Il fait partie des réformes introduites par le législateur dans le droit processuel pénal béninois en 2013 à travers la loi n° 2012-15 du 18 mars 2013 portant code de procédure pénale en République du Bénin. Cette loi dispose notamment en ses articles 144 et 652 que « dans tous les cas et à toute étape de la procédure, le juge des libertés et de la détention peut, s'il l'estime nécessaire, placer l'inculpé sous contrôle judiciaire » et que « le juge d'instruction peut placer la personne morale sous contrôle judiciaire ».

⁶⁰ Les dispositions suscitées sont renforcées par l'article 72 nouveau les alinéas 1^{er} et 2 de loi n°2020 - 23 du 29 septembre 2020 modifiant et complétant la loi n° 2012-15 du 18 mars 2013, modifiée, portant code de procédure pénale en République du Bénin qui autorise également le Procureur de la République à placer sous contrôle judiciaire un inculpé en cas de flagrant délit, lorsque le juge d'instruction n'est pas saisi dans la mise en œuvre e l'action publique.

⁶¹ Ainsi, le juge des libertés et de la détention se confronte à une difficulté majeure pour placer l'inculpé sous contrôle judiciaire, notamment lorsqu'il n'a ni profession ni domicile précis, ou lorsqu'il est de nationalité étrangère.

⁶² La réforme légale instituant le contrôle judiciaire n'a pas été suivie de la mise en place de structures destinées à faciliter le contrôle des mesures ordonnées.

mandat de dépôt⁶³. Cette mesure reste peu exploitée. Face à l'épineuse préoccupation de la surpopulation carcérale, notamment dans les établissements pénitentiaires du Bénin⁶⁴, le contrôle judiciaire, bien encadré, se présente comme une solution de choix. Un recours accru au contrôle judiciaire par le Juge des libertés et de la détention et du Procureur de la République permettra de réduire l'effectif des nouveaux détenus, et d'écourter le séjour carcéral des anciens détenus qui pourront bénéficier d'une mise en liberté provisoire assortie de mesures de contrôle. Il pourrait également réduire de façon considérable les charges importantes liées à l'entretien des établissements pénitentiaires⁶⁵.

Ces défaillances sont renforcées par le manque de visibilité des actions de certains parquets ne permettant pas de recueillir et de disposer de la meilleure information pouvant aider à lutter plus efficacement contre le phénomène de la criminalité dans leur ressort respectif⁶⁶. Cette préoccupation a été d'ailleurs réglée par la politique pénale française dans laquelle la visibilité de l'action de l'autorité judiciaire a fait l'objet de toutes les attentions et considérée comme une grande priorité⁶⁷. Il est alors essentiel que le fonctionnement de la justice et les réponses qu'elle apporte soient mieux connues. Car, restaurer la confiance dans la justice, c'est également mieux faire connaître son fonctionnement comme l'immense travail déployé par les juridictions au bénéfice de nos concitoyens.

En plus des obstacles à l'exercice de l'action publique, l'inexistence de véritables moyens d'intervention constitue un frein à la mise en œuvre de la politique pénale.

B- L'inexistence de véritables moyens d'intervention

L'application efficace de la politique pénale du Bénin est entravée par l'inexistence de véritables moyens d'intervention causée essentiellement par le défaut de politiques pénales locales (1) et par l'absence de politique pénitentiaire appropriée (2).

⁶³ Ministère de la Justice et de la Législation, *Rapport intermédiaire (phase 1 et 2) sur la réforme pénitentiaire au Bénin*, 2020, p. 15.

⁶⁴ Le taux d'occupation de la maison d'arrêt de Cotonou est de 343% en 2013, 218% en 2014, 189% en 2015, 196% en 2016, 180% en 2017, 182% en 2018 et 228% en 2019, selon les statistiques de l'Agence pénitentiaire du Bénin.

⁶⁵ A titre indicatif, le coût annuel global de l'alimentation des détenus du Bénin au titre de l'année 2022 est estimé à d'un milliard de FCFA et le coût annuel de l'alimentation de chaque détenu au titre de 2022 en FCFA évalué à 150.000 FCFA, selon les données de l'Agence pénitentiaire du Bénin.

⁶⁶ Cette visibilité passe d'une part, par une plus grande transparence sur l'activité réelle des juridictions pénales et d'autre part, par une communication médiatique renforcée des procureurs.

⁶⁷ Voir *Rapport politique pénale du Garde des Sceaux*, France, 2022, p. 3.

1- Le défaut de politiques pénales locales

Le parquet étant indivisible et hiérarchisé, les procureurs généraux sont chargés d'animer et de coordonner la conduite de la politique d'action publique par les parquets de leur ressort. A cet effet, suivant le point 4 de ladite circulaire⁶⁸, il doit procéder à la déclinaison par ressort, des axes de la politique pénale nationale et donner des orientations à ce titre, à chaque procureur de la République qui les mettra en œuvre au plan local. Ces orientations doivent prendre en compte les problématiques propres à chaque ressort, y compris en ce qui concerne la mise en œuvre des mesures alternatives aux poursuites ou la mise à exécution diversifiée des peines. Ces politiques locales élaborées en lien avec les spécificités de leur ressort devraient être ainsi mises en œuvre au plan local par les procureurs de la République auxquels revient l'exercice de l'action publique au travers des directives recommandées par les réalités sociologiques, culturelles, économiques et politiques propres à chaque ressort juridictionnel⁶⁹, en adéquation avec celle globale définie par la chancellerie. Elle définit les priorités de la politique pénale de l'Etat à savoir la protection des droits et libertés, la rationalisation de la détention provisoire, la moralisation de la vie publique, la protection de la sécurité et de l'ordre public, la protection de la société contre les crimes qui provoquent la peur parmi les citoyens, la protection de certaines catégories de citoyens, la protection des personnes en charge de l'application de la loi et la réalisation de la sécurité foncière et autres. Mais en réalité, on note dans la plupart des juridictions, l'absence des politiques pénales locales du Bénin. Ce défaut de politiques pénales locales freine la mise en œuvre efficace de la politique pénale car, il existe une relation d'influence réciproque entre les politiques pénales nationales et locales. Généralement, une politique pénale nationale est en partie issue des politiques expérimentales locales, puis se décline en autant de politiques pénales locales traduisant son adaptation aux réalités et contraintes d'un ressort, voire d'un territoire donné. L'arrimage de la politique pénale à la réalité locale de chaque ressort s'avère nécessaire. Ainsi, au regard des particularités de chaque ressort de Cours d'appel, la détermination de politiques locales demeure un impératif.

L'inexistence de politique de réinsertion sociale appropriée ne contribue également pas à l'atteintes de objectifs fixés par la politique pénale.

⁶⁸ Il s'agit de la déclinaison de la circulaire pénale dans des directives au niveau local.

⁶⁹ Voir point 4 de la circulaire de la politique pénale du Bénin.

2- L'absence de politique de réinsertion sociale appropriée

La surpopulation carcérale est un problème récurrent auquel sont confrontés les établissements pénitentiaires au Bénin comme dans bien d'autres Etats en voie de développement⁷⁰. Elle résulte en grande partie des mauvaises conditions du séjour carcéral et de l'inexistence d'une véritable politique de réinsertion sociale et professionnelle. Le Bénin n'échappe pas à cette évidence qui est largement décrite dans plusieurs rapports en la matière, émanant tant de structures gouvernementales que non gouvernementales soumis à certains mécanismes onusiens⁷¹. Certes, à l'intérieur des établissements, des activités de réinsertion professionnelle et sociale sont organisées au profit des personnes en détention qui le veulent⁷². Ces activités, qu'elles soient culturelles, sportives, scolaires ou professionnelles constituent le support privilégié d'un parcours de peine, susceptible à la fois de permettre aux personnes détenues de préparer leur sortie mais également à la société de se protéger contre la récidive. Mais ces initiatives menées principalement par les ONG nationales et internationales ne s'inscrivent dans aucun dispositif structuré⁷³. Elles ne sont pas bien coordonnées et sont peu soutenues⁷⁴. Les activités formatrices génératrices de revenus qui sont réalisées dans ces établissements ne contribuent guère, en dépit des efforts méritoires de ces Organisations à une véritable réinsertion professionnelle des détenus⁷⁵. Ceci dénote de l'inexistence d'un programme cohérent de réinsertion sociale et de prévention de la récidive en milieu carcéral et de mécanisme capable d'apporter au détenu libéré, une aide post-pénitentiaire efficace, tendant à diminuer les préjugés à son égard et lui permettant de réintégrer la communauté⁷⁶. Cette situation préoccupante laisse, dans la plupart des cas, les détenus dans l'oisiveté. Elle ne fait pas de l'exécution des peines un moment utile et contribue

⁷⁰ Les difficultés liées à la surpopulation carcérale ne concernent pas seulement les Etats en voie de développement. Les Etats avancés ou développés font également face de cette réalité. En effet, « *selon les statistiques pénales annuelles du Conseil de l'Europe (SPACE) sur les populations carcérales pour 2021, dans plusieurs États européens, les prisons sont particulièrement surpeuplées sur la décennie. Il s'agit de la France, le Portugal, l'Espagne, l'Italie, l'Allemagne, la Russie, la République tchèque et de la Slovaquie* ». Voir Conseil de l'Europe, [Statistiques pénales annuelles](#), Université de Lausanne, 2021, p. 13.

⁷¹ OSIWA, ONG Changement Social Bénin, *op. cit.*, p. 9.

⁷² Il s'agit essentiellement des activités artisanales.

⁷³ Ministère de la Justice et de la Législation, ONU-SIDA, *Rapport sur l'analyse situationnelle dans les 10 prisons du Bénin*, 2016, p. 34.

⁷⁴ Ministère de la Justice et de la Législation, *Rapport intermédiaire sur la réforme pénitentiaire au Bénin*, *op. cit.*, p. 42.

⁷⁵ La situation est également identique dans les trois Centres de Sauvegarde de l'Enfance et de l'Adolescence du Bénin.

⁷⁶ Ce dispositif est d'ailleurs recommandé dans l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus, règle 64.

évidemment à l'augmentation des taux de récidive⁷⁷. Ces défaillances sont aussi observées au niveau des trois Centres de Sauvegarde de l'Enfance et de l'Adolescence⁷⁸ qui manquent également d'infrastructures adéquates et de personnel qualifié pour assurer la rééducation et la réinsertion sociale des mineurs en conflit avec la loi et en danger moral⁷⁹. En effet, le centre d'Agblangandan exerce à la fois en milieu ouvert et fermé alors que ceux de Parakou et d'Aplahoué exercent en milieu ouvert, ce qui ne favorise pas la mise en œuvre des activités de réinsertion sociale et professionnelle.

La plupart de ces établissements de détention ne proposent pas de réels services pénitentiaires d'insertion et de probation, et ceux qui le font, disposent généralement de programmes de portée trop limitée et ciblant exclusivement les services à court terme destinés aux délinquants sur le point d'être libérés. Or, « *une réinsertion réussie des délinquants dans la collectivité fournit la meilleure garantie de la sécurité publique* »⁸⁰. Ces obstacles ne permettent donc pas aux établissements pénitentiaires et aux Centres de Sauvegarde de l'Enfance et de l'Adolescence de tenir leur rôle de protection de la société contre les individus dangereux, de transformer le détenu, de lui permettre de « *payer sa dette* » et de construire avec lui un avenir en tant que citoyen. Ils amplifient par conséquent le risque de récidive et pourraient favoriser la surpopulation carcérale.

Conclusion

Préoccupé par la prise en compte des normes internationales⁸¹ de plus en plus exigeantes en matière de conditions de séjour en milieu carcéral, de surpopulation carcérale et par la sécurité des personnes et des biens, le Bénin a défini sa politique pénale qui est mise en œuvre à travers des mécanismes judiciaires et non judiciaires. Mais, ces mécanismes peu efficaces, sont

⁷⁷ *Ibidem.*

⁷⁸ Il s'agit des centres d'Agblangandan de Parakou et Aplahoué.

⁷⁹ On note l'insuffisance d'ateliers de formation socioprofessionnels dans les centres de sauvegarde et des établissements pénitentiaires.

⁸⁰ Il s'agit principalement de l'ensemble de Règles minima des Nations Unies pour le traitement des détenus (*Règles Mandela*) ; l'ensemble de Principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement ; les Principes fondamentaux relatifs au traitement des détenus (*Résolution 45/11 de l'Assemblée générale, annexe, adoptée le 14 décembre 1990*) et la Déclaration de Kampala sur les conditions de détention dans les prisons en Afrique.

⁸¹ Dans son Plan d'Action et sa Déclaration de Ouagadougou pour l'accélération de la réforme pénale et pénitentiaire en Afrique (2003), la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples encourage les Etats à adopter des stratégies de lutte contre le surpeuplement carcéral, notamment par la réduction du nombre des personnes placées en détention grâce à la dépénalisation des infractions ou délits mineurs. Les Principes régissant la Dépénalisation des infractions mineures en Afrique ont été ainsi adoptés par la Commission en 2007.

caractérisés par une faible implication des acteurs non judiciaires ; un manque de coordination des actions et une absence de véritables moyens d'intervention de mise en application de cette politique. Ces dysfonctionnements ne favorisent pas une application cohérente et égale de la loi pénale sur l'ensemble du territoire national⁸². La volonté du gouvernement à assurer efficacement la protection des droits et libertés individuelles, la rationalisation de la détention provisoire, la moralisation de la vie publique, la protection de la sécurité et de l'ordre public par la lutte contre la délinquance et la criminalité, reste de ce fait, sans effets.

C'est pourquoi, il convient d'engager des réformes institutionnelles appropriées visant à une réelle application de la politique pénale. Elles devront surtout être orientées vers le renforcement du dispositif actuel de coordination et de suivi des interventions pour une plus grande mutualisation des mécanismes existants et de l'instauration d'une juridiction d'application des peines pouvant permettre d'avoir un milieu carcéral à visage humain avec un nombre réduit des pensionnaires et des effets désocialisant de l'incarcération. Cette juridiction prononcera des aménagements de peines ainsi que les sanctions y afférentes. Elle interviendra également lorsqu'un condamné commence à montrer des signes inquiétants et coordonnera des services pénitentiaires d'insertion et de probation.

⁸² Voir Circulaire portant politique pénale du Bénin, point 1, p. 3.



DROIT PUBLIC

La médiocrité des sanctions au non-respect des délais devant les cours de justice de la CEMAC et de l'UEMOA

Poor sanctions for non-compliance with deadlines before the EMCCA and the WAEMU courts of justice

Page | 269

Par:

Naomie Flore ZEMFACK NANGUE,
Doctorant en droit à l'université Laval (Canada).

Résumé :

Les formalités de la vie juridique doivent être accomplies dans les délais. Le délai est en effet la durée au cours de laquelle se déploient les situations juridiques. Il est un support que la vie juridique ne peut ignorer, car la violation doit être sanctionnée. Dans le cadre du contentieux communautaire devant les cours de justice de la Communauté Économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) et de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), on peut se rendre compte du manque de sérieux quant à la consécration des sanctions au non-respect des délais. Cette étude menée dans une perspective comparative a permis de faire le constat de la quasi-inexistence des sanctions législatives au non-respect des délais de procédure devant les cours de justice de la CEMAC et de l'UEMOA. Le peu qui existe est en majorité le résultat d'une construction jurisprudentielle.

Mots-clés : Sanction- délais- contentieux communautaire- cours de justice communautaire.

Abstract:

The formalities of legal life must be accomplished within the time limits. The time limit is in fact the duration during which the legal situations unfold. It is a support that legal life cannot ignore because violation must be sanctioned. In the context of community litigation before the courts of justice of the Economic and Monetary Community of Central Africa (EMCCA) and the West African Economic and Monetary Union (WAEMU), one can see the lack of seriousness regarding the consecration of sanctions for non-compliance with time limits. This study, conducted from a comparative perspective, has shown that there are almost no legislative sanctions for non-compliance with procedural time limits before the EMCCA and the WAEMU courts of justice. The few that exist are mostly the result of case law.

Keywords : Sanction- time limits- Community litigation- Community courts.



Introduction

L'inobservation des règles relatives aux délais de procédure dans le contentieux communautaire mérite d'être sanctionnée.

L'accomplissement tardif des actes de procédure est le plus récurrent dans le contentieux communautaire en Afrique. L'anticipation en est très rare, mais peut être visible dans plusieurs cas¹. L'irrecevabilité pour cause de forclusion ou pour cause d'anticipation, provoque la perte du droit d'ester en justice.

Une autre variété de sanctions peut découler du fait pour le justiciable de n'avoir pas accompli une diligence dans un délai précis, laquelle diligence devait être subséquente et essentielle à l'efficacité de l'acte initial. La sanction peut consister à réduire à néant certaines diligences en raison de l'écoulement d'un délai déterminé. Plus précisément, on parle de péremption de l'instance. Dans cette seconde série de sanctions respectivement dénommées caducité et péremption, on assiste non pas à une extinction de l'action ou de la formalité concernée, mais à une extinction de l'instance.

En parcourant la législation communautaire de la CEMAC et de l'UEMOA, le constat de la quasi-inexistence des sanctions en cas de violation des délais se fait ressentir sans tarder (I). Curieusement, en étudiant les jurisprudences des différentes juridictions objet de cette étude, frappe à l'œil la diversité des sanctions prononcées par les juges. Le juge communautaire rentre alors dans la catégorie dite des jurislatoeurs de la communauté (II).

I- LE CONSTAT DE LA QUASI-INEXISTENCE DES SANCTIONS DANS LES LÉGISLATIONS COMMUNAUTAIRES AFRICAINES

Les délais de procédure applicables devant les cours de justice de la CEMAC et de l'UEMOA ont été consacrés dans une large variété de textes. L'on s'attendait à des sanctions devant accompagner les violations de ces délais. Pourtant, dans les textes de la CEMAC et de l'UEMOA, il est rare de trouver des sanctions au non-respect des délais (A). Cette situation emporte de nombreuses conséquences (B).

¹ Dans sa Thèse de doctorat, Olivier Fandjip en a distingué trois cas. D'abord, l'anticipation est possible lorsque le recours contentieux est exercé à la suite d'un recours à préalable alors que le délai imparti à l'administration communautaire pour répondre à ce recours préalable n'a pas été observé. Ensuite, il y a également anticipation lorsque le recours contentieux est introduit en l'absence d'une décision préalable pourtant nécessaire. Enfin, on peut également parler d'anticipation lorsque, s'agissant d'une instance dérivée ou simplement de l'appel et d'un pourvoi en cassation, donc dans le cadre d'une voie de recours, le recours est introduit en l'absence du jugement dont on sollicite la réformation. Voir Olivier Fandjip, *Le temps dans le contentieux administratif : essai d'analyse comparative des droits français et des États d'Afrique francophone*, Thèse de doctorat : Droit public : Clermont-Ferrand 1, 2016, p. 173.

A- La quasi-inexistence des sanctions dans les textes communautaires

L'omission des sanctions dans les textes de procédure (1) et dans les autres textes (2) ne favorise pas le bon fonctionnement des juridictions communautaires africaines.

Page | 272

1- L'omission des sanctions dans les textes de procédure communautaires africains

Plusieurs textes sont dédiés exclusivement à l'organisation de la procédure à suivre devant la cour de justice de la CEMAC² et de l'UEMOA³. Ces législations brillent par la lâcheté quant à la prescription des sanctions au non-respect des délais de procédure. Pourtant, de manière implicite, le législateur de l'Union Européenne (UE) a mentionné l'irrecevabilité des recours tardifs. Diverses dispositions du Règlement de Procédure devant la cour de justice de l'UE peuvent le démontrer. Il s'agit entre autres de l'Article 154 qui prévoit que

« Sans préjudice des dispositions relatives à l'interprétation des arrêts et ordonnances, les erreurs de plume ou de calcul ou des inexactitudes évidentes peuvent être rectifiées par la Cour, soit d'office, soit à la demande d'une partie, à condition que cette demande soit présentée dans un délai de deux semaines à compter du prononcé de l'arrêt ou de la signification de l'ordonnance »⁴.

Il en ressort de cette disposition que la condition essentielle de recevabilité du recours en rectification est le respect effectif du délai de deux semaines⁵. En cas de non-respect de ce délai, le recours encourra l'irrecevabilité. Dans le Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) du 18 avril 1996, une disposition met en exergue les sanctions au non-respect des délais de procédure. Entre autres, pour ce qui est du recours en révision, il est prévu qu'*« Aucune demande en révision ne peut être formée après l'expiration d'un délai de dix ans à dater de l'arrêt »⁶*. Cela dit, toute action en révision est éteinte si dans les délais prescrits, le requérant n'a pas respecté le délai de dix ans.

Dans les textes nationaux destinés à la procédure à suivre devant les tribunaux, très nombreuses sont les dispositions qui consacrent, soit de manière implicite, soit de manière explicite les sanctions au non-respect des délais de procédure. De manière explicite, citons par exemple dans la Loi n° 2006/022 du 29 Décembre 2006 fixant l'organisation et le

² Au niveau de la CEMAC, il s'agit de l'Acte Additionnel n° 06/00/CEMAC-041-CCE-CJ-02 du 14 décembre 2000, et plus récemment du nouvel acte additionnel n°03/21-CEMAC-CJ-CCE-15 portant Règlement de procédure devant la Cour de Justice CEMAC.

³ Au niveau de l'UEMOA, nous avons notamment le Règlement n° 1/96/CM portant Règlement de procédure de la Cour de Justice de l'UEMOA.

⁴ Voir article 154 du Règlement de Procédure devant la cour de justice de l'UE

⁵ Article 134 alinéa 1 du Règlement de procédure de la Cour de justice de l'UE

⁶ Article 49 alinéa 5 du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage du 18 avril 1996

fonctionnement des Tribunaux administratifs au Cameroun, une disposition qui déclare forclus les recours tardifs en ces termes : « *Sous peine de forclusion, les recours contre les décisions administratives, doivent être introduits dans un délai de soixante (60) jours à compter de la décision de rejet du recours gracieux visé à l'article 17 ci-dessus* »⁷. Une disposition similaire est reprise dans la Loi n° 2006/016 du 29 Décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême du Cameroun : « *L'appel est, à peine de forclusion et sauf dispositions spéciales contraires, formé dans un délai de quinze (15) jours à compter du lendemain de la notification de la décision de la juridiction inférieure* »⁸. Les autres alinéas précisent que : « *Il notifie en même temps par écrit à l'appelant qu'il doit à peine de déchéance, dans un délai de quinze (15) jours, déposer son mémoire* »⁹. Aussi, « *Sauf dispositions spéciales contraires, le pourvoi doit, à peine de forclusion, être formé dans un délai de quinze (15) jours à compter du lendemain de la notification de la décision de la juridiction inférieure en matière de contentieux administratif* ».

En plus, « *Si le demandeur ne s'est pas conformé aux dispositions des articles 90 à 94 ci-dessus ou à celles résultant de la législation sur l'enregistrement et le timbre, le Président de section l'invite à régulariser son recours dans un délai de quinze (15) jours, à peine d'irrecevabilité* »¹⁰. Et

« *Lorsqu'il y a plusieurs défendeurs en cause et qu'ils n'ont pas tous présenté de défense, le Greffier en Chef met les défaillants en demeure d'avoir à s'exécuter dans un délai de trente (30) jours pour ceux qui habitent le Cameroun et de soixante (60) jours dans les autres cas, en les informant que, faute de le faire, la décision à intervenir sera réputée contradictoire* »¹¹.

Les recours prématurés sont tout de même sanctionnés. Le législateur camerounais a prévu l'irrecevabilité des recours prématurés en relevant que : « *Le pourvoi est fait, soit par le demandeur en personne ou par son avocat, soit par un mandataire muni, à peine d'irrecevabilité, d'un Pouvoir Spécial* »¹².

Divers délais sont aussi prévus dans la phase de jugement. En cas de non-respect de ces délais, la partie défaillante encourt des sanctions. C'est ce qui est prévu dans les textes nationaux, au détriment des textes communautaires. Entre autres, « *...Les délais ci-dessus sont prescrits à peine de déchéance, sans préjudice, le cas échéant, de l'action disciplinaire et en*

⁷ Article 18. (1) de la Loi n° 2006/022 du 29 Décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des Tribunaux administratifs au Cameroun

⁸ Article 73alinea 2 de la Loi fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême du Cameroun

⁹ Article 73 alinéa 3 de la Loi fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême du Cameroun

¹⁰ Article 90 (4) de la Loi fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême du Cameroun

¹¹ Article 98 (2) de la Loi fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême du Cameroun

¹² Article 89 de la Loi fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême du Cameroun

responsabilité pour faute professionnelle contre l'avocat constitué ou désigné »¹³. Dans le même texte, une autre disposition prévoit une sanction pour un recours tardif en ces termes : « (2) *L'arrêt de rejet du pourvoi formé contre une ordonnance ayant prononcé un sursis à exécution devient caduc si quinze (15) jours après le rejet du recours gracieux, le tribunal n'est toujours pas saisi de la requête introductive du recours contentieux* »¹⁴. Hors du Cameroun, les textes organisant la procédure à suivre dans les juridictions des autres pays comme le Gabon prévoient aussi les sanctions aux recours tardifs. Il s'agit entre autres de la Loi n° 17/84 du 29 Décembre 1984 portant Code des juridictions administratives au Gabon. L'irrecevabilité des recours tardifs est prévue en ces termes : « *Le recours en annulation contre les décisions administratives n'est pas recevable lorsque le requérant dispose encore, pour faire valoir ses droits, du recours administratif susmentionné* »¹⁵.

Se basant uniquement sur ces lois, il s'avère que tant les juridictions nationales sont plus anciennes que les juridictions communautaires, les textes nationaux organisent mieux la procédure. Les sanctions au non-respect des délais de procédure y sont expressément consacrées, et ceux de manière variable. La consistance des sanctions dépend de la nature ou de l'étendue de la violation des délais de procédure. Pour ce qui est des recours prématurés, la sanction est le plus souvent la déchéance, tandis que les recours tardifs sont forclos, et encourent l'irrecevabilité.

Si les textes de procédure n'ont quasiment pas sanctionné le non-respect des délais, il ne faut pas beaucoup compter sur les autres textes communautaires de nos sous-régions.

2- La timide consécration des sanctions dans les autres textes communautaires

Divers autres textes communautaires consacrent les délais de procédures devant la cour de justice de la CEMAC¹⁶ et de l'UEMOA¹⁷. Déjà, la disparité des lois dans lesquels on peut

¹³ Article 100 de la Loi fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême du Cameroun

¹⁴ Article 111 (1) de la Loi fixant l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême du Cameroun

¹⁵ Article 46 de la Loi n° 17/84 du 29 Décembre 1984 portant Code des juridictions administratives au Gabon

¹⁶ Il s'agit entre autre de la Convention révisée de la Cour de Justice Communautaire CEMAC du 30 janvier 2009, du Règlement n° 03/09-UEAC-007-CM-20 du 11 décembre 2009 portant statut des fonctionnaires de la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC), du Règlement n° 1/UEAC-CM-639 du 25 juin 1999 portant réglementation des pratiques commerciales anticoncurrentielles du Règlement n° 8/99/UEAC-007-CM-02 du 18 août 1999 portant statut des fonctionnaires du Secrétariat Exécutif de la Communauté Économique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC), et du Traité révisé de la Communauté Économique et Monétaire des États de l'Afrique le 30 janvier 2009.

¹⁷ Au niveau de l'UEMOA, il s'agit notamment de l'Acte Additionnel n° 10/96 portant Statut de la Cour de Justice de l'UEMOA, du Protocole Additionnelle n° 1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA, du Règlement n° 03/2002/CM/UEMOA relatif aux procédures applicables aux ententes et abus de position dominante à l'intérieur de l'UEMOA, Signé le 22 mai 2002 à Abidjan, du Règlement n° 07/2010/CM/UEMOA portant Statut du personnel de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africain, du Règlement n° 1/96/CM portant Règlement de procédure

percevoir les délais de procédure applicable devant les cours de justice de la CEMAC et de l'UEMOA pose un grand problème. Mais on pouvait se consoler si elles établissaient de manière assez explicite les délais de procédures. Cependant, malgré leur variété, les lois en question ont de nombreuses imperfections liées particulièrement à l'absence des sanctions au non-respect des délais de procédure.

Peuvent quand même être relevées certaines tentatives de précisions. Le Règlement portant statut du personnel de l'UEMOA a consacré une sanction aux recours prématuré en affirmant que : «*Toutefois, le recours n'est valablement formé devant la Cour que : (...) si cette réclamation aboutit à une décision implicite ou explicite de rejet partiel ou total, de l'autorité investie du pouvoir de nomination* »¹⁸. Une telle disposition a aussi été consacrée au niveau de la CEMAC¹⁹. Une lecture combinée de ces deux dispositions quasi similaires permet de se rendre compte du rejet d'un recours formé devant les juges communautaires, du fait du manque de recours préalable. En effet, «*tant que le requérant n'a pas saisi l'autorité investie du pouvoir de nomination d'une réclamation, et que cette autorité ait rejeté sa demande, il ne peut saisir le juge communautaire* »²⁰. Le rejet peut résulter du silence de l'administration communautaire pendant un temps bien défini par la loi. Dans ce cas, le rejet est dit implicite. Il intervient donc «*En dehors de la manifestation de volonté par l'administration, répond à une contestation, qui permet aux administrés d'exercer leur droit au recours malgré le silence gardé sur leur demande* »²¹. Il en ressort que le silence de l'administration communautaire a une signification, et dans le cadre du droit communautaire, comme en droit administratif français²², il s'agit d'une décision de rejet.

Lorsque le silence de l'administration communautaire mène le requérant à la saisine du juge, il s'agit là d'un silence acceptation, parce qu'il donne ainsi le pouvoir de saisir le juge²³.

de la Cour de Justice de l'UEMOA, du Règlement n° 02/96/CM/UEMOA portant Statut du greffe de la Cour de justice de l'UEMOA et aussi du Traité révisé de l'UEMOA du 29 janvier 2003.

¹⁸ Article 140 alinéa 2 du Règlement portant statut du personnel de l'UEMOA

¹⁹ Article 119 alinéa 2 du Règlement portant statut des fonctionnaires de la CEMAC

²⁰ BASSANE GNEBA Julie, *Le particulier et l'accès aux juridictions communautaires africaines : le cas des cours de justice de la CEMAC et de l'UEMOA*, Thèse de doctorat PH.D en Droit Public op.cit.

²¹ DEGUERGUE (M), « Le silence de l'administration en droit administratif français », In Cahier de droit, Volume 56, n° 3-4, Septembre- décembre 2015, p. 395.

²² En droit administrative français, cette règle a été consacrée pour la première fois par la loi du 7 juin 1956 relative aux délais de recours contentieux en matière administrative. Voir RIBES (D), « Le nouveau principe « le silence de l'administration vaut acceptation » », AJDA, 2014, p. 389. Cette conception de l'équivalence du silence a par la suite été réitérée par la loi du 12 avril 2000

²³ Cette conception du silence tire son origine de la loi française du 12 novembre 2013. Cette loi, convient-il de le relever, est vidée de sa substance à travers les exceptions émises. En effet, le législateur français a énuméré quatre séries d'exceptions à la règle selon laquelle, le silence vaut acceptation : la première série concerne les demandes qui tendent à l'adoption des décisions réglementaires, au rang desquels figurent les demandes d'abrogation de règlements pour illégalité adressé à leurs auteurs ; la deuxième série concerne les demandes qui présentent le

Le juge communautaire peut aussi être saisi en cas de rejet explicite du recours préalable. Cette idée traduit l'hypothèse où l'administration communautaire se prononce de manière explicite dans l'intervalle d'un délai bien précis. Elle communique sa décision au fonctionnaire de la communauté soit pour chercher une résolution amiable, soit pour rejeter complètement la demande. Lorsque le fonctionnaire n'est pas être satisfait de l'arrangement que lui propose l'administration, il est alors libre d'intenter un recours juridictionnel dans les délais prévus à cet effet. L'administration communautaire peut aussi choisir de manifester sa volonté expresse de ne pas répondre favorablement à la requête du fonctionnaire. Dans ce cas, cette décision explicite de rejet est susceptible de faire courir les délais et donner lieu à une réclamation devant le juge.

Au final, le requérant ne peut intenter son action avant la décision soit implicite ou explicite de l'administration communautaire, sous peine de voir sa demande rejetée du fait du caractère prématuré de son recours.

B- Les conséquences de la défaillance de la législation communautaire

Le silence de la loi n'est pas sans conséquence. Ces conséquences sont tant positives, que négatives. Si la conséquence négative consiste en la violation susceptible des délais de procédure (1), la conséquence positive consiste quant à elle en l'éveil de l'ingéniosité du juge communautaire (2).

1- La violation susceptible des délais de procédure

Pour se faire une meilleure idée de la possibilité de violer les délais de procédure du fait de la quasi-absence des sanctions, il est important de connaître de prime abord les finalités de la sanction. Avant cela, définissons le mot sanction.

Prise dans son acception négative, la sanction est « *Un mal infligé à une personne comme conséquence d'un acte contraire au droit* »²⁴. Lorsqu'une personne intente une action en justice, c'est toujours contre une autre personne physique ou morale soit-elle. Il peut arriver que soit l'acte pris par une partie qui est sanctionnée par une décision d'annulation, soit que c'est une erreur commise qui est sanctionnée. Dans tous les cas, la sanction a plusieurs finalités. En fonction de la matière, elle peut viser soit l'élimination du mal commis, la resocialisation,

caractère d'une réclamation ou d'un recours administratif ; la troisième série concerne les demandes présentant un caractère financier ; la quatrième exception quant à elle, concerne les relations entre les autorités administratives et leurs agents. Exceptions citées par la loi et réitérées par Maryse Daguergue, « Le silence de l'administration en droit administratif français », Op.cit. p. 408-409.

²⁴ ROBERT Jacques-Henri, *Droit pénal général*, Paris, PUF, 6ème éd. 2005, p. 54.

l'intimidation, la rétribution, la prévention, la réinsertion, la répression, la rééducation, etc. Du fait de l'absence de la sanction, nul est l'utilité de respecter une règle de droit.

Au niveau de la CEMAC, divers délais ont été consacrés. Cependant, quasiment aucune sanction au non-respect de ces délais n'existe de manière implicite ou explicite dans les textes communautaires.

La violation des délais de procédure du fait de la quasi-inexistence de la sanction emporte de nombreuses conséquences. Cette situation peut participer à la violation du principe de célérité de la justice communautaire, de l'égalité devant la justice communautaire²⁵, et aussi du droit d'accès à la justice communautaire.

Pour contourner ces sanctions négatives, l'on assiste le plus souvent à l'éveil de l'ingéniosité du juge communautaire.

2- L'éveil de l'ingéniosité du juge

Les organes, institutions et institutions spécialisées de la CEMAC dont la Cour de justice en fait partie peuvent être poursuivis dans le cadre d'un recours en carence. Même en l'absence de la loi, le juge communautaire est obligé de juger. Il doit alors créer la loi. Il est souvent dit que le juge qui refuse de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice²⁶.

Au niveau européen, le déni de justice est également sanctionné comme une violation d'une disposition de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, qui reconnaît le droit d'être jugé dans un délai raisonnable²⁷.

Le fait pour le législateur communautaire de la CEMAC et plus de l'UEMOA de n'avoir quasiment pas consacré les sanctions au non-respect des délais de procédure ne constitue pas une raison pour le juge de ne pas sanctionner le non-respect de ces délais par l'une des parties au procès.

Dès l'instant auquel le juge, lors du procès, se rend compte de l'inexistence des dispositions sur les sanctions au non-respect des délais de procédure, il doit créer le droit. Il s'agit alors d'une consécration dite jurisprudentielle. Ce juge communautaire exerce sa fonction normative, tant il fait partie des jurisléateurs de la communauté. Ainsi, la quasi-totalité des sanctions au non-respect des délais de procédure devant les cours de justice de la CEMAC

²⁵ Dans la mesure où une partie peut délibérément doubler ses droits en justices au détriment de l'autre, ceci par le non-respect des délais de procédures.

²⁶ Voir par exemple article 4 du code civil français.

²⁷ Article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme

et de l'UEMOA est le fruit d'une construction jurisprudentielle, même s'elle semble pour le moment inachevée.

II- LES SANCTIONS AU NON-RESPECT DES DÉLAIS DE PROCÉDURES COMME RÉSULTAT D'UNE CONSTRUCTION JURISPRUDENTIELLE INACHEVÉE

Page | 278

Au niveau des cours de justice de la CEMAC et de l'UEMOA, les juges ont développé des jurisprudences assez significatives autour des sanctions au non-respect des délais (A). Mais ces consécutions jurisprudentielles sont encore limitées (B).

A- L'étendue des consécutions jurisprudentielles des sanctions

Les sanctions à l'inobservation des délais varient selon que l'inobservation résulte du caractère prématuré du recours (1), ou encore de l'abstention des parties à agir dans un espace de temps bien défini dans les textes (2).

1- La consécution jurisprudentielle des sanctions liées à l'inaction

Du fait de la pauvreté de la loi, les juges communautaires de la CEMAC et de l'UEMOA ont consacré une large variété de sanctions au non-respect des délais de procédure. Il s'agit d'abord de l'irrecevabilité pour cause de forclusion, mais aussi de la déchéance. Cette dernière peut être définie comme étant « *la situation qui frappe le titulaire d'un droit ou d'une action, pour défaut d'accomplissement dans le délai légal, conventionnel ou judiciaire d'une formalité lui incombant (...)* »²⁸. C'est en effet la perte pour l'intéressé du droit de faire l'acte qui devait être accompli dans les délais considérés²⁹. La forclusion ne doit cependant pas se confondre à l'irrecevabilité qui pour sa part est un vice affectant celui qui n'a pas le droit d'agir. Ainsi, il existe plusieurs causes d'irrecevabilité parmi lesquelles, la forclusion³⁰.

Les juges communautaires de la CEMAC et de l'UEMOA ont dans plusieurs décisions sanctionnés par l'irrecevabilité les demandes du fait de l'exercice tardif des recours. Le recours du Sieur NANG EKO, représentant le personnel de l'ISTA Gabon devant la Cour de justice de la CEMAC, qui portait sur une requête aux fins d'annulation de la résolution n° 234/03/CA ISTA portant statuts révisés de l'ISTA et ses annexes du 23 décembre 2003 a été rejeté³¹. Ce

²⁸ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Op.cit., p. 406

²⁹ COUCHEZ Gérard, *Procédure civile*, op.cit., p. 169

³⁰ BASSANE GNEBA Julie, *Le particulier et l'accès aux juridictions communautaires africaines : le cas des cours de justice de la CEMAC et de l'UEMOA*, Thèse de doctorat PH.D en Droit Public op.cit.

³¹ Voir CJ/CEMAC, Arrêt n° 004 du 22 mars 2007, Affaire Dieudonné NANG EKO contre Institut Sous Régionale Multisectoriel de Technologie Appliquée, de Planification et d'Évaluation des Projets (ISTA).

dernier texte était censé entrer en vigueur vingt (20) jours suivant la publication à défaut d'une date fixée par le législateur. Ainsi, le texte ayant été publié en décembre 2004, et à défaut d'une date expresse d'entrée en vigueur, la cour a choisi la date du 21 janvier 2004 comme moment du début de la production des effets de l'acte. Les requérants ont affirmé avoir eu connaissance de l'acte par le biais du Directeur Général le 3 septembre 2004 soit neuf (9) mois plus tard. Un mois après, ils ont exercé un recours administratif qui a abouti à un rejet implicite. À partir de cet instant, ils disposaient de trois (3) mois pour saisir la Cour³². Mais les requérants ont saisi la cour après six (6) mois. Pour le juge, ils « *n'ont pas respecté le délai de trois (3) mois prescrit, qu'il y a lieu de déclarer en conséquence irrecevable le recours* ».

Aussi, la cour de justice de la CEMAC a sanctionné le retard dans l'exercice de la demande en justice par une irrecevabilité. Dans l'affaire Michel Noé Gui DIBY contre ISSEA³³, le requérant contestait certaines dispositions de son contrat relativement au statut du personnel de l'ISSEA. Il s'appuyait sur la date de la connaissance de l'acte qui lui a causé préjudice. Il estimait que son contrat l'a classé à la catégorie P.6 et au 1er échelon au lieu de la catégorie P.6 et au 5e échelon. Ce qui allait à l'encontre de l'article 30 alinéa 2 du statut du personnel de l'ISSEA en vigueur depuis le 18 décembre 1987 dont il avait eu connaissance en début mai 1994. Alors qu'il a été recruté le 09 juillet 1991. C'est ainsi qu'il a entrepris la saisine en vain du Directeur Général à partir du 24 mai de la même année. Mais il se trouve qu'entre temps, un nouveau statut a été adopté et est entré en vigueur le 20 mars 2003. Le requérant a encore recommencé la procédure en saisissant préalablement le Directeur Général le 12 avril 2006, soit trois (3) ans trois (3) mois après l'entrée en vigueur du statut au lieu de deux (2) mois. Par la suite, il a saisi le Conseil d'Administration le 23 janvier 2007 qui a explicitement rejeté la demande le 09 mars 2007. Il a encore saisi le Conseil d'Administration qui, cette fois n'en a donné aucune suite. D'où la saisine de la Cour le 17 janvier 2008. Le requérant n'a pas accompagné sa requête d'un mémoire ampliatif, qui devrait suivre ladite requête 45 jours au plus tard. Le requérant l'a plutôt déposé le 16 septembre 2016, d'où l'irrecevabilité de sa requête pour non-respect des délais.

Le recours en appréciation de la légalité du Cabinet François SERRES a été déclaré irrecevable pour cause de forclusion³⁴. En l'espèce, ledit cabinet s'est trompé quant à la date du début de la computation des délais, et pour conséquence, ils ont intenté le recours dans un

³² Article 122 du Statut révisé de l'ISTA

³³ Arrêt n° 06/CJ/CEMAC/CJ/10 du 15 avril 2010, Affaire Michel Noé Gui DIBY contre ISSEA.

³⁴ Cour de justice de l'UEMOA, arrêt n. 03/2021 du 09 juin 2021, affaire Cabinet François SERRES c/ Commission de l'UEMOA

délai supérieur aux deux (02) mois prévus par la loi, ce qui a entraîné une lourde sanction de la part de la Cour de justice.

Somme toute, en droit communautaire, le non-respect des délais d'exercice d'un recours ou d'une voie de recours encourt l'irrecevabilité de l'action en justice.

Les parties au procès doivent respecter, en plus des délais de saisine des juridictions, les délais de jugement prescrits par le juge lors du déroulement de l'instance. En cas de non-respect, les juridictions communautaires ne se sont pas encore vraiment prononcées. Mais, le plus souvent, lorsqu'une partie s'abstient de répondre à la demande du juge, soit en s'abstenant de produire ses mémoires en répliques, soit en s'abstenant de se présenter lors des séances de jugement au tribunal, le jugement peut être rendu par défaut. C'est en effet une façon de sanctionner la négligence de la partie n'ayant pas respecté les délais de jugement, même s'il pourra encore former une action en opposition³⁵.

2- La consécration des sanctions liées aux recours prématurés

La procédure administrative préalable doit être respectée avant l'exercice de tout recours en matière de contentieux de la fonction publique communautaire. Il s'agit d'une exigence nécessaire afin de parvenir à la demande en justice. L'absence de recours préalable obligatoire exclu le recours contentieux qui ne peut se réduire dès lors qu'à un simple examen portant sur la recevabilité et jamais sur le fond du litige³⁶. En effet, le recours contentieux perd du temps, pourtant, la justice veut gagner en temps. Les justiciables communautaires introduisent des recours devant l'administration communautaire, mais sans attendre la réponse, ils se précipitent vers le juge communautaire pour exercer leurs recours contentieux. Alors que le délai donnant lieu à une décision implicite ouvrant droit au recours contentieux n'est pas arrivé à son terme³⁷. Les recours prématurés relèvent de l'anticipation du recours contentieux en violant l'exigence des recours administratifs obligatoires. Au niveau des juridictions internes, les juges ne manquent pas de sanctionner les recours prématurés par l'irrecevabilité de la requête³⁸. Ainsi, est irrecevable, parce que prématuré, un recours contentieux introduit

³⁵ Voir article 80 alinéa 4 du Règlement de procédure devant la Cour de justice de l'UEMOA

³⁶ Jean-François Brisson, *Les recours administratifs en droit public français*, LGTD, Thèse, Bibliothèque de droit public, p. 446.

³⁷ Jean-Claude Ricci, *Contentieux administratif*, 5ème éd. HU Droit, p. 83, n° 163

³⁸ Plusieurs lois et jurisprudences nationales en sont de parfaites illustrations. En effet, l'article 76 de la loi n° 61/201 du 2 juin 1961, déterminant la composition, l'organisation et le fonctionnement de la Cour suprême ivoirienne, modifiée montre qu'en droit ivoirien, le recours administratif préalable reste une formalité obligatoire en matière d'excès de pouvoir. Ainsi, dans l'affaire Ibrahima Tiené portant sur un licenciement, alors que le requérant avait introduit son recours avant l'expiration de la durée de deux (02) mois relatifs à l'exercice du recours administratif préalable, le juge administratif conclura à l'irrecevabilité du recours contentieux lequel avait été introduit le 2 juin 1972 contre une décision édictée le 19 avril de la même année. Il s'appuyait aussi sur l'absence

avant l'expiration de la durée concédée à l'administration communautaire lorsqu'un recours administratif préalable est nécessaire et assorti d'un délai d'examen par l'administration communautaire. Et, de manière générale, le silence gardé par l'administration communautaire jusqu'à l'expiration du délai prescrit donne lieu à un acte implicite de rejet ou d'acceptation selon les cas et les législations. L'inexistence de la décision née de la demande préalable du justiciable, conduit normalement à sanctionner le recours qui est prématuré. Il faut de toute façon une décision implicite ou explicite soit de rejet soit d'acceptation. Aussi, cette formalité précontentieuse, en dehors du cas d'une décision provoquée, donc même dans l'hypothèse de celle qui est prise spontanément, l'administration doit disposer, entièrement, du délai qui lui est imparti pour se prononcer.

Devant les cours de justices de la CEMAC et de l'UEMOA, la sanction au non-respect des exigences de recours administratifs préalables et ayant entraîné des recours prématurés est unique : il s'agit comme au niveau national de l'irrecevabilité.

du recours gracieux. CS/CA, 26 janv. 2000, Compagnie Air Afrique c/Ministère de la fonction publique ; 15 déc. 1969, Ibrahim Tiené c/ Ministère de la fonction publique, dans Francis Wodie et Martin Bleou, *La Chambre administrative de la Cour suprême et sa jurisprudence : Commentaires d'arrêts*, France, coll. Annales de l'Université d'Abidjan, 1981, p. 32 ; YAO DIASSIE Basile, *Pour une justice administrative au service des partenaires administratifs. Contribution à l'étude de l'organisation juridictionnelle administrative en Côte d'Ivoire*, Thèse, Université d'Auvergne, 1986, p. 386 et ss. Toujours en Afrique de l'Ouest, au Mali, d'après la loi du 10 mars 1994, relative aux tribunaux administratifs, le recours contentieux exercé avant le terme du délai de 4 mois est considéré comme prématuré et encourt de ce fait irrecevabilité. Elle résulte d'une ancienne jurisprudence de la Cour suprême malienne. CS/CA, 26 juil. 1986, Seriba Coulibaly c/ Ministère des postes. Dans le Maghreb et plus spécifiquement en Tunisie et en Algérie, l'application de l'irrecevabilité en cas de recours prématurés est également observable. Le justiciable qui opte pour l'introduction d'un recours gracieux, devra observer un temps permettant à l'administration de donner une suite à sa demande. C'est le cas en France. Le recours contentieux introduit avant l'expiration du délai du recours précontentieux est prématuré. C'est ce qui ressort de l'alinéa 2 de l'article 37 (nouveau) de la loi n° 72/40 du 1er juin 1972, relative aux tribunaux administratifs. Avant la réforme intervenue avec la loi organique n° 96/39 du 3 juin 1996 modifiant la loi n° 72/40 du 1er juin 1972, notamment en son article 40. Le juge administratif tunisien précisait que le recours contentieux était recevable contre un acte administratif qu'il soit implicite ou exprès avant l'expiration du délai de recours administratif préalable dès lors que le délai en question expirait avant la survenance de la décision du juge administratif. (TA, 1^{re} chambre, 18 déc. 1987, Fatma Abbès c/ Ministre des communications ; 7 mars 1986, Romdhane Charfi c/ Ministre de l'agriculture). TA, 2^e chambre, 14 avr. 1980, H'sine c/ Cnrps, *Revue tunisienne de droit*, 1981, p. 512. Cette durée est désormais de deux mois. En droit burkinabé, selon les alinéas 2 des articles 17 de la loi du 19 mai 1995, relative aux tribunaux administratifs et 25 de celle du 23 mai 2000, relative au Conseil d'État, il y'a rejet des recours prématurés, et le justiciable doit prendre en compte que le silence de l'administration dans les délais définis par la loi vaut rejet du recours gracieux. À ce sujet, la jurisprudence est abondante. Il faut signaler cependant que la possibilité de régulariser existe ici. CS/CA, 12 avr. 1994, Nikiema André ; 14 déc. 1994, Ouédraogo Moussa Ernest ; 14 oct. 1997, Dame Souli née Kaboré ; 13 avr. 1999, Bazié Camille ; 11 janv. 2000, Toé Charlemagne, cités par Salifou Yanaba, *La pratique du contentieux administratif en droit burkinabé*, p. 124. La décision implicite de rejet suite à la réclamation de l'administré intervient dans un délai de quatre (04) mois. Art. 409, alinéa 1, loi du 21 avril 1983 portant Code de procédure civile commerciale administratif et financier. En RDC, selon les alinéas premiers des articles 89 et 96 de l'ordonnance-loi du 31 mars 1982 relative à la Cour suprême de justice, « le défaut de décision de l'administration après trois mois à compter du jour du dépôt à la poste du pli recommandé portant réclamation vaut rejet de celle-ci ». Dans la jurisprudence de la Chambre administrative de la Cour suprême de la République Centrafricaine, la rigidité du temps de la justice apparaît aussi car celle-ci a, à maintes reprises, sanctionné des recours précoces. L'affaire Pounzi Ferdinand c/ Ministère de l'Économie en est un exemple. Il en ressort l'irrecevabilité pour « recours prématuré ». CS/CA, 6 août 1994.

La CEMAC et l'UEMOA sont de tout temps confrontés aux litiges dans lesquelles la question de la validation ou non des requêtes du fait d'un éventuel défaut de recours préalable est soulevée. Tantôt, elles rejettent les requêtes, ne trouvant pas de défaut d'exercice du recours préalable par la partie demanderesse. Nombreux sont surtout les recours en annulation devant la cour de justice de la CEMAC qui ont subi ce sort d'irrecevabilité. Il s'agit par exemple de l'arrêt Aeg Ak Aac/ BEAC, en date du 21 novembre 2013³⁹, affaire dans laquelle le juge a rejeté la demande de recours en annulation du requérant pour défaut de recours préalable. Cette demande a été frappée d'irrecevabilité. Au final, la sanction consacrée par la jurisprudence et devant toucher les recours prématurés est l'irrecevabilité de la requête.

B- Les limites aux consécutions jurisprudentielles

Les juges communautaires de la CEMAC et de l'UEMOA s'efforcent tant bien que mal à sanctionner les violations des délais de procédure. Cependant, ces juges eux-mêmes ne respectent pas toujours le droit des justiciables à être jugés dans des délais dits raisonnables. Le plus souvent, de simples affaires durent des années sans être traitées. Mais, le juge n'est pas sanctionné (1). En plus, des limites entachent les sanctions au non-respect des délais par les parties (2).

1- L'absence des sanctions à l'encontre du juge et de la communauté

Si les parties sont tenues de respecter les délais depuis la saisine du juge jusqu'à l'exercice des voies de recours en passant par le déroulement du procès, le juge est quant à lui tenu au respect de l'exigence de juger dans les délais dits raisonnables. Un capitulaire de 775 de Charlemagne prévoyait en effet que « *Lorsque le juge tarde à rendre sa décision, le plaideur peut aller vivre chez lui à ses frais* ». Le droit allemand rattache le plus souvent l'exigence de célérité de la justice au concept de protection juridique effective (effektiver Rechtsschutz)⁴⁰, faisant de la justice lente un déni de justice, et associant la protection juridique effective à l'État de droit⁴¹. Le ministère fédéral de la Justice avait envisagé l'introduction d'une voie de recours

³⁹ Voir arrêt n. 002/2013 – 14 du 21/11/2013, Monsieur Ae Ak Aa c/ la Banque des Etats de l'Afrique centrale (BEAC).

⁴⁰ Voir Cour constitutionnelle fédérale, 3 e chambre du 1er Sénat, 5 août 2013, 1 Br 2965/10, NJW 47/2013, P. 3432

⁴¹ Dans l'arrêt de la cour constitutionnelle fédérale, 2e chambre du 1er sénat 1993, BVerfGE 88, p. 124 et Sv, le juge de la cour s'est en effet prononcée sur les relations entre l'État de droit et la garantie d'une protection juridique effective en ces termes : « *Le principe de l'État de droit ne prescrit pas dans le détail comment le conflit entre l'intérêt général et la sécurité juridique et une procédure rapide d'une part, et l'intérêt subjectif du justiciable à une protection juridique la moins limitée possible doit être résolu. {...} le législateur doit toutefois comme cela découle également du principe de l'État de droit, prendre de façon adéquate en compte les différents intérêts en présence* ».

(Reschsmitted) en cas de durée excessive de la procédure. En plus d'un projet de loi⁴² tendant à la création d'une « Untatigkeitsbeschwerde » (Recours à l'encontre de l'inactivité du tribunal, c'est-à-dire le recours en carence), dans les différents ordres juridictionnels.

Ceci dit, de nos jours, le fait de rendre une décision dans un délai non raisonnable peut constituer une lourde faute de la part de la justice. Les justiciables subissent très certainement des préjudices du fait de la lenteur du juge. Pourtant, le service public de la justice a un devoir de protection juridictionnelle des plaideurs⁴³, en favorisant la sécurité juridique par le respect des délais raisonnables. Dans ce cas, au lieu d'ouvrir un nouveau procès en vue de sanctionner la juridiction compétente et par-dessus tout l'État en droit national ou la communauté quand il s'agit du droit communautaire, la Convention Européenne des Droits de l'Homme⁴⁴ et même le Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme permettent aux États de transiger avec le requérant. La Cour de justice de l'Union Européenne place au-dessus des autres modes de réparation, celle indemnitaire⁴⁵. La Charte Européenne sur le statut des juges précise que « *L'État a le devoir d'assurer au juge ou à la juge les moyens nécessaires au bon accomplissement de leur mission et notamment au traitement des affaires dans un délai raisonnable* »⁴⁶. Plus est encore, au niveau national, le Conseil d'État français admet la réparation d'un préjudice moral pouvant résulter du délai non raisonnable⁴⁷ et que la durée excessive de la procédure fait présumer l'existence d'un préjudice⁴⁸.

Les juridictions communautaires de la CEMAC et de l'UEMOA doivent normalement respecter le délai raisonnable, même si cette exigence n'existe nulle part dans les textes. Aucune sanction au non-respect de ceux-ci n'a été consacrée tant par la loi que par la jurisprudence communautaire.

Quand même, le recours en carence au niveau de la CEMAC pourrait permettre de sanctionner le non-respect par la cour de justice de l'obligation du respect des délais raisonnables. Seulement, comme en Allemagne, le recours doit être formé devant la même

⁴² Projet de loi du 22 août 2005 (Entwurf eines Gesetzes über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Rechts auf ein zugiges gerichtliches Verfahren, untatigkeitsbeschwerdengesetz).

⁴³ Louis Favoureu, *Du déni de justice en droit français*, Thèse de doctorat, LGDJ, 1964, p. 534.

⁴⁴ Voir article 39 de la CEDH

⁴⁵ Voir CJUE, 26 novembre 2013, Grande Chambre, Gascogne Sac Deutschland c/ Commission, affaire C-40/12P, C-58/12P ; Étude Laurent Coutron, « La réorientation du contentieux du délai raisonnable du jugement dans la jurisprudence de la CJUE », RD Public, 2014/6, p. 1667 et observations RTDEurop. 2014/4, 901, citées par Serge Guinchard (Dir.), *Droit processuel, Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, 7e éd., 2013, p. 1083.

⁴⁶ Article 1-6 de la Charte européenne sur le statut des juges.

⁴⁷ Voir CE 19 juin 2006, n. 286459, Procédures, 2006, n. 193, observations DEYGAS S., 22 juin 2007, n. 071359.

⁴⁸ CE 19 octobre 2007, M. Blin, n. 296529, AJDA 2008, 554, note N. Albert.

juridiction ayant jugée l'affaire initiale⁴⁹. Si au niveau de l'Allemagne, le risque semble effacé du fait qu'aux cas où la juridiction en question jugeait le recours fondé, elle « *devait remédier à la situation dans un délai de cinq (05) mois*⁵⁰, faute de quoi le recours serait porté devant la juridiction supérieure ». Devant la cour de justice de la CEMAC, le juge peut récidiver. En effet, il peut encore violer cette exigence du respect des délais raisonnables dans l'étude de sa propre sanction relevant du recours en carence. Il ne risque en aucun cas d'être poursuivi devant une autre juridiction, car le recours en carence est de son unique domaine de compétence.

En plus, on conçoit très mal le fait pour le juge communautaire de la CEMAC de se sanctionner lui-même. Cela relève en fait de l'utopie. Valait donc mieux abandonner un tel recours comme la fait le législateur de l'UEMOA, qui a de très loin remarqué son inutilité. Pour preuve, depuis l'avènement de la Cour de justice de la CEMAC, aucune demande en justice portant sur ce type de recours n'a été introduite devant le juge, pourtant, de tels litiges ne peuvent manquer. Les justiciables sont juste réalistes, et ne voient en rien le juge communautaire africain en train de se sanctionner lui-même. Cette situation emporte de lourdes conséquences.

Il convient aussi de noter que la responsabilité des juges communautaires, même si elle était consacrée, ne devait pas empêcher que soit recherchée la responsabilité de la communauté elle-même du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice communautaire. C'est une solution déjà prise en compte en droit français⁵¹. Sous la pression du droit pour le justiciable d'obtenir un jugement dans un délai raisonnable, les délais anormaux de jugement sont constitutifs notamment d'un fonctionnement défectueux du service public de la justice. C'est susceptible d'engager la responsabilité de l'État. Pour la cour européenne des droits de l'homme, l'action en responsabilité de l'État dans ce sens est une voie de recours effective devant être épuisée devant la cour.

Au niveau des communautés CEMAC et UEMOA, les juges ne sont pas les seuls à ne pas être inquiétés par des sanctions en cas de non-respect de l'exigence liée au délai raisonnable. En effet, même les justiciables sont eux aussi cajolés en matière procédurale.

⁴⁹ Voir sous-section 198, alinéa 2 GVG de la loi sur l'organisation juridictionnelle (Gerichtsverfassungsgesetz) telle que modifiée par le projet de loi.

⁵⁰ Sous-section 198 alinéa 3 GCG dans le projet de loi

⁵¹ Jacques Héron, Thierry Le Bars, Karim Salhi, *Droit judiciaire privée*, LGDJ Col. *Précis Domat*, 7^e édition, 2019p. 82.

2- Les limites aux sanctions sur les parties

Lors du déroulement du procès, le juge a l'habitude de prescrire certains délais devant encadrer le cours du procès. Cependant, généralement, les justiciables ne sont pas pressés, surtout celui qui est en tort. Il craint de voir la décision du juge tomber rapidement, et de se voir condamner. Ceci dit, il a l'habitude d'agir hors délais. Le dépôt des mémoires est conditionné par le respect de certains délais. Tandis que le requérant s'empresse, généralement le défendeur peut prendre son temps. Dans ce cas, le jugement peut être rendu par défaut.

Cependant, rares sont les jugements rendus de la sorte au sein des communautés étudiées. En plus, lorsque le jugement est rendu par défaut pour sanctionner l'inactivité de l'une des parties, cette dernière a encore la possibilité d'intenter un recours en opposition, et les délais de ce dernier recours recommencent à courir. Il s'agit pourtant de l'unique sanction implicitement consacrée par la loi. Cette quasi-absence de sanction participe au non-respect du principe d'égalité en justice.

Conclusion

L'utilité des sanctions n'est plus à démontrer en droit. La sanction est en quelque sorte le support de la règle de droit. Les législateurs de la CEMAC ont beaucoup négligé cet aspect. En cas de violation des délais de procédure, quasiment aucune sanction n'a été prévue dans les textes. Le juge communautaire africain, faisant valoir sa qualité de jurislature communautaire, et étant aussi obligé de juger même en l'absence de la loi, a créé des sanctions. Cependant, ce même juge ne respecte pas souvent le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. En l'absence de sanctions, les justiciables victimes de lenteurs judiciaires n'ont rien d'autre à faire que de patienter, sans pour autant espérer à des indemnités.

L'atermoiement des délais de recours gracieux préalable en raison de la distance

The extension of deadlines for non-contentious recourse due to the distance

Par :

Page | 286

SEÏNI ABBA

Doctorant en droit public à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
de l'Université de Douala -Cameroun

Résumé :

Comme d'autres raisons de prolonger les délais de recours gracieux préalable, la distance s'est avérée aussi particulièrement intéressante en tant qu'atténuation de l'application stricte desdits délais. Cette dérogation résulte notamment des transformations intervenues grâce aux nombreux défis perfectionnistes des modalités de saisine de la justice administrative. Par son influence, la distance a pu donc exclure les déboires de certaines parties au procès administratif pour avoir ignoré les délais de recours administratif. En clair, le report des délais de recours précontentieux en raison de l'éloignement a souvent conduit à l'approbation des demandes qui ne respectaient pas les délais impartis.

Mots clés : Atermoiement, délais, recours gracieux préalable, distance.

Abstract:

Like other reasons for extending pre-litigation recourse time limits, distance has been also proven to be interesting as mitigation of the strict application of these delays. This derogation especially results from the transformations that have taken place to improve the administrative justice access conditions. Through its impact, distance has therefore excluded setbacks of some parties to the administrative trial for having ignored the deadlines of administrative recourse. Clearly, the postponement of the administrative appeal times due to distance has often led to approval of applications that did not meet deadlines.

Keywords: Extension, deadlines, non-contentious recourse, distance.



Introduction

Ajournant les délais normalement impartis, la distance s'entend comme un intervalle lié au temps ou à une aire géographique donnée. Sur la base de cette définition, l'on peut définir l'attribution des délais de recours gracieux préalable sous l'effet de la distance comme le fait de différer pour cause d'éloignement du requérant par rapport à l'autorité destinataire. La possibilité de formuler un recours précontentieux en dehors de toute forclusion sera ainsi née pour figurer au tableau des techniques de majoration ou d'ajournement des délais aux côtés de l'extension du délai de recours contentieux. Une telle décomplexion de la procédure administrative contentieuse dans son aspect temporel n'est pas sans importance, étant donné que la date limite de recevabilité du recours gracieux préalable est un objet très fertile de rejet des demandes. Le doute qui plane tout autour et qui représenterait un flou dû à l'existence d'un triple régime au lieu d'un régime unique, s'apparentant à une obstruction de l'accès au juge, a été souligné par le Professeur ABANE ENGOLO Patrick-Edgard¹. Le Professeur Gérard CONAC, ne s'est-il pas aussi interrogé si la justice moderne peut être comprise et acceptée au cas où les juridictions administratives invoqueraient systématiquement contre des plaideurs le dépassement des délais de recours gracieux préalable²? L'on se demande quelles seraient alors les modalités de procrastination de ces délais ? Déjà, il faut se rendre compte de ce que majoritairement, ces modalités résultent des situations particulières, ajoutées par le juge administratif³. À ce titre, certaines d'entre elles n'ont pas de support normatif très conséquent. L'explication la plus plausible de leur prise en compte est que leur respect peut empêcher d'exercer valablement le recours gracieux en temps opportun. Autrement dit, une réclamation auprès de l'Administration fautive ne satisfaisant pas les délais normaux⁴ peut exiger un traitement dérogatoire.

Rappelons-le, pour que la magie opère, il a fallu que les autorités responsables interprètent hardiment les délais de recours gracieux préalable. Un tel privilège serait en fait une volonté⁵ en vertu de laquelle l'Administration parvient à étendre le temps de dépôt des requêtes. Loin de prétendre épuiser toutes les possibilités de résolution de la question relative à la distance, ce qui serait d'ailleurs prétentieux et péremptoire de le dire, il est donc question de

¹Traité de contentieux administratif au Cameroun, Paris, L'harmattan, 2019, p. 186.

²CONAC (G.), « Le juge et la construction de l'État de droit en Afrique » In Mélange Braibant, Paris, Dalloz, 1997, pp. 116-117.

³KAMTO (M.), *Droit administratif processuel du Cameroun* : que faire en cas de litige avec l'administration, Yaoundé, PUC, 1990, p. 47.

⁴Voir Art. 17 et 18 de la loi n°2006/022 ; Voir également, ALAI BELOBO Nestor, Arrêt n°137/CFJ/CA du 26 janvier 1972 ; ELAND MFONTM Philippe c/État du Cameroun, Jugement n°8/82-83 CS/CA du 13 janvier 1983.

⁵Cf., TROPER (M.), *Le Droit et la nécessité*, P.U.F, 2011, p. 155.

considérer un maximum d'éléments matériels. Ainsi, grâce à un dosage d'arguments sur l'utilité de la distance comme cause de prorogation des délais de recours gracieux préalable (I), l'on espère rendre compte également des soubassements dudit critère (II).

I- L'UTILITÉ DE LA DISTANCE, CAUSE DE PROCRASTINATION DES DÉLAIS DE RECOURS GRACIEUX PRÉALABLE

Page | 289

La précision de l'utilité du critère d'excentricité ou la distance en matière de recours administratif revient avant tout à délimiter le cadre spatial au sein duquel ledit critère se manifeste. Dès lors, il faut savoir que la distance a pu venir sans discrimination aucune en rescousse aux justiciables demeurant sur le territoire camerounais (A) et à ceux qui sont basés à l'étranger (B).

A- Rescousse de la distance aux personnes demeurant au Cameroun

Au plan national, deux motifs principaux justifient la prorogation due à l'excentricité : la date à laquelle le Journal Officiel arrive dans une zone reculée (1) et l'éloignement du Ministre compétent (2).

1- L'ajournement par l'arrivée du Journal Officiel dans des circonscriptions administratives excentrées

La compréhension de l'idée d'ajournement dû à l'arrivée du Journal Officiel dans les circonscriptions administratives éloignées ou excentrées dépend inexorablement de deux points : la détermination du principe formulé (a) et la détermination des tenants et des aboutissants du procédé de publication d'un acte administratif au Journal Officiel (b).

a- Détails de l'ajournement par l'arrivée du Journal Officiel dans des unités administratives excentrées

La thèse du rallongement des délais du recours gracieux préalable par l'arrivée du Journal Officiel⁶ s'appuie sur l'article 3 de l'Ordonnance n° 72/11⁷. Cette prorogation touche spécialement les circonscriptions retirées du centre supérieur de prise des décisions administratives, soit la ville de Yaoundé. En vue de cela, il est expressément prévu que les lois, les décrets et les actes réglementaires publiés au Journal Officiel soient exécutoires à Yaoundé le jour même de leur publication. Ce distinguo entre l'application immédiate des actes qui sont

⁶Le journal officiel est une publication de l'État destinée à assurer une diffusion officielle des normes juridiques qu'il édicte, à savoir lois, règlements, décrets et Arrêtés, des débats des assemblées parlementaires, etc. Quant au contenu du journal officiel au Cameroun, ne pose pas de problème, car il est assez limpide du fait qu'il est publié in extenso, c'est-à-dire en entier. D'un autre point de vue, sa validité doit être constatée par un mode d'information de l'intéressé bien connu : sa publication.

⁷Ordonnance n°72/11 du 26 août 1972 portant publication des lois, ordonnances, décrets, actes réglementaires.

publiés dans cette ville, Capitale politique, de leur exécution différée dans les unités déconcentrées est d'une durée de deux (02) jours. Seulement, c'est au lendemain du jour où le Journal Officiel au chef-lieu de la circonscription reculée, sur constat du responsable de celle-ci, qu'ils deviennent exécutoires. L'intérêt de ce recul du caractère coercitif⁸ des délais précontentieux est qu'il rend compte que la tardiveté n'est pas forcément un couperet. N'étant pas constamment sujet à la désapprobation, par voie de conséquence, cela s'avère crucial vu que l'extension en question est une sorte de garde-fou contre la forclusion.

Ainsi, cette solution rationnelle démontre la volonté du législateur à faire montre de tolérance envers les personnes basées au niveau des unités administratives éloignées. Car dans ces contrées la déchéance est capable d'intervenir avant même que ces dernières ne prennent contact des actes contestables pris à leur encontre du fait de l'enclavement, seule l'arrivée du Journal Officiel rend donc une décision litigieuse exécutoire. De ce fait, l'arrivée du Journal Officiel traduirait la période qui est prise en compte pour la computation des délais de recours gracieux. Autrement dit, un délai de route jusqu'à ce que la venue du périodique provoque l'entrée en vigueur des actes concernés⁹. La jurisprudence administrative française prend même cette hypothèse comme un outil de référence qu'elle tend à ériger en un principe, plutôt qu'une simple exception. En effet, elle pose l'éventualité selon laquelle les recourants éloignés peuvent bénéficier d'un report dès que la distance est nature à leur porter préjudice, et ceci, à dessein de permettre aux requérants de poursuivre leurs intérêts¹⁰ ou de préserver un droit. L'une des retombées est la prise en contact de la réalité¹¹ de l'activité administrative par les administrés. Clairement, il s'agit de la faculté de tâter la portée de l'action publique grâce à la publicité de ses actes au Journal Officiel.

Dès lors, l'on se demande quels sont les tenants et aboutissants du processus de publication au Journal Officiel ? Évidemment, la réponse à cet ultime point réside dans les détails ci-après.

b- Détails de la publication au Journal Officiel, élément central de l'ajournement pour les unités administratives excentrées

⁸Voir., BIPELE KEMFOUEDIO (J.) et FANDJIP (O.), « Le nouveau procès au Cameroun en : réflexion sur le recours gracieux en matière d'urgence », *R.I.D.P.*, vol. 4, n° 64, 2012, p. 973 et s.

⁹CABRILLAC (R.) & al., *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, Lités, 1^{re} éd., 2002, p. 163.

¹⁰SABIRIL (K.), *La notion d'intérêt en droit administratif français*, Université de Bretagne occidentale-Brest, 2012, p. 3.

¹¹BENILLOUCHE (M.) & al., *Leçons d'introduction au droit*, Paris, Ellipse Éd., 2^e éd., 2016, p. 297.

S'il est clair qu'un pétitionnaire peut se prévaloir de l'absence de publicité, moyen d'information pour justifier un dilatoire dû à l'excentricité ; il est donc nécessaire d'identifier les tenants et aboutissants de la publication au Journal Officiel sans oublier quelques achoppements qui y sont greffés.

À titre préliminaire, il faut comprendre que la décision exécutoire connue sous le nom expressif d'acte administratif unilatéral est classée en fonction de son auteur ou selon sa forme, pouvant être un décret, un Arrêté¹², etc. En tant qu'acte juridique, la décision exécutoire est destinée à produire des effets de droit ; d'où l'impératif de la notifier par voie d'une publicité régulière ou la publication au Journal Officielle. Toutefois, le Président de la République peut, quand les circonstances l'exigent, décider que la loi ou l'acte réglementaire soit publié selon la procédure d'urgence. Dans ce cas précis, les nouvelles dispositions sont portées à la connaissance de la population par tout moyen, en particulier par radio, la presse¹³, et sont exécutoires immédiatement. Cela dit, il n'en demeure pas moins que ces dispositions seront publiées ensuite régulièrement au Journal Officiel¹⁴.

La publicité peut-elle être régulière si les destinataires n'en sont pas informés ? Cette épineuse question¹⁵ se justifie parfaitement par la maxime latine « *nemo censetur ignorare legem* », signifiant « nul n'est censé ignorer la loi ». Selon le Professeur Jean-Claude GÉMAR, il s'agit de « rendre un acte opposable »¹⁶ et plus particulièrement à ses destinataires. En cela, la publication au Journal Officiel s'apparente de plus en plus à une règle d'objectivation de la puissance publique sans toutefois que le consentement des administrés soit en jeu ; d'où l'enjeu réel est la soumission de tous les citoyens, qu'importe qu'ils aient pris connaissance ou non d'un acte une fois qu'il est publié. Plus, par précaution, pour éviter toute confusion, cela s'effectue dans les deux langues officielles, à savoir le Français et l'Anglais¹⁷.

Dans des conditions et en des termes presque identiques, le procédé de publicité au Journal Officiel est consacré en France aussi. Le contenu de l'article L. 221-9 du Code de relations entre le public et l'Administration indique sans contraste, que sont publiés dans ce document officiel, les lois, les Ordonnances accompagnées d'un rapport de présentation, les

¹²WALINE (J.), *Droit administratif*, 27^e éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 445.

¹³Art. 5.

¹⁴Art. 4.

¹⁵Voir., GOUGEON (P.), « Nul n'est censé ignorer la loi. La publication du Journal Officiel : genèse d'un mode d'universalisation de la puissance publique », *Politix*, vol. 8, n° 32, quatrième trimestre 1995, le pouvoir des légistes, pp. 66-88.

¹⁶« Aux sources de la jurilinguistique : texte juridique, langues et cultures », *R.F.L.A.*, vol. XVI, n° 1, 2011, p. 9.

¹⁷Art. 2 de l'Ordonnance n° 72/11.

décrets, etc. De plus, aux termes de l'article L. 221-2 du même Code, il en a résulté que l'entrée en vigueur d'un acte réglementaire ou même d'une loi est subordonnée à l'accomplissement de formalités adéquates de publicité ou d'affichage.

Cependant, la rigueur rattachée au Journal Officiel est discutable, car il est très difficile qu'il puisse être consulté automatiquement par tous à moins qu'il ne s'agisse d'une notification à personne. L'opinion du Professeur Alexandre CIAUDO à ce sujet rend compte que : « *L'écart est généralement si grand avec la grande majorité du public destinataire ou visé, au point de rendre un acte publié dans ce document comme n'ayant jamais existé* »¹⁸ jusqu'à sa prise de connaissance. Les vecteurs problématiques conduisant à cette situation sont multiples : le manque d'une bonne technique de diffusion, l'ignorance, le désintéressement et le faible taux de scolarisation de certaines personnes. Le Journal Officiel reste ainsi l'inconnu d'une bonne partie de la population, excepté les personnes éclairées. Cela étant dit, aujourd'hui, il y a manifestement une tendance positive qui prend corps par l'intermédiaire de l'outil numérique qui s'est avéré être un canal efficace et efficient de sa vulgarisation via les réseaux sociaux. À mesure que le taux d'alphabétisation augmente, la prise de connaissance du Journal Officiel en va de même. Sinon, comment concevoir qu'une personne ne sachant pas lire soit en mesure de comprendre son contenu ? Quoi qu'il en soit, la publication d'un acte dans ce journal conserve sa force, qu'importe la nature juridique de son contenu.

Au-delà de tout ce qui précède, la distance entre le Ministre habilité à recevoir le recours gracieux et un plaignant influe aussi sur les délais dudit recours.

2- L'ajournement en raison d'éloignement du Ministre compétent

En amont, il faut souligner que le débat sur le rallongement des délais de recours gracieux préalable pour cause d'éloignement du Ministre statutairement habilité n'est pas nouveau. C'est dans ce contexte qu'il s'agira ici de rediscuter cette question tout en rajoutant quelques explications nécessaires pour identifier ce dernier qui à maints égards posait d'énormes difficultés aux demandeurs. En fait, l'alternative ou l'option de l'éloignement du Ministre compétent est associée, à la traditionnelle solution du recours qui ne relevait pas des autorités à proximité immédiate : le Maire pour la Commune dans le cadre des collectivités territoriales décentralisées ou le Recteur pour l'Université en ce qui concerne les établissements publics. Sur la base de cette condition, une personne victime résidant à Bogota dans la Région de l'Extrême-Nord, Département du Diamaré, peut profiter d'une prorogation. La personne pourra

¹⁸« Ta maîtrise du temps en droit processuel », *Jurisdoctrina*, n° 3, 2009, pp. 21-42.

à cet effet rallier Yaoundé en toute quiétude pour introduire le recours gracieux au vu de l'écart considérable qui la sépare du Ministre compétent. Seulement, la personne doit justifier si, effectivement, elle réside dans la localité en question.

Concernant le problème d'identification du Ministre compétent, il faut noter que cette question est sujette à la confusion du fait que nombreux s'orientent vers ceux incompetents. La tentative des travaux de recherche dont la vocation est de clarifier cette question s'est toujours fait ressentir¹⁹. Sujet ardu, c'est donc le lieu ici d'apporter une brève précision y relative. À ce titre, il convient de constater qu'au plan pratique, cet imbroglio a été enregistré dans le cas ESSOMBA NTONGA Gabriel²⁰ par exemple. Candidat malheureux à un concours d'inspecteur de la jeunesse et des sports, en l'espèce, il a introduit un recours aux fins d'annulation des épreuves du concours auquel il avait pris part. Mais le juge solde la requête par une réponse négative au motif qu'il aurait dû introduire son recours gracieux en réalité auprès du Ministre de la Fonction Publique. De cette confusion, il est d'intérêt de relever que le statut dit de Ministre compétent est de nature institutionnelle et non personnelle ; d'où la probabilité que la racine du problème y puise ses sources, surtout dans un environnement comme le nôtre où les mentalités sont beaucoup enclines à confondre celui-ci à sa fonction. Cela est très évident dans l'idée qui a animé le juge dans l'affaire TAMBOUTOU Abdoulaye c/État du Cameroun où il avait formulé dans sa conclusion le rapport ci-après :

« Attendu, soutient-il, en l'espèce, que le recourant a produit au dossier une requête adressée "à son excellence Paul Biya, Président de la République ; Que ladite requête est adressée non au Ministre compétent ou à l'autorité habilitée à représenter une collectivité publique ou un établissement public, mais à une personne physique dénommée, ne peut être considéré comme un recours gracieux »²¹.

D'autre part, l'affaire FOUDA Hubert²² laisse flairer une virtuosité par la correction apportée qui est louable. Dans les faits, il avait saisi maladroitement le Ministre de l'Administration Territoriale pour une affaire d'indemnité relative à la perte d'un terrain titré. Ayant constaté qu'il a fait fausse route, le Ministre qu'il aura saisi a immédiatement transmis la décision à son homologue de l'Équipement, de l'Habitat et des Domaines, qui en était le véritable destinataire.

¹⁹ABA'A OYONO J-C, *La compétence de la juridiction administrative en droit camerounais*, Thèse de Doctorat en Droit Public Interne (N-R), Université de Yaoundé-Soa, F.S.J.P, 1994, p. 106.

²⁰ESSOMBA NTONGA Gabriel, Jugement n° 24/CS/CA du 13 juillet 1978.

²¹TAMBOUTOU Abdoulaye c/État du Cameroun, Jugement n° 142/CSCA/05-06 du 27 septembre 2006.

²²FOUDA Hubert c/État du Cameroun, Arrêt n° 1/A du 6 décembre 1979.

De ce faisceau d'indices légaux, jurisprudentiels, et même doctrinaux retenus pour résoudre l'amalgame sur le statut fonctionnel du Ministre compétent par rapport à la réception des demandes qui émanent de la gestion de ce dernier, l'on constate qu'une avancée décisive a été opérée. Ceci constituerait dans une certaine mesure la réponse aux attentes des justiciables auparavant facilement déroutés. Comme solution légale, on peut citer la loi de 2006/022, qui apporte un nouveau souffle à travers son article 17 alinéa 1. Désormais, l'initiateur d'un acte contestable peut s'identifier sans contraste, et partant, l'autorité statutairement habilitée à représenter l'organisme en cause grâce à cet alinéa. Cette disposition laisse ainsi percevoir une subtile intention visant à aider le plaignant, à mieux identifier l'organe compétent, du moins pour ceux qui y prêtent un regard attentif. Il appartient de ce fait à ces derniers de se munir de la décision à la suite de la formalité de publicité pour connaître la qualité, et non la personne de son auteur, à travers sa signature²³.

L'effet de la distance ne doit cependant pas être considéré uniquement dans le contexte national tel qu'il est développé sous cette rubrique d'analyse. En fait, la distance vient aussi en rescousse aux personnes demeurant dans d'autres parties du monde.

B- Rescousse de la distance aux personnes demeurant hors du Cameroun

Peu importe le mobile d'un simple déplacement à l'étranger, il n'établit pas la qualité de résident du pays d'accueil. De même, l'avantage de la distance suppose avant tout que la personne a élu domicile dans le pays hôte, c'est dire qu'elle y vit de façon permanente plutôt que temporairement. Le but étant d'alléger l'isolement, ce n'est qu'en obéissant à cette logique que la distance volera au secours des personnes qui se trouvent hors du Cameroun, suivant un intervalle de temps bien déterminé (1). Du reste, l'aval du critère de distance par la justice administrative camerounaise a été le cas OUMAROU Paul²⁴ (2) qui reste légendaire.

1- Précisions relatives à la prorogation profitable aux résidents à l'étranger

Les expatriés bénéficient d'une extension systématique de délais²⁵ en raison de leur éloignement par rapport au lieu d'émission d'un acte querellé. Variant selon deux possibilités, l'applicabilité de cette option de rallongement du temps de recours gracieux valorise alors tant les personnes basées en Afrique que les personnes vivant hors d'Afrique. Toutefois, il existe

²³MBALLA OWONA (R.), *La notion d'acte administratif unilatéral*, Thèse de Doctorat Ph. D en Droit Public, Université de Yaoundé II-Soa, 2010, p. 579.

²⁴OUMAROU Paul c/État du Cameroun, Jugement n°46/CS/CA du 30 avril 1981 ; MBOUMOUA ETEKI, CE, 18 février 1970, p. 123.

²⁵KEUTCHA TCHAPNGA (C.), *Précis de contentieux administratif au Cameroun*, Paris, L'Harmattan, 2013, p. 158.

des fines différences entre les délais accordés à ces deux catégories de personnes : les personnes vivant en Afrique bénéficieront d'un (01) mois, de sorte que si le délai est normalement projeté au 12 juin, leur requête reste recevable sans forclusion jusqu'au 12 juillet, bien que le délai initial soit échu ; tandis que ceux qui habitent hors d'Afrique bénéficieront d'une prorogation de deux (02) mois de sorte que si la date limite est le 14 août la recevabilité sera prolongée jusqu'au 14 octobre.

Dans la phase de l'instruction et de l'opposition lors d'un pourvoi en Cassation, on note aussi cette forme de prorogation. Conformément à l'article 98 alinéa 2 de la loi de 2006/016, le même délai de soixante (60) jours, s'applique pour ceux qui habitent hors du territoire camerounais. Et s'agissant du recours en opposition, l'attribution de son délai dépend de l'article 110 de la loi de 2006/022 précitée. Cette disposition pose le principe selon lequel au recours s'exerçant légalement dans un délai de quinze (15) jours, s'ajoute le délai de distance qui s'applique à la fois aux défendeurs et aux codéfendeurs. Mais ceci n'est pas une innovation instaurée par la loi de 2006. Il s'agit en fait de la réintroduction des dispositions de l'article 12 alinéa 2 de la loi n° 75/17 du 28 décembre 1975 relative à l'organisation de la procédure devant la Cour Suprême statuant en matières administratives.

Le droit comparé, en particulier les cas dressés par le droit congolais et le droit français, attestent aussi l'éventualité de procrastination des délais au profit des personnes vivant à l'étranger. Par exemple, au Congo Démocratique, toute personne ayant l'initiative de contester un acte administratif se verra accorder une prorogation de deux jours en raison de 100 km en plus du délai légal de trois (03) mois²⁶. À condition que le dépôt de la demande s'opère au Greffe de la juridiction à saisir, la distance à considérer est celle qui sépare la résidence du justiciable du lieu de l'attaque de la décision litigieuse. C'est pourquoi, cela ne s'applique pas pour les demandes déposées dans un autre lieu prévu en raison de la facilitation apportée par certaines lois spécialisées.

Pour ce qui est de la législation française, les demandes des personnes demeurant hors de la France continentale et de la Corse pouvaient obtenir deux mois d'ajouts comme délais de distance. Cet assouplissement a été énoncé par l'article 1 du décret français n° 65/29 du 11 janvier 1965 relatif aux délais de recours contentieux reprenant les dispositions ajoutées à la loi n° 56/557 du 7 juin 1956. À noter, c'est du décret du 10 avril 1959 modifiant la procédure à suivre devant les tribunaux administratifs, qu'est né cet ajout. Le Code de Justice

²⁶BOTAKILE (B.), *Précis du contentieux administratif congolais*, 1^{re} éd., Academia-L'harmattan, Tome 2, 2018, p. 96.

Administrative entré en vigueur le 1^{er} janvier 2001²⁷ réitère la même alternative par renvoi au Code de Procédure Civile. En bémol, l'article 73 applicable au Conseil d'État en vertu de l'article 50 de l'Ordonnance du 31 juillet 1945 tient également compte du délai de distance. Le principe énoncé varie entre un (01) ou deux (02) mois pour une personne demeurant hors de la France métropolitaine. Pour plus de clarté, il faut noter que ces délais sont accordés aux résidents d'Outre-mer pour leur permettre de saisir le tribunal administratif conformément aux articles R. 421-6 et 7 du Code de Justice Administrative. L'Outre-mer comprend, entre autres, la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, la Réunion, Mayotte, Saint-Martin, etc.

En clair, la prise en compte de ces contrées prône une certaine péréquation pour que les habitants ne se sentent pas marginalisés du fait qu'ils sont en majorité des personnes de couleur. Outre cela, la législation française prévoit en appel à l'article R. 811-5 que les délais supplémentaires garantis par l'article R. 421-7 s'ajoutent aux délais normalement impartis. Le rapport à faire est que ces faveurs constituent dans une certaine mesure une solution qui permet, d'apporter une pierre de plus dans la construction de l'édifice quasi interminable de préservation du droit de la défense. Compte tenu des obstacles généralement indépendants de la volonté des intéressés, ces faveurs sont, plus précisément, à dessein de garantir et d'assurer les fondamentaux du droit²⁸ au procès ou du moins, le revendiquer. C'est pourquoi, en pratique, le juge administratif camerounais en a profité pour appliquer la distance au regard de l'éloignement du sieur OUMAROU Paul.

2- Cas pratique de prorogation profitable aux résidents à l'étranger : affaire Oumarou Paul

La prorogation du fait de la distance n'est pas qu'un simple vœu législatif, mais bien au-delà, car elle a fait sa preuve au plan pratique comme le témoigne l'affaire OUMAROU Paul. Dans cette affaire, le recours gracieux a été adressé en date du 03 mars 1976, tandis que l'acte querellé était pris en date du 11 novembre 1975. Cela dit, si ce dernier a eu convenablement à respecter le délai légal de deux (02) mois sans prorogation, il aurait dû plutôt introduire son recours en date du 11 janvier 1976. Dans cette mouvance, il se révèle que le justicier est intervenu en application de l'article 1033 du Code de Procédure Civile autorisant une telle résolution. Il était dès lors convenable qu'il puisse permettre d'intenter le recours tardivement compte tenu de la position géographiquement distante du requérant. Par cette décision, le juge

²⁷ODENT (B.) et TRUCHET (D.), *La justice administrative*, Paris, P.U.F, Collec. Que sais-je ?, 2^e éd., 2008, p. 3.

²⁸VALETTE (J-P.), *Droit des services publics*, Paris, 3^e éd., Éd. Ellipse, p. 238.

administratif aura été à pied d'œuvre dans l'adaptation et la mise en adéquation des situations particulières avec des solutions de nature procédurale faisant de lui un bon pater familias. Sous cette protection contre la forclusion, le sieur OUMAROU Paul devint donc un usager non ordinaire.

In fine, le droit à l'information est déterminant lorsqu'une décision est émise contre une personne éloignée, qu'importe qu'elle soit à l'intérieur ou à l'extérieur. Toutefois, il reste que seuls les soubassements du critère de distance pourront nous permettre d'avoir le cœur plus net.

II-LA RECHERCHE DES SOUBASSEMENTS DU CRITÈRE DE DISTANCE

Suite au développement précédent, la détermination des soubassements du critère de distance est nécessaire afin de pouvoir mieux étendre la question. Partant de ses origines, la distance semble s'épanouir sur deux facteurs clés qui la justifient : l'un est *a priori* probable (A) et l'autre est *a fortiori* certain (B).

A- La racine *a priori* fondée sur l'omission de signifier l'acte querellé en temps opportun

La non-communication ou l'absence de notification de la décision administrative constitue une irrégularité²⁹ qui reflète principalement la difficulté, engendrant la tardiveté à faire parvenir un acte querellé en temps opportun au destinataire pour l'accusé de réception. C'est à ce titre qu'on peut supposer que l'embasement *a priori* du critère de distance est probablement l'omission de signifier un acte dans les délais impartis (1). Bien qu'avantageux, cela demeure susceptible de se heurter à l'anicroche connue sous l'appellation de la connaissance acquise (2).

1- L'établissement de la connexion entre l'omission de notifier la décision litigieuse en temps opportun et le critère de distance

L'établissement du lien entre le manque de notification de la décision administrative contentieuse et le critère de distance tient à une double contextualisation : une théorique (a) et l'autre suivant la logique jurisprudentielle (b).

a- Contextualisation théorique de l'omission de notifier l'acte litigieux comme source du critère de distance

²⁹FRIER (P-L) et PETIT (J.), *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 12^e éd., 2018-2019, p. 473.

Théoriquement, la connexion entre le critère de distance et la non-notification d'une décision litigieuse s'opère compte tenu de ce que cette défaillance administrative entraîne la validité de l'action en justice. Car en principe, les délais commencent à courir à partir du lendemain du jour où la décision a été notifiée, ce lien peut alors devenir l'un des attributs principaux qui retardent les délais normaux de recours gracieux. Au mieux, il pourrait entraver l'opposabilité des actes pris par l'Administration. Ce fut d'ailleurs confirmé par un arrêt de l'ex-Conseil du Contentieux Administratif indiquant qu'en cas d'impossibilité de toute notification³⁰, un acte ne saurait produire d'effet. La confirmation de la jurisprudence administrative française selon laquelle dans cette condition, l'Administration ne pourra pas se prévaloir de la forclusion³¹ sustente davantage la posture du juge de l'époque coloniale. Il en va de même si la notification est incomplète ou faussée, vu que ces conditions n'entraînent pas nécessairement l'expiration du délai de recours.

Mais lorsque l'Administration connaît nominativement la personne indexée, les données changeront. Il est à sa discrétion dans ce cas d'utiliser la notification à personne en lui envoyant directement un exemplaire de la décision ou à un représentant légal. L'envoi se fait par remise de la décision avec une décharge par un agent de l'Administration à l'intéressé, par lettre recommandée avec accusé de réception, par signification à huissier ou même à domicile³². On peut donc conclure avec l'argument du Professeur Christian GABOLDE, selon lequel « *les actes administratifs prennent la forme d'une décision expresse qui n'a rien de sacramentel* »³³.

Pour complétude, la notification, concept cardinal doit être précisé. En droit administratif, cette expression renvoie à une forme de publicité employée normalement en matière d'actes individuels consistant à informer personnellement la personne concernée. En d'autres termes, la notification est une formalité par laquelle un acte est porté à la connaissance d'un intéressé et qui constitue la dernière phase opératoire lui permettant de produire des effets de droit. Bref, c'est une sorte d'entrée en vigueur d'une décision pour qu'elle soit opposable aux administrés le jour où elle a été portée à leur connaissance. Marquant ainsi l'opposabilité, cette étape demeure nécessaire au contrôle de l'action administrative³⁴. Et sous certaines

³⁰Voir., *MOUNYOL Magloire*, Arrêt n° 374/CCA du 3 septembre 1954.

³¹CE français, du janvier 1954, *Le Porte*, Rec, p.35 ; 9 mai 1975, *Lotissement Chantemerie*, Rec, p. 246 ; 27 février 1929, *DOUCET*, Rec, p. 246 etc.

³²KAMTO (M.), *Droit administratif processuel du Cameroun* : que faire en cas de litige avec l'administration, *op.cit.*, p. 48.

³³*La procédure des tribunaux administratifs*, Paris, Dalloz, 1981, p. 72.

³⁴FANDJIP (O.), « Les obstacles à la publicité des actes administratifs dans les États d'Afrique francophone : l'exemple du Cameroun », *R.J.T.U.M.*, n° 51-2-3, 2018, p. 465 et s.

conditions, la notification en tant que moyen d'information est dématérialisable de manière à ce qu'elle puisse se réaliser sous la forme électronique, par la voie postale, par remise contre émargement ou récépissé. Cependant, la voie postale est utilisée uniquement quand elle est autorisée par un texte, les parties restant alors libres de lui préférer une signification.

Lorsqu'on essaye de se situer sur le terrain de la justice, à travers l'œuvre de la jurisprudence, on remarque que le défaut de notification de la décision administrative semble être un facteur potentiel de prorogation due à la distance.

b- Contextualisation de l'omission de notifier l'acte litigieux comme source du critère de distance suivant la logique jurisprudentielle

L'objectif ici est de procéder à une analyse basée sur des données de jurisprudence afin d'appuyer nos raisonnements selon le critère d'analogie. En fait, les juges administratifs français et camerounais se sont penchés plusieurs fois sur la question d'omission de signifier des actes individuels à personne. Ils ont ainsi joué un rôle important qui a fait de leurs positions un supplément déterminant de la boîte d'approches assimilables à un prolongement des délais par la distance.

Selon le juge administratif français³⁵, la notification doit être faite à l'intéressé directement³⁶. Et à ce titre, tant que l'acte n'est pas reçu par la personne excentrée, le délai de recours ne saurait se déclencher. Il en va de même concernant la notification implicite qui n'est, en aucun cas, suffisante³⁷. Renvoyant au silence susceptible d'être gardé par l'Administration telle que l'absence de toute réponse expressément formulée, elle est passible de proroger les délais du fait de la distance si nécessaire.

Plus évidente au plan interne est l'affaire MAIGARI ALHADJI Hamadjoda. En l'espèce, une requête a été introduite par cet ex-Adjoint d'administration de 2^e grade, 2^e échelon. Celle-ci tendait en premier lieu à l'annulation pour excès de pouvoir d'un Arrêté de révocation du Ministre de la Fonction Publique en date du 30 août 1976 ; en second lieu, pour une reconstitution de carrière interrompue pendant sept (07) années consécutives ; et troisièmement, pour une intégration dans le cadre des Secrétaires des affaires étrangères à compter du 1^{er} novembre 1966. À l'issue du procès, le juge décida :

³⁵CE, 21 juillet 1948, *AUDICQ*, p.339 ; 12 novembre 1948, *CORBONEL*, p. 422 ; 20 janvier 1954, *Le Porte*, p. 35 ; 16 mars 1951, *BRADIER*, p.167 etc.

³⁶CE., 19 juin 1959, *MORITZ*, p. 377.

³⁷CE., 7 février 1951 *LADIET*, p. 76.

« Attendu qu'empoignant le pas au représentant de l'État, le Président Rapporteur a conclu l'irrecevabilité du recours gracieux pour cause de forclusion pour avoir été formé plus de sept années après la notification ;

Attendu que la notification s'opère normalement par la remise du texte même de la décision à son destinataire ou au représentant de ce dernier (...);

Attendu qu'en l'espèce, il n'est pas constaté qu'aux différentes époques où il reçut notification des actes attaqués, le requérant faisait l'objet d'une mesure d'assignation à résidence surveillée et obligatoire, situation qui le mettait dans l'impossibilité absolue d'exercer ses recours ; Le recours du sieur MAIGARI ALHADJI Hamadjoda est recevable en la forme »³⁸.

Cette sentence fait flairer que la décision administrative n'est réputée connue de façon à déclencher le délai de recours contentieux uniquement s'il a fait l'objet d'une mesure officielle d'information par les moyens et voies appropriés. Par assimilation, tant qu'il n'y a pas de preuve justifiant que le destinataire a eu connaissance de l'acte à notifier, le délai de distance peut s'appliquer. Par conséquent, le délai normal ne pourra aucunement être considéré comme déclenché. Dans cette perspective, la justice administrative camerounaise considère que le contenu de la notification doit fournir des informations suffisamment pour que le justiciable soit en mesure de discerner s'il y a lieu ou pas d'introduire un recours. À cette fin, dans l'affaire NDJOCK Jean par exemple, il a été décidé que :

« Considérant que la décision attaquée n'a jamais été notifiée au requérant (...); La notification devant constituer en la remise de la copie in extenso de la pièce à notifier, ou tout au moins d'un écrit contenant tous les éléments nécessaires pour lui permettre de se faire un compte exact de la mesure prise à son égard ainsi que des motifs pour lesquels elle a été prise »³⁹.

Cependant, son homologue français n'est pas du même avis en estimant qu'il n'est pas utile que la décision contienne l'intégralité des motifs, elle doit au mieux permettre aux recourants d'en saisir suffisamment le sens et la portée de l'acte faisant grief⁴⁰.

La précision s'impose de dire à ce niveau que certes, le défaut de notification de la décision administrative est une source de flexibilité, néanmoins la connaissance acquise peut entraver cela dans certains.

³⁸MAIGARI ALHADJI Hamadjoda, Jugement n° 43/ADD du 21 mai 1987.

³⁹NDJOCK Jean c/État du Cameroun, Arrêt n° 636 du 10 août 1957.

⁴⁰CE., 24 juillet 1930, VANOT, p. 779.

2- L'anicroche probable à la source tenant à l'omission à notifier la décision litigieuse en temps opportun : la connaissance acquise

En dépit du profit exposé précédemment, dû notamment à l'absence de notification des actes administratifs en temps opportun, quand la connaissance acquise s'active, elle devient une anicroche particulière qui entrave la prorogation du fait de la distance. Sous son influence, en absence d'une publicité régulière, le délai court s'il s'avère que l'intéressé a pris connaissance de l'acte querellé de quelque manière que ce soit⁴¹. Le premier cas d'application de cette exception et qui reste le plus ancien⁴², est celui où un recours est formé contre la décision d'un organisme collégial par l'un de ses membres. Le concerné ayant été présent à la séance au cours de laquelle la décision a été prise, sa présence a activé *ipso facto* sa prise de connaissance de l'acte en cause, permettant ainsi au chronomètre des délais de se mettre en branle. Plusieurs autres cas ont étendu cette théorie. Parmi ceux-ci, on note le cas où la personne intéressée aurait formé un recours gracieux contre une décision manifestant avoir pris connaissance de celle-ci et le cas où une décision a été signée en présence du justiciable⁴³.

À noter que par le passé, les délais n'étaient pas francs⁴⁴ et le décompte était soit par le dies a quo signifiant le jour de la notification ou publication de l'acte attaqué, soit par le dies a quem signifiant le jour de l'échéance. Après quoi, tout acte procédural ou formalité nécessaire requise ne serait plus en mesure d'être accomplie. Jugé peu efficace pour des raisons d'ordre procédural, ce mode de computation de délais est restructuré par l'introduction du délai franc en 1978. De ce fait, la computation s'opèrera en mois et de quantième à quantième⁴⁵.

Malgré tout, la connaissance acquise souffre elle-même d'une limite à en croire la justice administrative française. En effet, le Conseil d'État avait refusé de l'appliquer dans le cadre de la mise en œuvre du régime quadriennal dans le contentieux de la responsabilité pour illégalité. Au sens de cette Cour, la créance liée à l'exercice de la réparation d'un dommage causé par l'illégalité d'un acte se rapporte au moment où l'acte a été valablement notifié et non au moment même où il a été pris⁴⁶. Cette neutralisation de la connaissance acquise par le

⁴¹Lire dans cette dynamique, MOLINERO (L.), « La théorie de la connaissance acquise en droit administratif français », *Revue juridique de l'Ouest*, 1990-3. p. 300 et s.

⁴²KAMDEM (J-C.), *Contentieux administratif*, cours polycopié de 3^e année de licence, Tome I, Université de Yaoundé, F.D.S.E, 1985-1986, p. 102 ; Voir également, CE, 3 décembre 1949, *Commune de Pontigé*, p. 571 recours contre une délibération d'un Conseil de commune.

⁴³CE 18 février 1927, *Époux AUDOIRE*, p.155 ; CE, 13 avril 1956, *Leontief*, p. 724.

⁴⁴ALAI BELBO Nestor c/État du Cameroun, Jugement n° 144/CFJ du 23 mars 1971.

⁴⁵NGONGANG Richard c/État du Cameroun, Jugement n°19/CS/CA du 27 avril 1978.

⁴⁶CE., 31 janvier 2000, *GONON*, DA 2000, n° 62.

Conseil d'État français serait une réponse plus ou moins plausible à la critique doctrinale⁴⁷, allant dans le sens de son délaissement. Le décret du 28 novembre 1983 n'en dira point le contraire, il consolide le point de vue du Conseil en l'intégrant à l'article R. 421-5 qui incite l'Administration à la transparence dans les voies et délais de recours.

Au total, la non-notification d'un acte ou d'une décision administrative en temps utile semble se résumer en une source crédible de prorogation des délais du recours administratif en raison de la distance. Cependant, celle-ci ne peut constituer à elle seule le facteur de prorogation due à la distance ; d'où la nécessité d'identifier le second facteur basique, soit son origine civiliste.

B- La racine a fortiori fondée sur le droit civil

A fortiori, le remodelage du temps de recours gracieux préalable grâce à la distance reposait initialement sur un principe de droit privé. Les textes sur le contentieux administratif étant muets à ce sujet, le but était donc de combler cette insuffisance législative. La compréhension de l'usage de ce critère civiliste en droit administratif processuel nécessite un diagnostic (1) et une détermination conjointe des difficultés associées (2).

1- De l'encrage en droit civil à la transposition du critère de distance en droit administratif processuel

Comme peut renseigner l'intitulé, le diagnostic du fondement civiliste du critère de distance vise à révéler son ancrage en droit civil, y compris son incorporation dans le sanctuaire du droit judiciaire public. Bien entendu, c'est de déterminer la formulation de base de ce critère en droit privé (a) et sa transposition en contentieux administratif (b).

a- La formulation civiliste du critère de distance

La règle de prorogation des délais par la distance initialement formulée en droit judiciaire privé ressort des articles 14 et 15 du Code de Procédure Civile.

Sur le premier point, en l'occurrence l'esprit de l'article 14, il se dégage les probabilités telles que le délai ordinaire d'assignation de huit (08) jours pour ceux qui sont domiciliés dans le lieu où siège le tribunal de Paix compétent ; et le délai de trente (30) jours pour ceux qui sont domiciliés dans les autres parties du Cameroun.

Hors du territoire national, l'article 15 sera appliqué. L'idée qu'il véhicule est que si celui qui est assigné demeure hors du pays, le délai serait de deux (02) mois pour la France

⁴⁷DEGUERGUE (M.), *Procédure administrative contentieuse*, Paris, Montchrestien, 2003, p. 65.

métropolitaine, l'Europe, l'Afrique, le Madagascar et la Réunion ; il est de trois (03) mois pour celui qui est en Amérique ; et de quatre (04) mois pour la personne qui réside dans tous les autres pays. Exceptionnellement, en cas de guerre, ces délais seront doublés.

De manière analogue, l'article 1033-2 du Code de Procédure Civile français émet l'hypothèse de prorogation d'un (01) mois pour les personnes résidant en Europe et de deux (02) mois pour ceux qui résident dans toutes les parties du monde. Mais depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code de Procédure Civile, cette formulation a été remplacée par l'article 644 de celui-ci.

De ces dispositions, l'on observe un effort de création des conditions favorables pour restaurer l'équilibre ou tout au moins, amoindrir la sévérité excessive d'en courir à la déchéance. La raison est qu'en général, attaquer une décision administrative ne s'effectue que dans l'intervalle d'un délai fixé par la législation et selon les cas. Le délai de soixante (60) jours à partir de la notification d'une décision de rejet en est l'un des exemples textuels les plus frappants. Les jurisprudences⁴⁸ *ELONG TSOUNGUI Antoine c/État du Cameroun*, *AMOUGOU NDI Patrice c/État du Cameroun* et *FOUMAN EKOUMA Jean-Louis c/État du Cameroun* en sont au plan pratique l'entérinement.

À la fin, l'on peut déduire que le droit privé a joué un rôle prépondérant dans la prise en compte de la distance comme cause de prorogation des délais de recours en contentieux administratif. Source extrinsèque au contentieux administratif, son application traduirait alors suffisamment le désir d'accorder plus de chances d'aboutissement des demandes introductives d'instance au fond. Celles-ci auront de cette manière en tant que réclamations une issue favorable et non l'inverse.

b- La transposition du critère de distance en contentieux administratif

L'éloignement, élan salvateur tiré du droit judiciaire privé, s'affirme en contentieux administratif camerounais en se raccordant à certains principes juridiques qui permettent d'asseoir l'égalité devant le juge. Sa raison principale d'être parmi les motifs d'attribution des délais de recours gracieux est que depuis sa mise en application dans ce domaine, il a influencé très positivement l'accès au prétoire en matière administrative contentieuse. C'est là

⁴⁸Affaires *ELONG TSOUNGUI Antoine c/État du Cameroun*, Arrêt n° 16/A/CS/AP du 24 mars 1983 ; *AMOUGOU NDI Patrice c/État du Cameroun*, Jugement n° 35/88-89 du 27 avril 1989 ; *FOUMAN EKOUMA Jean-Louis c/État du Cameroun*, Jugement n°6/88-89 du 25 mai 1989.

qu'il s'apparente donc à un élément qui véhicule les idéaux du procès équitable⁴⁹. Ce circuit est sous-tendu par trois valeurs dans l'ordre juridique camerounais : l'équité, l'impartialité et l'indépendance.

De manière concise, l'impartialité est la vertu qui s'attache à l'état d'esprit guidant le juge par sa neutralité. Indicateur de comportement de ce dernier, elle découle du fait qu'il arrive que certaines circonstances entraînent l'implication des autorités publiques dans le domaine judiciaire, à l'instar de la nomination des magistrats par le Président de la République.

Quant à l'équité, il s'agit d'une modalité qui permet au juge de faire la part des choses entre le juste et l'injuste sous une indépendance dont le bénéficiaire est de garantir l'impartialité du procès administratif.

Enfin, en ce qui concerne l'indépendance, c'est le fait que le juge agisse sans aucune contrainte quelconque pouvant influencer sa prise de décision.

En dépit de tout cela, le critère de distance n'est pas exempt d'obstacles.

2- Les obstacles au critère de distance en tant que cause de prorogation des délais de recours

Tout d'abord, dans la gamme des inconvénients, on note le fait que l'excentricité empêche les victimes à pouvoir suivre leurs affaires de près. Elles sont obligées de ce fait d'élire domicile chez un avocat qui se trouve sur place. En effet, cette orientation relève du droit positif, précisant que la partie qui ne comparait pas en personne se fera représenter par un mandataire ou un avocat⁵⁰.

Si la constitution ou la désignation de l'avocat emporte, de plein droit, l'élection de domicile au cabinet de ce dernier pour les besoins de la procédure, avec du recul, cette solution paraît problématique⁵¹. Le problème est dû au fait que l'avocat ne saurait tout faire en lieu et place du client. Conséquemment, la présence de ce dernier reste requise si besoin est.

En ce qui concerne le second versant des gênes au critère de distance, il ressort que contrairement au passé, cette condition a perdu sa couleur. En fait, cette altération est le résultat

⁴⁹Cf., NGUELE ABADA (M.), « La réception des règles du procès équitable dans le contentieux de droit public », *Juridis périodique*, n° 63, juillet-août-septembre 2005, p. 19-33 ; Voir aussi, GUIMDO DONGMO (B-R.), « Le Droit d'accès à la justice administrative au Cameroun : contribution à l'étude d'un droit fondamental », *R.R.J.*, vol. 33, n° 121, 2008, pp. 453-498.

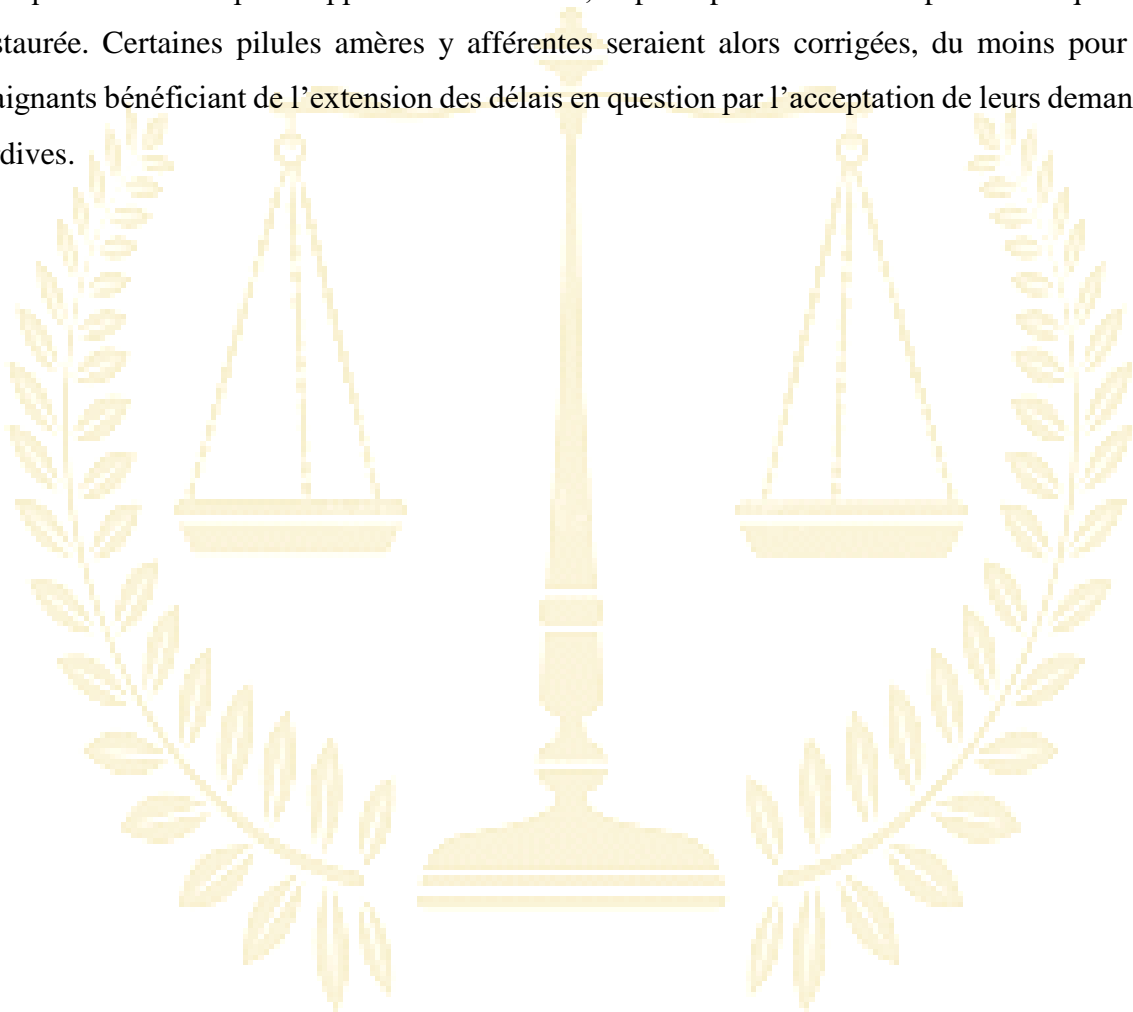
⁵⁰Art. 20-24

⁵¹Voir., MBALLA OWONA (R.), *Les délais de distance en contentieux administratif camerounais*, Mémoire de DEA, Université de Douala, 2004, p. 61 et s.

des aménagements opérés dans le cadre de la déconcentration de la justice administrative camerounaise, grâce à l'instauration du rapprochement entre les citoyens et l'appareil juridictionnel, désormais basé dans chaque Région.

Conclusion

Au terme de cette analyse, l'on peut confirmer qu'au fil du temps, l'assouplissement de l'imposition du respect des délais de recours gracieux par la distance s'est affirmé aux fins d'aider non seulement ceux de l'intérieur, mais également ceux qui sont à l'extérieur. Et quoique cela ne soit pas d'application constante, le point positif est la simplification qui a été instaurée. Certaines pilules amères y afférentes seraient alors corrigées, du moins pour les plaignants bénéficiant de l'extension des délais en question par l'acceptation de leurs demandes tardives.



Regard critique sur les processus de transposition du débat d'orientation budgétaire et ses applications dans quelques Etats membres de l'UEMOA et de la CEMAC

Critical look at the process of transposition of the budget orientation debate and its applications in some member states of WAEMU and EMCCA

Page | 306

Par :

Stelphin MOUSSOUNDA MOUTOUNOU

Docteur en droit public, Chercheur au Laboratoire de Droit et de Science Politique (Université Marien NGOUABI de Brazzaville) et Membre du Réseau d'Etudes sur le Parlement (REPAR)

Résumé :

Les droits financiers publics, tant communautaires qu'internes des Etats d'Afrique de l'Ouest et du Centre sont en pleine mutation, consécutivement à leur refonte amorcée à la fin de la décennie 2000. La consécration puis la transposition du mécanisme communautaire du débat d'orientation budgétaire constituent l'une des innovations qui contribuent à ces réformes.

Toutefois, ni la transposition ni l'opérationnalisation de ce dispositif n'obéit, à quelque dérogation près, aux prescriptions communautaires édictées à cet effet. La présente réflexion se propose de mettre en lumière le processus de transposition du débat d'orientation budgétaire ainsi que la pratique qui en résulte dans les Etats membres de l'UEMOA et de la CEMAC.

Mots-clés : Directive communautaire, transposition, débat d'orientation budgétaire, UEMOA, CEMAC.

Abstract :

Public financial rights, be communitary and internal in West and Central African States are undergoing radical change, following their overhaul that began at the end of the 2000s. The consecration and then the transposition of the community mechanism of budget policy debate is one of the innovations contributing to these various reforms.

Page | 307

However, neither the transposition nor the operationalization of this device obeys, with a few exceptions, the community prescriptions issued for this purpose. This reflection aims to shed light on the process of transposing the budget orientation debate as well as the resulting practice in the member states of WAEMU and EMCCA.

Keywords : Community directives, transposition, budget orientation debate, WAEMU, EMCCA.



Introduction

Dans la nomenclature des actes communautaires, on y trouve une catégorie d'actes normatifs qui « sont de véritables actes directifs dépourvus (...) de toute applicabilité immédiate puisqu'elles mettent à la charge des Etats l'obligation de prendre des actes juridiques de droit interne en vue de les rendre applicables »¹. La directive communautaire est l'acte type rentrant dans la catégorie d'actes dérivés qui sont produits par les instances supranationales et ne peuvent directement être invoqués en droit interne sans y être, au préalable, transposés. Les directives de l'UEMOA et de la CEMAC portant Codes de transparence dans la gestion des finances publiques et celles relatives aux lois de finances adoptées, respectivement, en 2009 et en 2011 ont la particularité, par rapport à leurs devancières², d'avoir, selon les hypothèses, soit introduit le dispositif original et innovant³ connu sous le vocable de débat d'orientation budgétaire, soit de l'avoir corseté en le rendant obligatoire⁴.

Ainsi, aux termes de l'article 57 de la directive n° 06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA : « Le document de programmation budgétaire et économique pluriannuelle visé à l'article 52 de la présente directive, éventuellement accompagné des documents de programmation pluriannuelle des dépenses visées à l'article 53 de la présente directive est adopté en Conseil des Ministres. Ces documents sont publiés et soumis à un débat d'orientation budgétaire au Parlement au plus tard à la fin du deuxième trimestre de l'année ». La directive n° 01/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative aux lois de finances au sein de la CEMAC renferme, en son article 9, un contenu quasi-similaire. Des telles innovations introduites dans les droits financiers publics

¹ IBRIGA (L.M.), *La problématique de la juridictionnalisation des processus d'intégration en Afrique de l'Ouest*, in KANE (S.O.) (dir.), *Les Etats-Nations face à l'intégration régionale en Afrique de l'Ouest : Le cas du Burkina Faso*, Paris, Karthala, 2008, pp. 150-172.

² Notamment la directive n° 05/97/CM/UEMOA relative aux lois de finances. Pour une étude sur cette directive, voir DIOUKHANE (A.), « L'harmonisation du droit budgétaire des Etats membres de l'U.E.M.O.A (la directive n° 05/97 du 16 décembre 1997 relative aux lois de finances) », *Revue EDJA*, n° 60, 2004, pp. 35-51. Dans la même veine, il convient de noter, s'agissant de la CEMAC, que « les premières directives [cinq au total] adoptées en 2008 (...) , n'ont jamais connu un début de mise en œuvre faute d'un programme d'accompagnement conséquent des Etats, mais aussi en raison d'un certain nombre d'insuffisances ou d'incohérences internes », in KONE (B.) et MFOMBOUOT (A.), « L'harmonisation du cadre de gestion des finances publiques dans l'espace CEMAC-repartir sur les bases plus rassurantes ».html, 26 mars 2012, disponible sur le blog-pfm.imf.org, consulté le 1^{er} avril 2022.

³ Cf. Point 2.4 de l'annexe de la directive n° 01/2009/CM/UEMOA du 27 mars 2009 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA.

⁴ A la différence de la directive CEMAC relative aux lois de finances de 2011, qui rend obligatoire la tenue du débat d'orientation budgétaire au Parlement, la défunte directive faisait du débat sur l'évolution de l'économie nationale et sur les orientations des finances publiques une faculté (lire en ce sens l'article 45 de la directive n° 01/08-UEAC-190-CM-17 du 20 juin 2008 relative aux lois de finances au sein de la CEMAC).

communautaires, tant ouest-africain que centrafricain, constituent certes une évolution mais ne peuvent, en aucun cas, être considérées comme une révolution. Au contraire, leurs rédacteurs se sont fortement inspirés du droit public financier français⁵. Ce qui conforte « le lien de connexité qui existe entre [ces droits communautaires] et le droit français »⁶.

Entendu comme une « sorte de consultation du Parlement »⁷ à l'occasion de laquelle le Gouvernement est amené à présenter et à faire discuter, en principe, sans vote du Parlement, les grandes lignes dans lesquelles s'inscrira le budget de l'année suivante⁸, le débat d'orientation budgétaire demeure un cadre de dialogue institutionnel entre les pouvoirs politiques. Ce débat vise « à associer le Parlement à la préparation du budget [en] lui permettant de s'exprimer sur les grandes orientations budgétaires, d'être informé, dès ce stade, du processus d'élaboration de la prochaine [loi des finances], des principaux choix envisagés par le Gouvernement pour la mise en œuvre de ces orientations et d'indiquer le cas échéant, les solutions qui auraient sa préférence »⁹.

Pour certains auteurs, « le débat d'orientation budgétaire n'est pas à proprement parler un exercice de contrôle des finances publiques mais plutôt une occasion de fixer des jalons, de contribuer à la définition de la politique et des orientations en matière financière. En soi, le débat d'orientation budgétaire est une plus-value démocratique »¹⁰. Le droit public financier béninois¹¹ ainsi que le droit parlementaire congolais élèvent ce débat au rang de technique de

⁵ Article 48 de la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances. Voir aussi, PHILIP (L.), « Droit constitutionnel financier et fiscal. La nouvelle loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 49, 2002/1, pp. 199-212 ; CALMETTE (J.-F.), « La loi organique relative aux lois de finances (LOLF) : un texte, un esprit, une pratique », *Revue Française d'Administration Publique*, n° 117, 2006/1, pp. 43-55. En France, le débat d'orientation budgétaire est connu sous l'appellation de débat d'orientation sur les finances publiques en raison de la présentation, par le Gouvernement, au cours de ce débat et à partir de 2006, du rapport sur les orientations des finances sociales. Dans ce sens, DUFOUR (A.-C.), *Les pouvoirs du Parlement sur les financements de la sécurité sociale*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 115-119.

⁶ MEDE (N.), « Réflexions sur l'autorité de la chose jugée au financier en droit positif africain francophone », in ALBERT (J.-L.) (dir.), *Figures lyonnaises des finances publiques. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre LASSALLE, Gabriel MONTAGNIER et Luc SAÏDJ*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 281.

⁷ BOUVIER (M.), ESCLASSAN (M.-C.), LASSALLE (J.-P.), *Finances publiques*, Paris, L.G.D.J., 16^e édition, 2017, p. 381.

⁸ ALBERT (J.-L.), *Finances publiques*, Paris, Dalloz, 10^e édition, 2017, p. 483.

⁹ LASCOMBE (M.), VANDENDRIESSCHE (X.), *Les finances publiques*, Paris, Dalloz, 9^e édition, 2017, p. 140.

¹⁰ MEDE (N.), « L'Afrique francophone saisie par la fièvre de la performance financière », *Revue Française de Finances Publiques*, n° 135, 2016, p. 351 ; ANDZOKA ATSIMOU (S.), « Le renforcement des pouvoirs du Parlement dans la procédure budgétaire en Afrique Centrale : L'espace CEMAC », *Revue Africaine de Finances Publiques*, n° 2, 2017, p. 274.

¹¹ La LOLF béninoise, issue de la loi organique n° 2013-14 du 27 septembre 2013 relative aux lois de finances, présente le débat d'orientation budgétaire comme un moyen de renforcement des pouvoirs de contrôle de l'Assemblée Nationale et d'amélioration de l'information des parlementaires sur l'évolution des finances publiques à moyen terme (article 1^{er}).

contrôle parlementaire¹² de l'action gouvernementale. Dans le droit positif congolais, le débat d'orientation budgétaire reste un procédé de contrôle de droit commun, au même titre que les moyens d'information et de contrôle classiques.

Notre étude s'inscrit dans une perspective de droit comparé et a pour cadre spatio-temporel les Etats d'Afrique de l'Ouest et du Centre, respectivement membres de l'UEMOA et de la CEMAC sur lesquels pèse l'obligation de transposition et de mise en œuvre de ce nouveau dispositif « de direction politique qui implique la coopération entre l'exécutif et le Parlement pour déterminer en commun les choix politiques majeurs du pays »¹³.

La présente étude revêt un double intérêt qui est à la fois théorique et pratique. Théoriquement, cette réflexion est pionnière sur la thématique du débat d'orientation budgétaire notamment en Afrique noire francophone car il n'existe pas d'études spécialisées sur ce dispositif qui constitue, à n'en pas douter, l'une des innovations introduites par les directives communautaires sous examen. Celles déjà publiées¹⁴ n'abordent que de manière générale voire incidente la notion de débat d'orientation budgétaire. Une étude comparée sur le DOB incluant les Etats membres de l'UEMOA et de la CEMAC est en soi inédite. On en recense très peu même sous d'autres cieux où les recherches sur la thématique du débat d'orientation budgétaire ne concernent que les finances publiques locales¹⁵.

Sur le plan pratique, la présente réflexion met en lumière les processus de transposition du débat d'orientation budgétaire ainsi que la variété des pratiques observées dans l'opérationnalisation de ce débat qui est devenu un préalable avant toutes discussions

¹² Les articles 158 et 157, respectivement du règlement intérieur de l'Assemblée Nationale du 02 septembre 2017 et celui du Sénat du 19 septembre 2017 de la République du Congo, classent le débat d'orientation budgétaire parmi les moyens d'information et de contrôle ordinaires.

¹³ DUPRAT (J.-P.), « Finances publiques », in TROPER (M.), CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Suprématie de la Constitution, T. 3*, Paris, Dalloz, 2012, p. 423.

¹⁴ Voir MEDE (N.), « Réflexion sur le cadre harmonisé des finances publiques dans l'espace UEMOA », *Afrilex*, janvier 2012, pp. 9-10 ; FALL (I.M.), *Sénégal, une démocratie ancienne « en mal » de réforme : Rapport sur l'état de la démocratie et de la participation politique*, Johannesburg, une étude d'Afrimap et de L'Open Society Initiative for West Africa, juin 2012, p. 51 ; DZOUA-NGUELET (H.-M.), « La réception de la directive CEMAC dans le droit financier congolais », *Annales de l'Université Marien NGOUABI*, Vol. 14, n° 3, 2013, pp. 39-40 ; TONI (M.E.), *L'autorisation budgétaire dans le droit financier ouest-africain francophone*, Thèse de droit public, Université de Lyon 3, 2015, p. 180.

¹⁵ Dans ce sens, MATTRET (J.-B.), « La pratique relative aux débats d'orientations budgétaires », *Annuaire des Collectivités Locales*, Tome 28, 2008, pp. 87-104 ; DIEU (F.), « Le débat d'orientation budgétaire : quelle importance ? », *La Semaine Juridique-Administrations et Collectivités Territoriales*, n° 4, 27 Janvier 2014, pp. 35-37 ; YTIER (D.), « Considérations juridiques autour des fonctions du débat d'orientation budgétaire dans les collectivités territoriales », <http://hal-amu.archives-ouvertes.fr>, 2018, pp. 1-11.

budgétaires, lesquelles rythment les sessions parlementaires dites budgétaires du dernier trimestre de chaque année.

Dès lors, la problématique qui sous-tend notre réflexion est la suivante : quelle lecture est-il possible de faire des processus de transposition des dispositions communautaires relatives au débat d'orientation budgétaire et des pratiques qui découlent de leur mise en œuvre dans les Etats membres de l'UEMOA et de la CEMAC ? En réponse à la problématique posée, il convient de noter une incorporation à double vitesse du mécanisme communautaire relatif au débat d'orientation budgétaire (I) assortie d'une effectivité variable d'un Etat membre à un autre de ces deux espaces communautaires d'Afrique (II).

I- UNE TRANSPOSITION A DOUBLE VITESSE

A la différence des règlements communautaires qui bénéficient potentiellement d'un plein effet, c'est-à-dire produisent des effets juridiques de « plein droit dans l'ordre interne des Etats sans que cela nécessite aucune formule spéciale d'introduction »¹⁶, les directives en sont dépourvues, ceci afin de mettre en évidence leur but et de « contrecarrer la mauvaise volonté que les Etats membres manifestent trop souvent dans [leur] transposition »¹⁷. Les directives de l'UEMOA et de la CEMAC sur les lois de finances et celles portant Code de transparence qui consacrent le débat d'orientation budgétaire renferment des dispositions relatives à leur transposition. Ainsi, dans le processus de réception du dispositif du débat d'orientation budgétaire, qui se réalise à la faveur de l'opération de transposition¹⁸ des directives et, en vue de pallier aux droits nationaux normativement incomplets¹⁹, on y observe deux dynamiques : celle de bon (A) et celle de mauvais élèves dont le critère de différenciation réside dans l'incorporation, dans le délai ou non, des directives communautaires citées supra (B).

A- Le bon élève

C'est en raison du respect des délais de transposition des directives communautaires qui instituent et affinent le dispositif du débat d'orientation budgétaire (1) qu'un seul Etat, parmi

¹⁶ OUEDRAOGO (S.), *Les compétences nationales en matière fiscale et la communautarisation des règles dans l'espace ouest-africain*, Thèse de droit public, Université de Bordeaux-IV, 2015, p. 121.

¹⁷ KARPENSCHIF (M.), NOURISSAT (C.) (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union Européenne*, Paris, P.U.F, 2010, p. 10.

¹⁸ KOUBI (G.), « Transposition et/ou transcription des directives communautaires en droit national ? », *RRJ-Droit prospectif*, 1995, pp. 617-628.

¹⁹ PORTA (J.), *La réalisation du droit communautaire : Essai sur le Gouvernement juridique de la diversité*, Tome I, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2008, p. 103.

ceux étudiés, fait figure d'exception. Aussi, les Etats membres de la CEMAC et de l'UEMOA internalisent-ils les dispositions communautaires inhérentes au débat d'orientation budgétaire par le truchement des lois (2).

1- La conformité du droit interne au droit communautaire

Page | 312

La directive portant loi de finances, adoptée par le Conseil des Ministres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine, le 26 juin 2009 à Dakar, prévoit, sous réserve de l'application de certaines dispositions renvoyées au 1^{er} janvier 2017, que « les dispositions de la présente directive sont transposées par les Etats membres dans leur législation nationale au plus tard le 31 décembre 2011 »²⁰. L'évaluation du processus de transposition de cette directive révèle que seul le Sénégal s'y est conformé en procédant à son incorporation, dans l'ordonnancement juridique interne, dans le délai prescrit par le droit communautaire de l'UEMOA²¹. Selon une approche comparée, l'Etat sénégalais se trouve être le seul à avoir opéré les diligences nécessaires pour l'internalisation, conformément aux prescriptions communautaires, de la directive suscitée. En d'autres termes, le Sénégal transpose la directive communautaire sur les lois de finances deux ans et 15 jours, pour être tout à fait précis, après sa signature qui constitue l'unique formalité conditionnant sa mise en vigueur dans l'espace UEMOA. En se conformant à la directive communautaire de l'UEMOA sur les lois de finances, la République sénégalaise fait office d'exception dans la sous-région ouest africaine en général²², au sein de l'espace UEMOA, en particulier. Elle incarne un îlot d'exemplarité au cœur de la grande famille des Etats ouest africains composant l'UEMOA qui ont fait-fil de la feuille de route, en termes de délai, tracée par la Commission à l'effet de transposer la directive relative aux lois de finances de 2009.

Au demeurant, la République du Congo aurait pu figurer sur cette liste et s'afficher comme le bon élève de la zone CEMAC puisque moins d'une année après l'entrée en vigueur de la

²⁰ Article 85 de la directive n° 06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA.

²¹ C'est à travers la loi organique n° 2011-15 du 8 juillet 2011 relative aux lois de finances que le Sénégal transpose la directive précitée. L'article 56, qui consacre le débat d'orientation budgétaire, dispose : « Le document de programmation budgétaire et économique pluriannuelle visé à l'article 51 de la présente Loi organique, éventuellement accompagné des documents de programmation pluriannuelle des dépenses visés à l'article 52 de la présente Loi organique, est adopté en Conseil des Ministres. Ces documents sont publics et soumis à un débat d'orientation budgétaire au Parlement au plus tard à la fin du deuxième trimestre de l'année ».

²² La Guinée Conakry, à titre de comparaison, qui n'est pas un Etat membre de l'UEMOA mais de la CEDEAO, procède, en 2012, à la refonte de son droit public financier par le truchement de la loi organique relative aux lois de finances adoptée le 27 juillet 2012 par le Conseil National de Transition et promulguée le 6 août 2012. Cette loi consacre, en son article 15, le DOB.

directive de la CEMAC de 2011 relative aux lois de finances, elle l'avait déjà transposée²³. Elle aurait pu se targuer d'avoir fait preuve de célérité dans l'internalisation de cette directive par rapport aux autres Etats membres de la CEMAC. Pourtant, « le droit financier congolais n'a pas suivi la directive CEMAC [en ce qu'il] n'a pas adhéré au débat d'orientation budgétaire prévu »²⁴ par le droit public financier de la CEMAC de 2011. On le voit, la LORFE congolaise de 2012 comportait d'énormes lacunes dont la plus significative, de notre point de vue, demeure la non institutionnalisation du débat d'orientation budgétaire. Comment expliquer un tel oubli, alors qu'il pèse une présomption de consultation de la Commission²⁵, par les autorités compétentes internes, préalablement à l'adoption et à la promulgation de tout texte transposant telle directive de la CEMAC ? Les autorités nationales avaient-elles observé ce préalable ? Dans l'affirmative, quel était l'avis, quoique facultatif de la Commission CEMAC ? L'avaient-elles ignoré ? Les interrogations demeurent. C'est à cause de la non consécration du débat d'orientation budgétaire, un mécanisme qui est, à n'en pas douter, le centre d'intérêt de notre réflexion, dans la précoce « Constitution financière »²⁶ congolaise de 2012, que nous ne considérons pas le Congo comme un modèle, dans la zone CEMAC, en matière de transposition de ce dispositif communautaire. Ce constat légitime son exclusion dans la catégorie de bons élèves en matière d'incorporation, en droit national, du débat d'orientation budgétaire.

En tout état de cause, tous les Etats empruntent la voie législative pour harmoniser leurs droits publics financiers avec les directives communautaires.

2- L'adhésion à une transposition par la voie législative

Il est de tradition dorénavant acquise au sein des organisations internationales d'intégration ou des communautés économiques régionales que les Etats disposent de la liberté quant au choix des formes et moyens dans la transposition des directives. Une telle « liberté constitue de fait l'une des nombreuses manifestations de l'autonomie institutionnelle et procédurale

²³ Cf. Loi n° 20-2012 du 3 septembre 2012 portant loi organique relative au régime financier de l'Etat.

²⁴ DZOUMA-NGUELET (H.-M.), « La réception de la directive CEMAC dans le droit financier congolais », *loc. cit.*, pp. 39-40.

²⁵ L'article 83 de la directive sur les lois de finances au sein de la CEMAC précise que les Etats membres communiquent d'abord, pour avis, à la Commission de la CEMAC, le projet de texte national transposant les dispositions de la présente directive avant son adoption. Les Etats membres communiquent, ensuite, à la Commission, le texte des dispositions de droit interne adoptées dans les matières régies par cette directive.

²⁶ DUPRAT (J.-P.), « Finances publiques », in TROPER (M.), CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Suprématie de la Constitution*, T. 3, *op. cit.*, pp. 404-414.

bénéficiant aux Etats membres »²⁷ dans tout système d'intégration politico-économique ou juridique. A la vérité, les traités constitutifs ou additionnels des organisations supranationales, tout en précisant que les Etats membres sont liés quant au résultat à atteindre²⁸ dans la transposition des directives communautaires, laissent aux instances nationales compétentes le soin de déterminer la forme et les moyens²⁹ pour y procéder.

Le droit national d'exécution du droit communautaire pourrait donc prendre la forme de loi, de décret, d'arrêtés, de décisions ou de circulaires. Il épouse en tout cas la nomenclature des actes juridiques internes³⁰. Sans porter préjudice aux développements ultérieurs consacrés aux transpositions hors délais des directives, dans l'écrasante majorité des Etats aussi bien de l'UEMOA que de la CEMAC, il paraît important de souligner que les Etats membres de ces deux communautés économiques régionales ont réceptionné les dispositions communautaires qui consacrent le débat d'orientation budgétaire en recourant aux lois. Au surplus, le débat d'orientation budgétaire est consolidé, dans les droits nationaux, soit à travers les lois³¹ portant Code de transparence³², soit à travers les lois organiques relatives aux lois de finances³³. Comme on peut aisément le remarquer, ces textes juridiques qui consolident le DOB sont conformes à la lettre et à l'esprit des dispositions communautaires qui le prévoient.

²⁷ KARPENSCHIF (M.), NOURISSAT (C.) (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union Européenne*, *op. cit.*, p. 96.

²⁸ Article 43 du Traité modifié de l'UEMOA du 29 janvier 2003.

²⁹ Article 41 du Traité révisé de la CEMAC du 25 juin 2008.

³⁰ TEITGEN (P.-H.), « L'application du droit communautaire par le législatif et l'exécutif français », in RIDEAU (J.) (dir.), *La France et les Communautés Européennes*, Paris, L.G.D.J., 1975, p. 77.

³¹ Le Bénin se singularise des autres Etats de la zone UEMOA en ce qu'il transpose la directive portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA par le biais d'un décret. Cf. Décret n° 2015-035 du 29 janvier 2015 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au Bénin. Le DOB a son siège à l'article 16 dudit décret.

³² Dans ce sens, voir l'annexe de la loi n° 2012-22 du 27 décembre 2012 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au Sénégal (point 3.1.), l'annexe de la loi n° 2013-031 du 23 juillet 2013 portant approbation du Code de transparence dans la gestion des finances publiques au Mali (point 2.4), l'annexe de la loi n° 2014-07 du 16 avril 2014 portant adoption du Code de transparence dans la gestion des finances publiques au sein de l'UEMOA au Niger (point 2.4), la loi organique n° 2014-337 du 05 juin 2014 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques en Côte d'Ivoire (article 31) ou encore la loi n° 018/PR/2016 du 24 novembre 2016 portant Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Tchad (article 15).

³³ Cf. Article 57 de la loi organique n° 2014-013 du 27 juin 2014 relative aux lois de finances au Togo ; article 6 de la loi organique n° 020/2014 du 21 mai 2015 relative aux lois de finances et à l'exécution du budget au Gabon ; article 59 de la loi organique n° 073-2015/CNT du 06 novembre 2015 relative aux lois de finances au Burkina Faso ; articles 11 de la loi organique n° 36-2017 du 3 octobre 2017 relative aux lois de finances en République du Congo et de la loi organique n° 2018/012 du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'Etat et des autres entités publiques au Cameroun.

Par ailleurs, bien que toute directive communautaire constitue « une norme finaliste (...) qui nécessite une médiation se concrétisant par l'obligation de transposition »³⁴, force est de reconnaître que cette obligation a été exécutée en dépassement des délais prévus par les législations communautaires dans la quasi-totalité des Etats de la zone UEMOA. La transposition, hors délai, des dispositions communautaires relatives au DOB est le dénominateur commun des Etats membres de la CEMAC. En procédant ainsi, les Etats concernés valident leur entrée dans la catégorie des mauvais élèves en matière de transposition des directives communautaires sous étude.

B- Les mauvais élèves

L'incorporation progressive mais tardive de la technique du débat d'orientation budgétaire, dans les droits publics financiers des Etats membres de l'UEMOA et de la CEMAC, n'est pas autonome puisqu'elle reste dépendante de l'opération de transposition des directives sur les lois de finances et sur les Codes de transparence. C'est une tendance lourde (1) observée au sein des Etats ouest-africains et centrafricains, membres des organisations d'intégration africaines susmentionnées. Certaines considérations peuvent expliquer une telle posture affichée, majoritairement, par les Etats inclus dans notre champ d'étude (2).

1- Une tendance lourde

La plupart des Etats composant l'espace UEMOA transposent, hors délai³⁵, la directive communautaire relative aux lois de finances. Cependant, le retard accusé par ces Etats dans l'accomplissement des formalités juridiques internes, afférentes à la transposition de cet acte communautaire dérivé, n'est pas le même pour tous les Etats. En réalité, il varie entre 3 et 5 ans. Les illustrations suivantes suffisent pour s'en convaincre. Le Niger transpose et introduit dans son droit interne, simultanément, en 2012³⁶, la directive et les dispositions communautaires relatives au DOB. Le Burkina Faso³⁷, le Mali³⁸ et le Bénin³⁹ feront de même en 2013. La Côte d'Ivoire⁴⁰ puis le Togo se conforment, à leur tour, à la directive sous examen

³⁴ TRIENBACH (M.), *Les normes non directement applicables en droit public français*, Thèse de droit public, Université de Strasbourg, 2012, p. 81.

³⁵ Voir dans ce sens, MEDE (N.) (dir.), *Constitutions et documents financiers. Espace UMOA/UEMOA, Vol. 1*, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2018, pp. 38 et 107.

³⁶ Cf. Loi organique n° 2012-09 du 26 mars 2012 relative aux lois de finances (article 57).

³⁷ Cf. Loi n° 008-2013/CNT du 23 avril 2013 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au Burkina Faso (article 15).

³⁸ Cf. Loi organique n° 2013-028 du 11 juillet 2013 relative aux lois de finances (article 56).

³⁹ Cf. Loi organique n° 2013-14 du 27 septembre 2013 relative aux lois de finances au Bénin (article 59).

⁴⁰ Cf. Loi organique n° 2014-336 du 5 juin 2014 relative aux lois de finances (article 55).

en 2014⁴¹. Quant à la Guinée Bissau, elle clôture ce processus 6 ans après l'entrée en vigueur de la directive UEMOA sur les lois de finances. En effet, « la directive relative à la loi de finances a été transposée dans la loi n° 2/2015 »⁴² bissau guinéenne⁴³.

Pour ce qui est de la zone CEMAC, il importe de relever que les Etats qui la composent ne montrent aucun empressement dans l'harmonisation de leurs finances publiques avec le droit budgétaire communautaire. Pour preuve, tous les Etats membres transposent la directive n° 01/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative aux lois de finances au sein de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale et, surtout les dispositions communautaires relatives au DOB, en méconnaissance du délai préalablement fixé. En lieu et place du délai de 24 mois prévu pour la mise en conformité des législations et réglementations nationales⁴⁴ à la directive CEMAC sur les lois de finances, on assiste à des délais de transposition anormalement longs. En clair, c'est à partir de 2014 que les Etats de la zone CEMAC entament le processus de transposition de la directive relative aux lois de finances qui instaure, on ne le dira jamais assez, le débat d'orientation budgétaire. Le Tchad⁴⁵ et le Gabon⁴⁶ sont les premiers à s'engager dans ce processus de mise en conformité avec le droit communautaire.

En 2018, c'est au tour du Cameroun et de la République centrafricaine de procéder à la transposition de la directive CEMAC sur les lois de finances. Le Premier Etat l'incorpore à travers la loi n° 2018/011 du 11 juillet 2018 portant Code de transparence et de bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Cameroun. L'article 14 de cette loi est le siège du DOB. Le second Etat réceptionne la même directive par le truchement de la loi organique n° 18-013 du 13 juillet 2018 relative aux lois de finances en République centrafricaine⁴⁷. Dans l'interstice de ces deux périodes, c'est-à-dire entre 2014 et 2018,

⁴¹ Cf. Loi n° 2014-009 du 11 juin 2014 portant Code de transparence dans la gestion des finances publiques au Togo. Le débat d'orientation budgétaire est institué, dans la présente loi, à l'article 16.

⁴² Banque Africaine de Développement, *République de Guinée-Bissau, Actualisation et prolongation jusqu'à décembre 2021 du document de stratégie pays 2015-2019*, 1^{er} septembre 2020, p. 15.

⁴³ L'adoption puis la promulgation de cette loi, à défaut d'entrer en possession de son texte, laissent présumer que les dispositions relatives au DOB y sont consacrées.

⁴⁴ Article 82 de la directive n° 01/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative aux lois de finances au sein de la CEMAC.

⁴⁵ Cf. Loi organique n° 004/PR/2014 du 18 février 2014 relative aux lois de finances. Le débat d'orientation budgétaire est prévu à l'article 11.

⁴⁶ Loi n° 021/2014 du 30 janvier 2015 relative à la transparence et à la bonne gouvernance dans la gestion des finances publiques au Gabon (article 15).

⁴⁷ La LOLF centrafricaine instaure un débat d'orientation budgétaire, en amont des discussions sur les lois de finances, à l'article 10.

s'incruste la République du Congo qui transpose la directive communautaire et introduit, dans son droit positif, le DOB à la faveur de la loi n° 10-2017 du 9 mars 2017 portant Code relatif à la transparence et à la responsabilité dans la gestion des finances publiques⁴⁸.

En ce qui concerne la mise en conformité du droit financier public de la Guinée Equatoriale au droit communautaire de la CEMAC, il y a lieu de noter que jusqu'en 2019, son Gouvernement était encore au stade de préparation d' « un projet de loi sur l'internalisation des directives de la CEMAC »⁴⁹. Tout indique que le processus d'harmonisation de son droit interne avec le bloc des directives budgétaires de la CEMAC en général, et la transposition des dispositions encadrant le débat d'orientation budgétaire en particulier, ne sont pas encore d'actualité.

Quelques considérations sont en mesure de justifier la tolérance des instances supranationales face aux transpositions tardives, des directives communautaires, dans les ordres juridiques internes des Etats membres de l'UEMOA et de la CEMAC.

2- Les thèses justificatives

Les raisons susceptibles d'expliquer le retard observé dans la transposition des directives communautaires sont inhérentes et extérieures à celles-ci. Concrètement, elles sont, à notre entendement, de trois ordres. La première raison réside dans l'absence d'effet direct attaché aux directives⁵⁰. Dès lors, on se trouve devant une situation dans laquelle « l'absence d'effet immédiat et direct des directives implique l'adoption de textes de transposition avant qu'elles ne soient pleinement effectives dans les droits nationaux des Etats concernés »⁵¹. Or, tant que les autorités nationales compétentes n'accompliront pas toutes les formalités de transposition requises, les actes communautaires dérivés, en l'espèce les directives relatives aux

⁴⁸ L'article 13 dispose : « Un calendrier annuel de préparation du budget de l'Etat et des autres administrations publiques est établi et rendu public.

Ce calendrier prévoit, dans un délai raisonnable précédant le dépôt au Parlement du projet de loi de finances, la publication par le Gouvernement d'un rapport sur ses hypothèses économiques, ses grandes orientations et priorités budgétaires sur le moyen terme ainsi que ses principaux choix fiscaux et les principaux risques budgétaires pour l'année à venir.

Ce rapport fait l'objet d'un débat d'orientation budgétaire au Parlement ».

⁴⁹ Banque Africaine de Développement, *Projet d'appui à la modernisation des finances publiques (PAMFP)*, Pays : République de Guinée Equatoriale, *Rapport d'évaluation*, ECGF/RDGC, mai 2019, p. 4.

⁵⁰ Les traités constitutifs et additionnels de ces organisations supranationales sont constants sur la question. Elles dénie tout effet immédiat aux directives adoptées par leurs instances habilitées. Lire en ce sens les articles 43 du Traité modifié de l'UEMOA du 29 janvier 2003 et 41 du Traité révisé de la CEMAC du 25 juin 2008.

⁵¹ TONI (E.), « Existe-t-il un droit public financier ouest-africain ? », *Revue Africaine de Finances Publiques*, n° 7, 1^{er} semestre 2020, p. 107.

lois de finances et celles portant Code de transparence, resteront dépourvus de toute juridicité⁵² sur le plan interne en dépit de leur impérativité très prononcée⁵³ sur le plan supranational. La production de leurs effets, en droit interne, se trouve donc conditionnée par le recours à « une norme nationale d'introduction »⁵⁴.

La deuxième thèse explicative de l'internalisation, hors délais, des directives sous examen demeure encore inhérente aux directives. Précisément, elle est à rechercher dans l'inexistence des dispositions à caractère coercitif sanctionnant, aux dépens des Etats membres de ces deux organisations d'intégration, le non-respect des délais de transposition édictés par les législations communautaires, soit le 31 décembre 2011 pour la directive UEMOA relative aux lois des finances et, au plus tard, le 19 décembre 2013 pour la directive CEMAC relative aux lois des finances. C'est pourquoi la transposition des directives mérite d'être considérée comme « une obligation souple »⁵⁵ qui incombe aux Etats membres de la CEMAC et de l'UEMOA.

Le troisième argument tient aux considérations de souveraineté des Etats membres. L'appartenance des Etats à une organisation supranationale à laquelle ils consentent, librement, de transférer certaines compétences en vue de réaliser les objectifs communs n'équivaut pas à l'aliénation absolue de leur souveraineté. L'absence de pression exercée sur les Etats membres au sujet de la transposition ponctuelle des directives communautaires est, sans aucun doute, l'illustration du ménagement des « susceptibilités souverainistes des Etats » pour reprendre l'expression des Professeurs Babacar GUEYE, Saidou NOUROU TALL et Maurice KAMTO⁵⁶. L'appartenance des Etats aux organisations supranationales n'est pas synonyme de renoncement à leur souveraineté, mais les contraint seulement à transférer, en vue de réaliser

⁵² La juridicité, à entendre le Professeur Xavier MAGNON, « marque la spécificité des normes juridiques et renvoie aux conditions de l'efficacité et de la sanction ». Cf. MAGNON (X.), « L'ontologie du droit : droit souple c. droit dur », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n° 120, 2019/4, p. 955.

⁵³ Une telle impérativité résulte des énoncés des dispositions transitoires et finales des directives relatives aux lois de finances de l'UEMOA et de la CEMAC. Lire, spécifiquement, les articles 85 et 86 de la directive n° 06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA et l'article 82 de la directive n° 01/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative aux lois de finances au sein de la CEMAC.

⁵⁴ NGUENA DJOUFACK (A.L.), *Sécurité juridique et droit communautaire de la CEMAC. Recherches sur la sécurité juridique dans la construction du marché commun de la CEMAC*, Thèse de droit public, Université de Dschang, 2015, p. 86.

⁵⁵ KOUTOUAN (A.J.N.), *Contribution à l'étude des droits régionaux de la concurrence en Afrique de l'Ouest : Cas de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest*, Thèse de droit public, Université de Bordeaux, 2018, p. 204.

⁵⁶ Cf. GUEYE (B.), NOUROU TALL (S.) et KAMTO (M.), « Traité du 17 octobre 1993 relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique », in ISSA-SAYEGH (J.), POUGOUE (P.-G.), SAWADOGO (F.M.) (dir.), *OHADA Traité et Actes Uniformes commentés et annotés*, Paris, Juriscope, 6^e édition, 2018, p. 32.

les objectifs communs d'intégration, certaines matières traditionnellement comprises dans leurs attributions régaliennes. Ainsi, en vertu de cette souveraineté, les Etats s'octroient une certaine latitude dans l'internalisation des actes communautaires dérivés.

De l'effectivité du débat d'orientation budgétaire, au sein des Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) et de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC), découle une multiplicité de situations qu'il importe, dès à présent, de passer au crible de l'analyse.

II- UNE APPLICATION VARIABLE DU DEBAT D'ORIENTATION BUDGETAIRE

Il est de notoriété publique que les Parlements ne participent pas directement à l'élaboration des lois de finances. Néanmoins, à travers le débat d'orientation budgétaire, ils ne sont pas totalement exclus de cette phase, puisqu'ils bénéficient d'éléments d'information sur les futurs projets⁵⁷ de lois des finances en raison de leur association aux grandes orientations des politiques de finances publiques et aux priorités budgétaires des Etats. L'étude comparée de la mise en œuvre du débat d'orientation budgétaire, des Etats membres de l'UEMOA et de la CEMAC, permet de dégager moult enseignements tenant, non seulement à la forme mais, également, au fond de cet innovant dialogue entre l'exécutif et le législatif autour des politiques économiques et budgétaires nationales. En résumé, on y constate des divergences procédurales (A) couplées à une implication parlementaire critiquable (B).

A- Les disparités procédurales

Une évidence s'impose : aucune directive communautaire, parmi celles qui consacrent le débat d'orientation budgétaire, n'édicte avec précision la procédure régissant son déroulement dans les assemblées parlementaires. Cette situation génère une hétérogénéité procédurale qui cède, rapidement, la place aux tergiversations révélées au fur et à mesure que les institutions concernées se plient à cette exigence légale et démocratique de type nouveau (1).

Toutefois, un mouvement de codification de la procédure encadrant le débat d'orientation budgétaire gagne certains Etats inclus dans notre échantillonnage (2).

1- Les tergiversations procédurales avérées

⁵⁷ COLLET (M.), *Finances publiques*, Paris, L.G.D.J, 2^e édition, 2017, p. 475.

En énonçant que les dispositions de la présente directive sont appliquées au plus tard le 1^{er} janvier 2012, l'article 86 de la directive n° 06/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA admet, cependant, des dérogations qui retardent jusqu'au 1^{er} janvier 2017 son application intégrale. En conséquence, une pluralité des dispositions communautaires, dont celles liées aux documents de programmation pluriannuelle des dépenses par ministères, budgets annexes et comptes spéciaux, bénéficiait des assouplissements⁵⁸. Autrement dit, les Etats membres de l'UEMOA devaient inaugurer le DOB, sur la base du document de programmation budgétaire et économique pluriannuelle visé à l'article 52 de la directive de 2009, dans les deux années qui ont suivi l'entrée en vigueur de cette directive. A la vérité, aucun Etat membre de cette organisation d'intégration sous régionale n'y a procédé.

Si le Sénégal institue le procédé du DOB antérieurement⁵⁹ à sa consécration en droit supranational UEMOA, il n'en demeure pas moins vrai que la première expérience du DOB selon la formule actuelle⁶⁰, découlant du droit communautaire budgétaire de l'UEMOA et transposée par la LOLF de 2011, remonte à 2014⁶¹. Le Bénin, le Burkina Faso⁶², et bien d'autres Etats membres de l'UEMOA, inaugurent leur débat d'orientation budgétaire postérieurement à 2012⁶³.

⁵⁸ Les Etats membres avaient jusqu'au 1^{er} janvier 2017 pour procéder à l'application intégrale des dispositions relatives à la programmation pluriannuelle des dépenses prévues à l'article 53 de la directive UEMOA sur les lois de finances. Encore faut-il préciser que les documents y relatifs revêtent une certaine importance pour le débat d'orientation budgétaire car en leur absence, les élus n'auront qu'une vue biaisée de l'évolution budgétaire des programmes sur une période triennale. On ne peut s'empêcher de regretter que le droit communautaire UEMOA ait rendu facultative leur présentation à l'occasion du débat d'orientation budgétaire.

⁵⁹ Le Parlement sénégalais inaugure le débat d'orientation budgétaire en 1999. Dans la même veine, l'article 3 de l'ancien règlement intérieur de l'Assemblée Nationale du 15 mai 2002 prévoyait la tenue d'un débat d'orientation budgétaire au cours de la première session ordinaire de l'année.

⁶⁰ Dans l'ancienne formule, le DOB était davantage centré sur des thématiques ciblées. Cf. *Communication du Ministre de l'Economie et des Finances au débat d'orientation budgétaire de l'année 2014*, inédit, p. 1.

⁶¹ Voir l'Assemblée Nationale, XII^{ème} législature, session ordinaire unique 2013-2014, *Rapport fait au nom de la Commission de l'Economie Générale, des Finances, du Plan et de la Coopération Economique sur le débat d'orientation budgétaire pour l'année 2015*, juin 2014, p. 2.

⁶² C'est depuis 2016 que le DOB est effectivement organisé à l'Assemblée nationale du Burkina Faso. Cf. BAMA (F.), *Le rôle de l'Assemblée Nationale dans le processus budgétaire au Burkina Faso. Dialogue sur les politiques portant sur le rôle des assemblées législatives dans le processus budgétaire*, CABRI, du 27 au 28 novembre 2018, p. 3.

⁶³ Le Parlement nigérien s'ouvre au débat d'orientation budgétaire le 6 juin 2017. Cf. TAKOUBAKOYE (A.B.), *Gouvernance financière par la performance au Niger : Défis de la mise en œuvre de la LOLF au Niger et proposition de démarche à la lumière de l'expérience française*, Mémoire de Master, Spécialité Administration et Finances Publiques, Université de Strasbourg, Ecole Nationale d'Administration, juin 2017, p. 31. Le Parlement malien organise son premier débat d'orientation budgétaire en 2018. Quant au Togo, la séance inaugurale du DOB se tient, devant le Parlement, le 15 juillet 2019 et la deuxième a lieu le 20 octobre 2020. La séance la plus récente du DOB, la quatrième de la série, se déroule le 30 juin 2022 à l'Assemblée Nationale. Voir, entre autres, Assemblée Nationale, Cabinet de la Présidente, *Débat d'Orientation Budgétaire (DOB)*, Allocution de Son Excellence,

S'agissant de la directive n° 01/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative aux lois de finances au sein de la CEMAC, celle-ci concède aux Etats membres la possibilité de différer l'application des dispositions portant sur le cadrage à moyens terme, dont les documents conditionnent la tenue du DOB, jusqu'en 2021⁶⁴. Pourtant, les Etats comme le Gabon⁶⁵, la République du Congo⁶⁶ ou encore le Cameroun⁶⁷ n'ont pas attendu cette fatidique date butoir pour lancer les premières expériences du débat d'orientation budgétaire⁶⁸. En l'absence de procédures spécifiques encadrées par les Constitutions financières, les Codes de transparence ou les règlements intérieurs des assemblées parlementaires, les débats d'orientations budgétaires s'organisent, dans la plupart des Etats, tantôt selon la procédure de droit commun, tantôt selon une procédure inédite. La non codification de la procédure régissant le DOB constitue une boîte de pandore qui laisse émerger les premières difficultés d'ordre procédural observées dans sa phase opératoire.

Au Bénin, la question de la procédure à suivre pour tenir ce débat se pose, avec acuité, dès le premier exercice. En effet, l'Assemblée Nationale béninoise organise la plénière inaugurale du débat d'orientation budgétaire le 30 juin 2014⁶⁹. In limine litis, il se pose le problème de la

Madame la Présidente de l'Assemblée Nationale, Lomé, 28 septembre 2021, inédit, p. 3. L'Assemblée Nationale et le Sénat ivoiriens tiennent, tour à tour, le tout premier débat d'orientation budgétaire le 27 juin et le 4 juillet 2019. Ces assemblées parlementaires sont déjà à leur quatrième expérience du DOB.

⁶⁴ Article 82 de la directive relative aux lois de finances au sein de la CEMAC.

⁶⁵ C'est à partir de 2015 que le débat d'orientation budgétaire se déroule au Parlement gabonais. Cet Etat fait figure de pionnier, dans la tenue de cet exercice démocratique, dans la zone CEMAC.

⁶⁶ Comme nous le verrons sous peu, les premières expériences du DOB ont lieu, devant le Parlement bicaméral de la République du Congo, en 2018.

⁶⁷ Le Cameroun, pour sa part, débute son cycle des DOB pendant la session parlementaire de juin 2019. Le 6 juillet 2021 se sont tenus, à l'Assemblée nationale et au Sénat camerounais, la troisième série des plénières réservées au débat d'orientation budgétaire. Cependant en 2022, il n'y a pas eu de débat d'orientation budgétaire à l'Assemblée nationale. Excédés par l'attitude du Gouvernement qui a consisté à déposer tardivement, au Parlement, le Document de programmation économique et budgétaire 2023-2025, précisément le 05 juillet 2022 c'est-à-dire la date programmée pour le DOB, les députés de l'opposition, en signe de protestation, ne prennent pas part à la délibération qu'ils jugent illégale. Après la présentation des grandes lignes du Document de programmation économique et budgétaire cité supra, les députés du parti majoritaire, le RDPC, l'adopte par acclamation. Source : « Assemblée nationale : le Document de programmation économique et budgétaire adopté sous haute tension », publié le 10 juillet 2022, disponible sur <https://www.ecomatin.net/assemblee-nationale-le-document-de-programmation-economique2-et-budgetaire-adopte-sous-haute-tension/>, consulté le 16 mars 2023. Le Sénat camerounais ne connaît pas une effervescence pareille en ce que sa séance consacrée au débat d'orientation budgétaire se tient le même jour en présence du Ministre des Finances, Louis Paul MOTAZE. Voir BOBO (L.), « Budgets 2023, 2024 et 2025 : première esquisse », publié le 07 juillet 2022, disponible sur <https://www.cameroon-tribune.cm/article.html/49502/budgets-2023-2024-2025>, consulté le 17 mars 2023.

⁶⁸ Dans la zone CEMAC, les Etats comme le Tchad et la République centrafricaine résistent encore à la tenue des débats d'orientation budgétaire en dépit de la conformité de leurs droits financiers publics à la directive de la CEMAC sur les lois de finances.

⁶⁹ Cf. *Journal des débats parlementaires*, Revue Trimestrielle de l'Assemblée Nationale du Bénin, n° 002, janvier 2015, pp. 141-177.

forme que doit prendre cette consultation. La préoccupation oppose deux courants dont l'un, minoritaire, plaide pour l'envoi préalable des documents servant de discussion au DOB à la commission permanente compétente, en l'occurrence, la Commission des Finances et des Echanges en charge des questions économiques et financières qui préparerait un rapport à soumettre à la délibération de la plénière. Autrement dit, cette tendance plaide pour la forme délibérative du DOB conformément à l'article 48 du règlement intérieur de l'Assemblée Nationale du 06 juin 1995.

Le second courant, majoritaire au vu du nombre des intervenants qui le défendent, plaide pour une communication directe du Gouvernement à la plénière consacrée au débat d'orientation budgétaire. Cette tendance s'appuie sur les dispositions prévues à l'article 105 du règlement intérieur qui encadrent les communications gouvernementales devant la représentation nationale. En d'autres termes, ce courant soutient la forme communicationnelle du débat d'orientation budgétaire. Devant un tel dilemme, favorisé par le silence⁷⁰ du droit positif béninois de l'époque sur la forme que doit revêtir ce débat, le Président du Parlement prend fait et cause pour la seconde tendance en décidant la tenue du DOB sous la forme d'une communication gouvernementale⁷¹. La communication gouvernementale prévaudra, encore, à l'occasion du débat d'orientation budgétaire du 23 juin 2015⁷², prélude à l'examen du projet de lois des finances, gestion 2016.

Toutefois, devant la persistance de la vacuité procédurale, le même Parlement opère, l'année d'après, c'est-à-dire avant la tenue, le 30 juin 2016, du débat d'orientation budgétaire pour la gestion 2017, un revirement procédural spectaculaire en épousant la forme délibérative, vertement combattue lors de la séance inaugurale de cet exercice démocratique. Ce revirement se traduit par l'envoi préalable des documents légaux structurant ce débat à la Commission des Finances et des Echanges⁷³. Le même rituel est observé pour les débats d'orientation budgétaire relatifs aux gestions 2018 et 2019 à l'occasion desquels les documents de programmation

⁷⁰ Le Président de la 6^{ème} législature de l'Assemblée Nationale, Mathurin Coffi NAGO, reconnaît, sans ambages, les lacunes procédurales attachées au débat d'orientation budgétaire en confessant, à la plénière du 30 juin 2014, que « j'observe qu'il y a quelques divergences d'un député à l'autre. Et il me semble que ces divergences s'expliquent par le fait que la loi que nous-mêmes (...) avons votée, est muette par rapport à la procédure précise que nous voulons suivre. Et c'est de notre faute », in *Journal des débats parlementaires*, *op. cit.*, p. 155.

⁷¹ *Ibidem*, p. 157.

⁷² Voir *Journal des débats parlementaires*, Revue Trimestrielle de l'Assemblée Nationale du Bénin, n° 004, août 2016, pp. 111-149.

⁷³ *Recueil des comptes rendus sommaires des séances plénières*, n° 002, Période du 29 octobre 2015 au 11 juillet 2016, pp. 240-245.

budgétaire et économique pluriannuelle, entre autres, transmis par le Gouvernement seront, préalablement, examinés par la Commission des Finances et des Echanges de l'Assemblée Nationale. Aussi, la commission se saisira-t-elle de cette opportunité pour auditionner, en amont du DOB, le Ministre de l'Economie et des Finances sur la situation économique et financière du Bénin ainsi que sur les perspectives 2018-2020⁷⁴. Page | 323

La forme délibérative du DOB subit des modifications puisqu'à la séance du 28 juin 2019, non seulement aucun membre du Gouvernement n'est auditionné en commission mais en plus, la plénière, de façon souveraine, « fait prendre acte à l'unanimité des députés présents et représentés par un vote des recommandations du débat d'orientation budgétaire »⁷⁵. Le vote des recommandations formulées durant ce débat démocratique n'est prévu dans aucun texte du droit positif béninois. A rebours, il y a lieu d'admettre qu'en l'état actuel du droit positif béninois, rien n'interdit, formellement, au Parlement de valider, au moyen du vote, les recommandations émises à l'occasion du débat d'orientation budgétaire. Cependant, on s'interroge sur la valeur juridique, et même sur la portée politique, d'un tel vol car il est de notoriété publique que les recommandations formulées lors des débats d'orientation budgétaire ne lient aucunement le Gouvernement à l'étape de finalisation des projets de lois des finances initiales.

Quant à la République du Congo, il paraît utile de préciser que les dispositions des règlements intérieurs de l'Assemblée Nationale et du Sénat, adoptés 6 mois après l'introduction du débat d'orientation budgétaire dans son droit positif, sont vagues en ce qui concerne la procédure régissant ce débat. Les deux chambres du Parlement ont su faire preuve de pragmatisme⁷⁶ dans la détermination de la procédure à suivre à l'occasion du DOB. C'est en 2018 que les deux assemblées parlementaires congolaises tiennent, pour la première fois, le débat d'orientation budgétaire. Les séances inaugurales s'y déroulent à cinq jours d'intervalle, soit le 07 août à l'Assemblée Nationale et le 12 août 2018 au Sénat. A partir de 2019, les deux assemblées parlementaires ont pris l'habitude de l'organiser le même jour mais de façon alternée, en ce sens que le débat d'orientation budgétaire se tient d'abord devant l'Assemblée

⁷⁴ *Rapport de la Commission des Finances et des Echanges*, Première session ordinaire de l'année 2017, pp. 1-10.

⁷⁵ Assemblée Nationale, *Compte rendu sommaire*, séance plénière du 28 juin 2019, inédit, pp. 4-5. A la plénière du 27 juin 2022 consacrée au DOB, l'Assemblée nationale, cette fois-ci, se contente de prendre acte du rapport relatif à ce débat. Cf. Assemblée Nationale, *Compte rendu intégral*, 8^{ème} législature–1^{ère} session ordinaire de l'année 2022–séance du 27 juin 2022, inédit, pp. 36-37.

⁷⁶ A la vérité, le déroulement du débat d'orientation budgétaire a été largement influencé par un atelier de renforcement de capacités relatives aux missions d'assistance technique sur l'élaboration des projets annuels de performance, axé sur le DOB, animé le 03 août 2018 par le Centre Régional d'Assistance Technique du Fonds Monétaire International (AFRITAC).

Nationale ensuite devant le Sénat. Si la procédure⁷⁷ proprement dite n'appelle pas d'observations particulières pendant les premières séances du DOB, en revanche, l'autonomie fonctionnelle inhérente à chaque assemblée parlementaire prend le dessus au cours des deuxièmes séries du DOB organisées, devant les deux chambres du Parlement. En effet, le 12 août 2019, tandis que les députés, dans un imbroglio total, décident d'intervenir par groupe parlementaire, dans une improvisation qui dénote de l'impréparation orchestrée par la majorité parlementaire et imitée par la minorité parlementaire, on assiste à une procédure légèrement différente au Sénat. Cette mutation procédurale est le fait du Président de la chambre haute, Pierre NGOLO, qui décide de chronométrer, à 5 minutes, l'intervention de chaque sénateur au cours du débat d'orientation budgétaire alors qu'aucune disposition du règlement intérieur n'impose un tel chronométrage à l'occasion de ce débat.

Depuis lors, la limitation coutumière du temps de parole de 5 minutes concédé par intervention, s'est imposée et le Président de la deuxième chambre du Parlement congolais y veille scrupuleusement. Le minutage des interventions sénatoriales réitéré aux séances plénières du 7 septembre 2021 et du 11 août 2022 dédiées à ce débat, confirme cette tendance et participe de l'éclosion d'une coutume parlementaire.

Les tergiversations procédurales relatives au DOB finissent par hanter la plénière du 6 septembre 2021 consacrée au débat d'orientation budgétaire à l'Assemblée Nationale qui, jusqu'ici, en était épargnée. En effet, alors que d'une part, le Premier secrétaire de la chambre basse, à l'ouverture de la plénière, indique la procédure habituellement suivie pour le déroulement de cette séance spécifique, et de l'autre, le Premier Ministre termine la présentation du cadre budgétaire triennal 2022-2024, les difficultés procédurales surgissent dans la prise de parole de la Commission Economie, Finances et Contrôle de l'Exécution du Budget de la chambre basse. Tout commence avec le Président de la Commission, Maurice MAVOUNGOU, qui souhaite que le Gouvernement réponde aux préoccupations soulevées par sa Commission

⁷⁷ Les grandes articulations de la plénière consacrée au débat d'orientation budgétaire, devant le Parlement, sont les suivantes : en premier lieu, l'introduction du débat est faite par le Premier Ministre. En second lieu, le président de la commission économie et finances présente le rapport de la commission (à l'Assemblée Nationale, après la synthèse du Président de la commission en charge de l'économie et des finances, il revient au rapporteur de ladite commission d'exposer les préoccupations de celle-ci). En troisième lieu, la prise de la parole par les parlementaires qui expriment leurs préférences et leurs réticences sur les documents soumis au débat. En quatrième lieu, le Ministre des finances et du budget apporte des éléments de réponses aux questions posées, séance tenante, par les parlementaires. En cinquième lieu, on assiste au résumé du débat auquel procède le Premier Ministre et en sixième lieu, le Président de la chambre considérée fait la synthèse du débat avant de clôturer la séance.

avant les interventions des députés. Plusieurs élus⁷⁸ soutiennent cette idée, quitte à tordre la procédure observée à l'accoutumée depuis le lancement de cette consultation parlementaire. Toutefois, malgré la multiplication des motions de procédures tendant à soutenir la position défendue par la Commission Economie, Finances et Contrôle de l'Exécution du Budget de l'Assemblée Nationale, le Président de la chambre basse⁷⁹ reste inflexible et décide de la poursuite de la séance selon la procédure habituelle. Au même moment, il intime l'ordre au Premier Secrétaire de l'Assemblée Nationale d'ouvrir la liste des élus qui veulent intervenir dans ce débat.

Au demeurant, les ministres brillent par leur absence en commission car, aucun d'eux, n'y est auditionné préalablement aux plénières du DOB fixées au 10 août 2020, contrairement aux deux premières expériences, à l'occasion desquelles les commissions permanentes compétentes sur les affaires économiques et financières des deux chambres du Parlement entendent, en amont, plusieurs ministres sectoriels. Ce qui est constant en République du Congo, c'est la forme délibérative du débat d'orientation budgétaire car les documents servant de base à ce débat sont systématiquement envoyés dans les commissions compétentes des deux chambres parlementaires pour examen.

Les tergiversations qui ont pu être constatées dans l'organisation et le déroulement des séances des DOB n'ont d'autres causes que l'indétermination de la forme, surtout de la procédure censée régir ce débat. Le caractère erratique de la procédure relative au déroulement du DOB n'est pas une exception congolaise. Il demeure le dénominateur commun de la majorité des Etats membres de la CEMAC et de l'UEMOA. Plusieurs règlements intérieurs⁸⁰ des

⁷⁸ Au total, 7 députés estiment que le travail de la commission étant celui de la plénière de qui elle a reçu mandat, il est plus logique pour le Gouvernement de répondre, au préalable, aux préoccupations émises par la Commission Economie, Finances et Contrôle de l'Exécution du Budget avant que les députés non membres de cette commission expriment, en plénière, leurs préférences et réticences sur les choix et stratégies des politiques publiques proposés par le Gouvernement.

⁷⁹ S'opposant au changement de procédure voulu par une frange des députés, le Président Isidore MVOUBA fait l'observation suivante : « Nous avons déjà tenu une rencontre de ce genre ici avec une procédure qui est toujours la même. Pourquoi allons-nous innover ? Je ne comprends pas pourquoi nous devons changer de procédure (...) je ne vois aucune raison de changer de procédure ». En réponse, le Rapporteur de la Commission Economie, Finances et Contrôle de l'Exécution du Budget de l'Assemblée, Marien MOBONDZO ENDZONGA, estime que « la procédure telle que vous (Président de l'Assemblée Nationale) insistez doit nous être rappelée (...) revenons un peu sur la procédure (...) jusque-là, on ne sait pas la suite » ; avant de s'interroger : « Qu'est ce qui va nous être réservé après ? Est-ce qu'on peut adopter la procédure une bonne fois pour toutes pour que nous sachions de quoi il s'agit, où nous allons ? ».

⁸⁰ A l'instar des règlements intérieurs des Parlements du Burkina Faso (Cf. Résolution n° 002-2021/AN du 22 janvier 2021 portant règlement intérieur de l'Assemblée Nationale), du Cameroun (Cf. Lois n° 2014/016 du 09 septembre 2014 portant règlement intérieur de l'Assemblée Nationale et n° 2016/011 du 27 octobre 2016 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n° 2013/006 du 10 juin 2013 portant règlement intérieur du Sénat du Cameroun), du Mali (Cf. Règlement intérieur de l'Assemblée Nationale du 15 octobre 2015) du Gabon (Cf.

Parlements institués au sein des Etats composant ces deux zones ne font aucune référence ni au DOB ni à la procédure dérogatoire censée encadrer ses différentes phases aux plénières qui lui sont dédiées. Dans ces Etats, ce sont les traditions parlementaires qui règlent les préoccupations procédurales soulevées au cours des débats d'orientation budgétaire⁸¹.

Dans ces conditions, en raison du faible taux d'encadrement juridique de la procédure du DOB, la persistance ou la survenance des tergiversations procédurales dans ce type de débat n'est pas à exclure. De tels manquements amènent certains législateurs à corriger la situation en codifiant, de façon exhaustive ou partielle, l'organisation et le déroulement de cette sorte de consultation parlementaire.

2- La codification procédurale amorcée

L'absence ou l'insuffisante codification de la procédure régissant l'organisation du débat d'orientation budgétaire est une lacune caractéristique des droits positifs d'une pluralité d'Etats membres de l'UEMOA et de la CEMAC. Trois situations peuvent être retenues ici : celle des droits internes qui encadrent exhaustivement la procédure du DOB, celle des droits nationaux qui régissent partiellement sa procédure et, enfin, la situation des Etats qui sont encore au stade des pistes de réflexion en vue du respect scrupuleux du calendrier conduisant, entre autres, à la tenue de ce débat.

La première concerne les Etats qui codifient la procédure du DOB. Dans cette catégorie, le Niger peut être cité en exemple. L'article 102 du règlement intérieur de l'Assemblée Nationale nigérienne⁸² dispose, dans ses deux derniers points : « 5. Le Débat d'Orientation Budgétaire commence en plénière par :

- Une communication du Ministre en charge des Finances sur le document introductif du DOB ;

Règlement intérieur de l'Assemblée Nationale du 26 février 2019 et règlement intérieur du Sénat mis à jour en juin 2019) ou encore du Togo (Cf. Règlement intérieur de l'Assemblée Nationale du 22 janvier 2019).

⁸¹ Précisons qu'en dépit du silence du règlement intérieur, la procédure du DOB devant l'Assemblée Nationale gabonaise comporte, à l'épreuve de la pratique, deux phases principales comme l'illustre le déroulement des plénières des 23 juin 2016 et 28 juin 2017. La première est consacrée à la présentation du document de cadrage macroéconomique triennal, faite par le Ministre de l'Economie, de la Prospective et de la Programmation du Développement Durable, suivie de la présentation, par le Ministre du Budget et des Comptes Publics, du cadrage budgétaire prévisionnel triennal, sous-tendant la préparation du projet de loi des finances N+1. La deuxième phase est consacrée aux interventions des parlementaires ainsi qu'aux réponses des membres du Gouvernement. Cf. Transcriptions des séances plénières des 23 juin 2016 et 28 juin 2017 de l'Assemblée Nationale, disponibles sur www.assemblée-nationale.ga, consulté le 30 avril 2022.

⁸² Cf. Résolution n° 002/AN du 22 mars 2017 portant règlement intérieur de l'Assemblée Nationale, modifiée et complétée par la Résolution n° 003/AN du 9 août 2017.

- L'intervention du Président de la Commission des Finances et du Budget ;
- La présentation du rapport général par le Rapporteur général de la Commission des Finances et du Budget ;
- L'ouverture de la discussion générale ;
- L'intervention du Ministre par rapport aux probables préoccupations et interrogations des commissaires.

6. Après les réponses du Gouvernement aux préoccupations soulevées par les députés, le Président de l'Assemblée Nationale tire la synthèse des débats et mandate la Commission des Finances et du Budget pour élaborer un relevé des recommandations formulées. Celui-ci est adressé au Bureau de l'Assemblée Nationale qui le transmet au Gouvernement après approbation »⁸³. Tout bien considéré, le droit parlementaire nigérien détermine, avec suffisance, la procédure à suivre à l'occasion de la plénière dédiée au débat d'orientation budgétaire. A dire vrai, le Niger est le seul Etat, espaces CEMAC et UEMOA confondus, à avoir entrepris une codification complète de la procédure relative au DOB. Tout porte à croire qu'a priori, les risques de balbutiement procédural demeurent nuls et ceux d'instabilité procédurale improbables⁸⁴.

Le deuxième cas de figure a trait aux Etats dont les droits nationaux formalisent partiellement voire insuffisamment la procédure du DOB. Le droit positif ivoirien rentre dans cette lignée car il appréhende la procédure de ce débat en des termes généraux. Dès lors, une latitude est laissée aux institutions politiques concernées, en l'occurrence le Parlement et le Gouvernement, pour définir les modalités pratiques afférentes au déroulement du débat d'orientation budgétaire. C'est ce qui ressort de l'article 107 alinéa 3 de la Résolution n° 005 A du 27 juillet 2018 portant règlement intérieur de l'Assemblée Nationale de la Côte d'Ivoire qui indique qu'« avant ce débat, la Commission des Affaires Economiques et Financières peut procéder à l'audition du Président de la Cour des comptes, qui lui présente le rapport de celle-

⁸³ Les quatre premiers points de l'article 102 du règlement intérieur de l'Assemblée Nationale du Niger, qui constituent des véritables alinéas, énumèrent les différentes phases précédant le DOB proprement dit, à savoir : la transmission au Parlement des documents légaux énumérés par la LOLF deux semaines avant le débat, la saisine de la Commission des Finances et du Budget pour examen au fond et des autres commissions pour avis, le jugement des commissions sur la politique budgétaire et sur leurs priorités postérieurement aux auditions des membres du Gouvernement estimées nécessaires et, enfin, l'établissement du rapport général de la Commission des Finances et du Budget à présenter au DOB après le recueillement des avis des autres commissions permanentes.

⁸⁴ Une étude révèle, cependant, que « le premier débat d'orientation budgétaire organisé dans le cadre du projet de loi de finances 2018 n'a pas été bien apprécié par les députés. En effet la procédure décrite plus haut n'a pas été respectée. Les discussions s'étant déroulées en une seule journée », in MACHALELE (M.), *Le contrôle de l'Assemblée Nationale sur les politiques publiques au Niger : Réalisations et perspectives*, Mémoire de Master, Spécialité Administration et Finances Publiques, Université de Strasbourg, Ecole Nationale d'Administration, juin 2018, p. 37.

ci, publié à cette occasion, sur la situation et les perspectives des finances publiques. Dans ce cas, la Commission publie un rapport d'information préparatoire au débat d'orientation budgétaire ». Encore faut-il préciser qu'une telle audition paraît facultative et ne semble pas, à la lecture de cette disposition, relever d'une obligation et l'article 55 de la LOLF ivoirienne ne fait obligation au Gouvernement que de soumettre, au débat d'orientation budgétaire, le document de programmation budgétaire et économique pluriannuelle accompagné des documents de programmation pluriannuelle des dépenses.

Au demeurant, le législateur béninois codifie, à la faveur de la dernière réforme du règlement intérieur de l'Assemblée Nationale, intervenue en 2020, les différentes étapes qui précèdent le DOB⁸⁵. En revanche, à la différence du droit positif nigérien, le droit positif béninois ne s'est pas préoccupé d'encadrer les différentes phases qui structurent la plénière du DOB à proprement parler. Néanmoins, le nouveau règlement intérieur de l'Assemblée Nationale du Bénin a le mérite d'avoir tranché, définitivement, la problématique de la forme que doivent revêtir les plénières réservées au débat d'orientation budgétaire. Il en opte pour la forme délibérative. Le Sénégal se trouve, également, logé dans cette enseigne en ce que son droit parlementaire ne donne aucune indication des différentes étapes à observer durant le déroulement de la séance dédiée au DOB. C'est l'enseignement qu'on tire de l'analyse des dispositions de l'article 41 bis de la loi organique n° 2019-14 du 28 octobre 2019 modifiant et complétant la loi organique n° 2002-20 du 15 mai 2002, modifiée, portant règlement intérieur de l'Assemblée Nationale du Sénégal. Cet article prescrit : « Au plus tard le 1^{er} juin de chaque année les commissions permanentes organisent des séances d'audition des ministères relevant de leurs compétences.

⁸⁵ Aux termes de l'article 119.4 de la Résolution n° 2020-01 portant modification du règlement intérieur de l'Assemblée Nationale du 14 juillet 2020 : « En application des dispositions de la loi organique relative aux lois de finances, le document de programmation budgétaire et économique pluriannuelle (DPBEP), éventuellement accompagné des documents de programmation pluriannuelle des dépenses (DPPD) adoptés en Conseil des ministres sont soumis à un débat d'orientation budgétaire (DOB) à l'Assemblée Nationale au plus tard, à la fin du deuxième trimestre de l'année.

Les commissions compétentes sont saisies pour étude à la diligence du président de l'Assemblée Nationale.

Les conclusions de la commission saisie au fond font l'objet d'un rapport introductif du débat prévu à l'alinéa précédent.

Les orientations présentées dans ces documents donnent lieu à un débat en plénière et offrent aux parlementaires une première estimation de l'évolution de la situation budgétaire et macro-économique ainsi que celle des besoins de crédits du Gouvernement en amont de la discussion sur le projet de loi de finances de l'année.

Les délibérations peuvent donner lieu à des recommandations à l'endroit du Gouvernement ».

Les rapports issus de ces auditions servent à l'information des députés, notamment dans le cadre du Débat d'orientation budgétaire (DOB) ». Comme on peut aisément le noter, de telles auditions des ministres sectoriels, permettant aux parlementaires membres des commissions permanentes de disposer des plus amples informations, s'articulent autour du document de programmation budgétaire et économique pluriannuelle qui sert de document-cadre pour l'organisation du débat d'orientation budgétaire.

La troisième situation concerne les Etats qui s'engagent dans le processus de réglementation des différentes phases menant, entre autres, au DOB. A dire vrai, la réglementation y relative donne un aspect programmatique à ces étapes comme c'est le cas au Togo et en République centrafricaine. S'agissant du Togo, il s'agit du décret primo-ministériel n° 2019-008 /PMRT du 14 mars 2019 fixant le calendrier budgétaire de l'Etat qui procède à un tel encadrement. Si la période allant de janvier à mai est prévue pour l'élaboration du cadrage macro-budgétaire N+1, N+2 et N+3, celle couvrant les trois premières semaines du mois de juin est consacrée à l'organisation du débat d'orientation budgétaire⁸⁶. Quant à la République centrafricaine, il convient de se référer à l'arrêté n° 0648 portant approbation du guide méthodologique pour l'organisation du débat d'orientation budgétaire du 8 mai 2020, pris par le ministre des finances et du budget qui mentionne les étapes⁸⁷ et le chronogramme nécessaires pour la tenue du DOB en 24 jours. Ces différentes phases commencent par la réception, au Parlement, des documents relatifs au DOB et s'achèvent par l'examen du rapport final sanctionnant les travaux de la séance parlementaire réservée à ce débat. En réalité, cet arrêté a davantage une valeur indicative qu'impérative.

L'incertitude procédurale planant sur le débat d'orientation budgétaire, dans les droits nationaux soumis à comparaison, n'influe en rien sur le fond de cette consultation parlementaire centrée autour des projections budgétaires à moyen terme. Le déroulement de ce débat démocratique de type nouveau laisse apparaître, toutefois, une implication on ne peut plus mitigée des élus.

B- Une implication parlementaire discutable

L'institution d'un débat d'orientation budgétaire dans les droits communautaires de la CEMAC et de l'UEMOA puis sa transposition, dans les droits nationaux des Etats membres, sont la consécration d'une première discussion entre les institutions politiques sur les finances

⁸⁶ Voir les pages 2 et 3 du calendrier budgétaire de l'Etat annexé au décret précité.

⁸⁷ Voir les pages 21 à 23 de ce guide.

publiques et une manière d'associer les Parlements aux choix gouvernementaux⁸⁸ projetés avant la transmission des projets de lois des finances N+1.

Si d'un côté, la participation parlementaire aux plénières consacrées aux débats d'orientations budgétaires paraît contrastée (1), de l'autre, il convient de relever que les recommandations parlementaires émises à cette occasion et sanctionnant les travaux y relatifs, sont purement et simplement ignorées lors de l'élaboration des projets de lois des finances (2).

1- Une participation mitigée

Le débat d'orientation budgétaire « est un exercice participatif qui doit permettre de ne plus faire des choix fondamentaux en matière financière, la chose exclusive de la technocratie des administrations financières, mais de faire contribuer la représentation nationale, et donc le peuple souverain »⁸⁹ à la détermination de ces choix. Ce débat démocratique a pour objectif, entre autres, de donner une visibilité à moyen terme sur la gestion des finances publiques.

Les documents qui conditionnent la tenue du DOB ne sont pas, formellement, les mêmes selon qu'on se trouve dans la zone UEMOA ou dans la Zone CEMAC. Dans l'espace UEMOA, la directive relative aux lois des finances, transposée dans les droits internes des Etats membres, fait obligation aux Gouvernements de transmettre au Parlement le document de programmation budgétaire et économique pluriannuelle, et éventuellement accompagné des documents de programmation pluriannuelle des dépenses. En droit de la CEMAC, le Gouvernement de chaque Etat membre est tenu de transmettre au Parlement, à l'effet d'organiser le DOB, les documents de cadrage budgétaire à moyen terme, en sigle CBMT, et ceux de cadrage des dépenses à moyen terme, en sigle CDMT⁹⁰, le rapport sur la situation macroéconomique et, enfin, le rapport sur l'exécution du budget de l'Etat de l'exercice en cours⁹¹. Encore faut-il préciser que les CDMT en droit communautaire CEMAC reçoivent, en droit communautaire UEMOA, l'appellation de documents de programmation pluriannuelle des dépenses⁹². Ce sont, en définitive, deux appellations équivalentes.

⁸⁸ GICQUEL (J.), « LOLF et séparation des pouvoirs. Variations élémentaires sur les forces et les formes budgétaires », *Revue Française de Finances Publiques*, n° 97, 2007, p. 10.

⁸⁹ MEDE (N.), « Réflexion sur le cadre harmonisé des finances publiques dans l'espace UEMOA », *loc. cit.*, p. 9.

⁹⁰ Les CDMT se distinguent des CBMT en ce que « ces derniers contiennent non seulement des projections de dépenses, mais aussi celles de recettes sur la période envisagée », in TONI (M.E.), *L'autorisation budgétaire dans le droit financier ouest-africain francophone*, *op. cit.*, p. 85.

⁹¹ Articles 8 et 9 de la directive n° 01/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative aux lois de finances au sein de la CEMAC.

⁹² TONI (M.E.), *L'autorisation budgétaire dans le droit financier ouest-africain francophone*, *op. cit.*, p. 86.

En outre, deux observations importantes s'imposent au sujet de la mise en œuvre du débat d'orientation budgétaire au sein des Etats membres de l'UEMOA et de la CEMAC. D'une part, concernant la Guinée Bissau qui est dans la zone UEMOA, « la promulgation des textes d'application, notamment la nomenclature du budget de l'Etat, a empêché la mise en œuvre de la LOLF. Par ailleurs, aucun des budgets 2016, 2017, 2018 et 2019 n'a été voté car le Parlement n'a pas pu être convoqué après la crise politique de 2015 »⁹³. D'autre part, concernant la Guinée Equatoriale, elle traîne encore les pas. En effet, « Alors que l'échéance fixée par la CEMAC est désormais dépassée, la Guinée Equatoriale [... n'a] toujours pas lancé le processus » d'internalisation des directives de la CEMAC⁹⁴. Tout indique que le délai d'application des dispositions communautaires relatives au DOB qui courait jusqu'au 19 décembre 2021, soit un « délai d'incubation »⁹⁵ de 8 ans⁹⁶, n'est pas tenu.

Dans un autre registre, si « depuis 2003, on observe, au Sénégal, une participation du Parlement à la phase de préparation[budgétaire] avec la tenue par le Gouvernement d'une conférence d'orientation budgétaire à l'Assemblée Nationale avant l'ouverture de la session budgétaire »⁹⁷, il n'en demeure pas moins vrai que la séance inaugurale du DOB, conformément au droit communautaire UEMOA et au droit interne, intervient, comme indiqué plus haut, en 2014.

Quant aux interventions parlementaires faites dans le cadre du DOB, notamment devant l'Assemblée Nationale du Gabon, elles paraissent étriquées. Ainsi, on dénombre 7 interventions à la séance plénière du 23 juin 2016 alors qu'à la plénière du 28 juin 2017, 8 députés, sur 91 présents, prennent la parole⁹⁸. Pour ce qui est du cas béninois, la participation est relativement élevée par rapport à l'exemple précédent. En effet, 24 députés interviennent lors du premier débat d'orientation budgétaire organisé le 30 juin 2014 à l'hémicycle du Palais des Gouverneurs. Certains expriment leurs préférences et d'autres manifestent leurs réticences au

⁹³ Banque Africaine de Développement, *République de Guinée-Bissau, Actualisation et prolongation jusqu'à décembre 2021 du document de stratégie pays 2015-2019*, op. cit., p. 15.

⁹⁴ GRANDJOUAN (P.), *La lettre d'Afrique centrale*, publication des services économiques de la Direction Générale du Trésor, n° 16-mars 2020, p. 4.

⁹⁵ MEDE (N.), « Réflexion sur le cadre harmonisé des finances publiques dans l'espace UEMOA », loc. cit., p. 2.

⁹⁶ A compter du 19 décembre 2013, date limite prévue pour la transposition, dans les droits nationaux des Etats membres, de la directive de la CEMAC relative aux lois de finances. Voir dans ce sens l'article 82 de la directive n° 01/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative aux lois de finances au sein de la CEMAC.

⁹⁷ DIAGNE (M.), « De l'influence du droit communautaire africain (UEMOA) sur les finances publiques sénégalaises », *Afrilex*, juin 2012, p. 7.

⁹⁸ Transcriptions des séances plénières des 23 juin 2016 et 28 juin 2017, disponibles sur www.assemblée-nationale.ga, consulté le 30 avril 2022.

document de programmation budgétaire et économique pluriannuelle, accompagné des annexes qui retracent les informations sur les hypothèses sous-tendant la programmation budgétaire⁹⁹. Le nombre des interventions est en légère baisse au débat d'orientation budgétaire du 23 juin 2015, tenu en amont de la transmission au Parlement du projet de loi des finances, gestion 2016. Cette plénière enregistre 17 intervenants¹⁰⁰. Les députés, comme le veut ce type de débat démocratique, saisissent l'opportunité que leur offre la LOLF pour opiner sur « une première estimation de l'évolution de la situation budgétaire et des besoins de crédits du Gouvernement en amont de la discussion sur le projet de loi de finances de l'année »¹⁰¹.

Le nombre d'interventions augmente lors du débat d'orientation budgétaire du 30 juin 2016 puisque 31 parlementaires prennent la parole dans l'hémicycle¹⁰². La plénière du 28 juin 2019 s'est révélée, par contre, catastrophique car aucun membre du Gouvernement compétent¹⁰³ ne s'est présenté à l'hémicycle pour défendre les orientations budgétaires qui préfigurent le projet de loi des finances, exercice 2020. Dans ces conditions, peut-on parler d'un véritable dialogue institutionnel Parlement-Gouvernement, dès lors que les ministres, défenseurs des documents de cadrage budgétaire, manquent à l'appel ? La désertion gouvernementale d'une plénière normalement dédiée au DOB, qui demeure une exigence légale, est un coup porté à l'impératif de transparence, en matière des finances publiques, prôné par cet innovant dispositif de renforcement du contrôle parlementaire et de la gouvernance financière. A dire vrai, il s'agit, d'un épiphénomène, d'un incident dans la marche vers l'enracinement d'un tel exercice au sein de la démocratie parlementaire béninoise. Au cours des débats d'orientations budgétaires de 2020, 2021 et 2022, le Gouvernement s'est mis à la disposition du Parlement pour débattre des options budgétaires à inscrire dans les projets de lois des finances relatives aux gestions 2021, 2022 et 2023¹⁰⁴.

⁹⁹ *Journal des débats parlementaires*, op. cit., pp. 158-177.

¹⁰⁰ Voir *Journal des débats parlementaires*, Revue Trimestrielle de l'Assemblée Nationale du Bénin, n° 004, août 2016, pp. 123-149.

¹⁰¹ Article 1^{er} de la loi organique n° 2013-14 du 27 septembre 2013 relative aux lois de finances au Bénin.

¹⁰² *Recueil des comptes rendus sommaires des séances plénières*, op. cit., pp. 240-245.

¹⁰³ En fait, le Gouvernement est représenté, à cette plénière, par le ministre de la justice, sauf que celui-ci n'est pas titulaire, au sein du Gouvernement présidentiel béninois, du portefeuille de l'économie et des finances.

¹⁰⁴ Pour mémoire, c'est le Ministre d'Etat, Ministre de l'Economie et des Finances, Romuald WADAGNI, qui a représenté le Gouvernement à l'occasion du dernier DOB organisé le 27 juin 2022 dans l'hémicycle de l'Assemblée Nationale béninoise.

On observe, à l'aune de la pratique, une « faible qualité du débat d'orientation budgétaire »¹⁰⁵ au Burkina Faso. Ainsi, les « les trois [premiers] exercices [du DOB] ont révélé des insuffisances qui limitent la contribution du Parlement à cette phase importante de décision. En effet, le DOB n'a pas encore une véritable influence sur la phase de planification et de budgétisation, en raison de l'insuffisance des observations »¹⁰⁶ parlementaires. Ce constat prévaut, également, en République du Congo où l'on remarque, à l'exception notable de l'implication des commissions permanentes de l'Assemblée Nationale et du Sénat, une très faible participation parlementaire aux débats d'orientations budgétaires¹⁰⁷.

La transmission tardive des documents légaux et le peu de temps accordé aux Parlements pour traiter et examiner, en toute sérénité, les documents essentiels pour l'organisation des DOB pourraient-ils expliquer, entre autres, le peu d'engouement manifesté par les parlementaires durant ces débats ? La transmission tardive, au Parlement, des documents indispensables à la tenue du DOB est un mal récurrent que le Gouvernement congolais n'arrive, visiblement pas, à conjurer. Et « à ce sujet, nous demandons au Gouvernement de faire parvenir à l'Assemblée Nationale les documents utiles à la tenue du DOB à terme échu » déclare, dans un ton ferme et solennel, le président de la chambre basse du Parlement congolais¹⁰⁸. Ainsi, on observe soit la non transmission au Parlement de certains documents légaux, soit l'absence d'informations qui peuvent aider à une bonne discussion parlementaire en raison de ce qu'elles ne figurent pas dans les documents envoyés devant les assemblées parlementaires. La majorité des débats d'orientation budgétaire se tient, en République du Congo, sous le signe d'une triple violation de la loi : violation tirée de la transmission tardive¹⁰⁹ des documents consubstantiels au DOB,

¹⁰⁵ BAMA (F.), *Le rôle de l'Assemblée Nationale dans le processus budgétaire au Burkina Faso. Dialogue sur les politiques portant sur le rôle des assemblées législatives dans le processus budgétaire*, op. cit., p. 3.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ Au Sénat, on recense 10 interventions cumulées pour les trois premières séances relatives au DOB, réparties de la manière suivante : 3 pour le débat d'orientation budgétaire de 2018, 4 pour le DOB de 2019 et 3 pour celui de 2020. La situation n'a pas statistiquement évolué l'année d'après, puisque 6 sénateurs prennent la parole pendant le DOB du 7 septembre 2021. Le constat, en termes d'interventions parlementaires à l'Assemblée Nationale, à la faveur des débats d'orientations budgétaires, n'est pas fondamentalement différent par rapport à la situation qui prévaut au Sénat. Si nous prenons en ligne de compte les séances dédiées au DOB, entre 2019 et 2021, il y a lieu de noter qu'en 2019, 5 députés interviennent à la plénière du 12 août 2019, 2 élus prennent la parole à la séance du 10 août 2020. Toujours à la chambre basse congolaise, 18 représentants de la Nation opinent sur les perspectives économiques 2022-2024 au cours du débat d'orientation budgétaire du 6 septembre 2021. Pour rappel, 151 parlementaires composent l'Assemblée Nationale de la République du Congo. Ce nombre s'élève à 72 au Sénat.

¹⁰⁸ Extrait du discours d'Isidore MVOUBA, prononcé le 13 août 2019 à l'occasion de la clôture de la 6^{ème} session ordinaire sous la 14^{ème} législature de l'Assemblée Nationale.

¹⁰⁹ L'article 10 de la LOLF congolaise fait obligation au Gouvernement de transmettre au Parlement, au plus tard le 30 mai, les documents de cadrage à moyen terme, accompagnés d'un rapport sur la situation macroéconomique

violation fondée sur l'incomplétude des informations ou des documents transmis au Parlement¹¹⁰, violation tirée de la non observation de la période légale retenue pour l'organisation d'un tel débat. La pratique s'est installée, dès le premier exercice, d'organiser les débats d'orientations budgétaires au mois d'août devant les deux chambres du Parlement congolais, alors que la loi en impose la tenue avant le 1^{er} juillet¹¹¹, donc au plus tard le 30 juin de chaque année. Le débat d'orientation budgétaire, prélude aux discussions budgétaires autour du projet de loi des finances de l'Etat exercice 2022, organisé, tour à tour, le 6 puis le 7 septembre 2021 pendant les sessions extraordinaires des deux chambres du Parlement, d'abord devant l'Assemblée Nationale, ensuite devant le Sénat, ne déroge pas à la pratique¹¹².

Ces manquements ne sont pas spécifiques au Congo au point d'en constituer une exception. Ils ont été déplorés, également, dans certains Etats à l'instar du Sénégal¹¹³ et du Cameroun¹¹⁴. Les statistiques excipées supra, en rapport avec les interventions des parlementaires notamment béninois faites à l'occasion des DOB semblent être l'arbre qui cache la forêt car, de l'avis des élus eux-mêmes, « pour une première fois, qu'il est donné l'occasion aux députés de fléchir l'orientation budgétaire, de contribuer à améliorer l'action du Gouvernement, nous avons choisi

et d'un rapport sur l'exécution du budget de l'Etat de l'exercice en cours. A l'épreuve de la pratique, ces documents sont transmis, devant les deux chambres du Parlement congolais, au delà du 30 mai.

¹¹⁰ La non transmission du rapport sur la situation macroéconomique et des documents inhérents au cadre des dépenses à moyen terme, au Parlement, dans la perspective du débat d'orientation budgétaire de 2018, peut être citée en exemple. L'absence des choix fiscaux pour 2020 dans les documents transmis au Parlement, à l'occasion du DOB de 2019 ainsi que la non transmission du document de cadrage des dépenses à moyen terme (CDMT), pour le DOB de 2021, confortent la thèse de la violation, par le Gouvernement, du cadre légal régissant ce débat.

¹¹¹ Article 11 de la loi organique n° 36-2017 du 3 octobre 2017 relative aux lois de finances en République du Congo.

¹¹² Signalons qu'en République du Congo, les plénières les plus récentes consacrées au DOB ont lieu le 11 août 2022 devant les deux chambres du Parlement.

¹¹³ DIOUKHANE (A.), *Les finances publiques dans l'UEMOA : Le budget du Sénégal*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 80.

¹¹⁴ L'opposition parlementaire a fustigé, le 05 juillet 2022, le non-respect du délai légal de transmission au Parlement du Document de programmation économique et budgétaire 2023-2025. Alors que la Constitution financière camerounaise fait obligation au Gouvernement de déposer au Parlement les documents relatifs au DOB avant le 1^{er} juillet de chaque année (article 11 de la loi organique n° 2018/012 du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'Etat et des autres entités publiques au Cameroun), le Gouvernement ne dépose le Document de programmation économique et budgétaire triennal, comme rappelé ci-dessus, que le 05 juillet 2022. Le Député Cabral LIBII, Président du Parti Camerounais pour la Réconciliation Nationale, proteste contre le dépôt hors délai de ce document légal. Il fustige l'attitude du Gouvernement en ces termes : « Il n'y a pas un seul député, quel que soit son bord politique, qui puisse cautionner ce qui s'est fait aujourd'hui. C'est un mélange de mépris et de condescendance. On ne peut pas servir 170 pages à 10 heures aux députés et leur demander de s'exprimer dessus 10 minutes après. Ceci est une violation de la loi ». Source : « Assemblée nationale : le Document de programmation économique et budgétaire adopté sous haute tension », publié le 10 juillet 2022, disponible sur <https://www.ecomatin.net/assemblee-nationale-le-document-de-programmation-economique2-et-budgetaire-adopte-sous-haute-tension/>, consulté le 16 mars 2023.

de renoncer à nos obligations, de renoncer à nos engagements vis-à-vis des populations (...). Le débat d'orientation budgétaire, ce n'est pas le débat des pavés de Toffo, ni des seringues du centre de santé d'Adjarra. Nous avons donc raté une occasion »¹¹⁵. Dans la même veine, la doctrine enfonce le clou. Pour le Professeur Ismaila Madior FALL, « les débats d'orientation budgétaire organisés sont dénués d'intérêt pour la plupart des députés qui n'y comprennent pas grand chose »¹¹⁶.

En revanche, ils peuvent émettre, au cours des plénières consacrées à ce débat, des recommandations lesquelles, à l'épreuve de la pratique, ne sont pas prises en compte par les autorités gouvernementales qui ont la charge constitutionnelle d'élaborer les projets de lois des finances.

2- Des recommandations parlementaires ignorées

La doctrine rappelle que le débat d'orientation budgétaire est une consultation à l'occasion de laquelle le Parlement est ainsi informé des choix budgétaires, à moyen terme, envisagés par le Gouvernement afin de lui permettre d'indiquer ses préférences ou ses réticences¹¹⁷. Le droit parlementaire congolais contient des dispositions au contenu similaire¹¹⁸. Le souhait de la CEMAC est de voir ce débat être organisé, dans chaque Etat membre, dans un délai raisonnable, c'est-à-dire « au plus tard à la fin du deuxième trimestre de l'année soit le 30 juin (...) en vue de pouvoir prendre en compte les recommandations pertinentes du débat dans le projet du budget en cours de préparation »¹¹⁹. Il résulte des textes¹²⁰ et des pratiques parlementaires que c'est au moyen des recommandations¹²¹ que les assemblées parlementaires opinent sur les choix

¹¹⁵ Extrait de l'intervention du Député béninois de la 6^{ème} législature, Eric HOUNDETE, faite à la séance du 30 juin 2014 consacrée au premier exercice du DOB devant l'Assemblée Nationale. Cf. *Journal des débats parlementaires*, Revue trimestrielle de l'Assemblée Nationale du Bénin, n° 002, janvier 2015, p. 166.

¹¹⁶ FALL (I.M.), *Sénégal, une démocratie ancienne « en mal » de réforme : Rapport sur l'état de la démocratie et de la participation politique*, op. cit., p. 51.

¹¹⁷ BOUVIER (M.), ESCLASSAN (M.-C.), LASSALLE (J.-P.), *Finances publiques*, op. cit., p. 381 ; LASCOMBE (M.), VANDENDRIESSCHE (X.), *Les finances publiques*, op. cit., p. 140.

¹¹⁸ Les articles 179 et 182, respectivement du règlement intérieur de l'Assemblée Nationale du 02 septembre 2017 et du règlement intérieur du Sénat du 19 septembre 2017, énoncent que le débat d'orientation budgétaire est une consultation du Parlement sur les choix du Gouvernement. Ce qui permet au Parlement d'indiquer ses préférences et ses réticences avant la discussion budgétaire d'octobre.

¹¹⁹ Guide didactique de la directive n° 01/11-UEAC-190-CM-22 du 19 décembre 2011 relative aux lois de finances au sein de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC), p. 9.

¹²⁰ Lire l'article 102 du règlement intérieur de l'Assemblée Nationale du Niger et l'article 119.4 du règlement intérieur de l'Assemblée Nationale du Bénin.

¹²¹ La recommandation est une « invitation à agir dans un sens déterminé [une] suggestion en général dépourvue de caractère contraignant », in CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F, 12^e édition, 2018, p. 862.

gouvernementaux débattus au cours des débats d'orientations budgétaires. Les Parlements utilisent allègrement ce mécanisme pour faire des suggestions aux Gouvernements en matière des finances publiques, pour une période triennale. Le Sénat congolais, par exemple, formule 5 recommandations à l'occasion des débats d'orientations budgétaires du 12 août 2018 et du 12 août 2019 puis 18 recommandations durant le DOB du 11 août 2022. L'Assemblée Nationale du Bénin, par le truchement de la Commission des Finances et des Echanges, émet, à chaque fois, 8 recommandations lors des travaux en commission sur l'étude des documents transmis par le Gouvernement et soumis aux débats d'orientations budgétaires de 2017¹²² et de 2018¹²³.

Or, on remarque une forme de frustration parlementaire qui transparait dans les prises de paroles. Une telle frustration prend sa source dans la non prise en compte, à l'étape de la finalisation des projets de lois des finances, des recommandations parlementaires formulées antérieurement, c'est-à-dire pendant le débat d'orientation budgétaire. Il en est ainsi du Député gabonais, Rémy OSSELE NDONG, membre du groupe parlementaire majoritaire à l'Assemblée Nationale, celui du Parti Démocratique Gabonais. A la plénière du 28 juin 2017 consacrée au débat d'orientation budgétaire, il déclare : « Toutefois, à la lumière des expériences passées, la représentation nationale, par ma voix, souhaite que pour le Gouvernement, cet exercice ne soit pas une simple question de pure convenance, c'est-à-dire venir sacrifier à l'exigence de l'article 6 de la loi organique 20/2014 du 21 mai 2015, sans qu'au final, les députés ne se reconnaissent dans le projet de budget qu'ils auront par la suite à voter (...) Nous osons croire que les observations des députés seront désormais prises en compte et que nous parlerons dorénavant le même langage »¹²⁴. Un reproche analogue est fait à l'endroit du Gouvernement congolais. S'exprimant sur la posture gouvernementale qui consiste à ignorer les recommandations parlementaires formulées durant les DOB, le Président de l'Assemblée Nationale de la République du Congo, Isidore MVOUBA, attire l'attention du Gouvernement en ces termes : « Je voudrais appeler le Gouvernement de la République au respect scrupuleux des recommandations arrêtées lors du débat d'orientation budgétaire »¹²⁵. Le Président de la Commission Economie, Finances et Contrôle de l'Exécution du Budget de la même Assemblée, Maurice MAVOUNGOU, note, dans sa présentation-synthèse du rapport de la Commission, à

¹²² Cf. *Rapport d'activités de la Commission des Finances et des Echanges*, première session ordinaire de l'année 2017, p. 9.

¹²³ Cf. *Rapport d'activités de la Commission des Finances et des Echanges*, première session ordinaire de l'année 2018, p. 10.

¹²⁴ Transcription de la séance plénière du 28 juin 2017, disponible sur www.assemblée-nationale.ga, consulté le 30 avril 2022.

¹²⁵ Extrait de son discours prononcé le 13 août 2019 à l'occasion de la clôture de la 6^{ème} session ordinaire sous la 14^{ème} législature de l'Assemblée Nationale.

l'occasion du débat d'orientation budgétaire du 12 août 2019, qu'aucune des recommandations adressées par l'Assemblée Nationale au Gouvernement, pendant le DOB de 2018, n'a été prise en compte dans l'élaboration du projet de loi des finances de l'Etat, exercice 2019. Au Burkina Faso, les causes justifiant la méconnaissance, par le Gouvernement, des recommandations parlementaires formulées à l'occasion des DOB sont épinglées. Elles se rapportent, entre autres, à la faiblesse des capacités des parlementaires, à celle liée à l'organisation d'un tel débat et à l'inexistence d'un dispositif de prise en compte des observations¹²⁶ parlementaires. Il a été noté que le débat d'orientation budgétaire n'a aucune « influence sur la phase de planification et de budgétisation »¹²⁷ dans cet Etat ouest-africain.

Concrètement, les Gouvernements sont-ils tenus de suivre, à tout prix, les recommandations parlementaires émises au cours des débats d'orientations budgétaires ? La réponse est négative car, agir de la sorte remettrait en cause la règle des quatre temps alternés¹²⁸ résumée dans le quadriptyque suivant : préparation et exécution du budget échues au Gouvernement, vote et contrôle du budget dévolus au Parlement. Se plier aux recommandations parlementaires qui sont, par conséquent, dénuées de toute force contraignante reviendrait à porter atteinte au principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs.

Enfin, les Gouvernements sont juges exclusifs de l'opportunité de classement sans suite ou, a contrario, de la prise en compte des recommandations parlementaires estimées pertinentes et enrichissantes pour les projets de lois des finances initiales, au stade de l'élaboration de ceux-ci.

Conclusion

A la lumière des développements qui précèdent, il convient de relever que les dispositions communautaires relatives au débat d'orientation budgétaire sont passées du formalisme à l'effectivité dans la quasi-totalité des Etats membres, aussi bien de l'UEMOA que de la CEMAC. Cela a été rendu possible après leur transposition, dans les droits nationaux, ensemble et de concert soit avec les directives communautaires relatives aux lois de finances soit avec celles portant Codes de transparence dans la gestion des finances publiques. Les opérations juridiques de transposition, hors délais, de ces actes communautaires dérivés, dans

¹²⁶ Cf. BAMA (F.), *Le rôle de l'Assemblée Nationale dans le processus budgétaire au Burkina Faso. Dialogue sur les politiques portant sur le rôle des assemblées législatives dans le processus budgétaire*, op. cit., p. 3.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ BOTTIN (M.), « Budget », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F, 2003, p. 146.

l'écrasante majorité des Etats membres des organisations africaines d'intégration susmentionnées, ne sont plus qu'un lointain souvenir. Toutefois, pour plusieurs raisons tenant, entre autres, à l'incomplétude des documents transmis ou des données fournies aux Parlements, à l'insuffisance de l'expertise parlementaire, à la technicité et à la complexité de la matière soumise à la consultation parlementaire etc., la qualité des interventions parlementaires, dans ce débat, ne semble pas encore donner entièrement satisfaction. Il est évident que l'analyse et la manipulation des données économiques et financières nécessitent une connaissance et une expertise soutenues de la part des élus. C'est à ce prix que les recommandations parlementaires pertinentes pourraient rencontrer l'assentiment de l'autorité en charge de la préparation des projets de lois des finances, à savoir le Gouvernement.

Les consultations parlementaires concrétisées par les DOB ressemblent davantage, à l'aune de la pratique, à des occasions démocratiques manquées. Les fruits ne tiennent pas encore la promesse des fleurs. Les élus devraient se saisir de l'opportunité que leur offre le débat d'orientation budgétaire pour peser dans les choix budgétaires préluces aux discussions et vote des lois de finances, d'autant plus qu'ils sont exclus, constitutionnellement, du processus de leur préparation. L'absence ou la non codification des projets annuels de performance parmi les documents légaux à transmettre aux Parlements, à l'heure du basculement des budgets étatiques en mode programme, la non concordance juridique de l'examen des projets de lois de règlement N-1 avec les débats d'orientations budgétaires, couplée à la mise à l'écart de l'avis du juge financier¹²⁹, constituent des chaînons manquants de ces débats dans les Etats sous étude.

Enfin, si l'on considère le débat d'orientation budgétaire comme une technique de contrôle parlementaire ou comme un outil qui participe du renforcement du contrôle parlementaire sur les finances publiques, force est de reconnaître que pendant son déroulement, les Gouvernements exposent leurs orientations budgétaires « en apesanteur du contrôle parlementaire »¹³⁰.

¹²⁹ Le droit parlementaire ivoirien est l'exception qui confirme la règle (Cf. Article 107 alinéa 3 de la Résolution n° 005 A du 27 juillet 2018 portant règlement de l'Assemblée Nationale).

¹³⁰ Selon l'heureuse formule des Professeurs Augustin LOADA et Luc Marius IBRIGA. Cf. LOADA (A.) et IBRIGA (L.M.), *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Ouagadougou, PADEG, 2007, p. 211.

**De l'exigence de requête préalable à l'autonomie de l'action pour
l'application de la peine de servitude pénale en répression des infractions
douanières en droit congolais**

*The requirement of a prior request and the autonomy of the action for the application of the
penalty of imprisonment in the repression of customs offenses in Congolese law*

Page | 339

Par :

LWETE LWENKOMBA Freddy

Doctorant à la Faculté de Droit de l'Université de Lubumbashi

Diplômé d'Etudes Approfondies en Droit

Inspecteur des douanes

Résumé :

Le Code des douanes de la République Démocratique du Congo attribue au Ministère public l'exercice de l'action pour l'application de la peine de servitude pénale en répression de certaines infractions douanières. Dans le cadre de l'assainissement du climat des affaires, le Premier ministre de la RDC a, en 2012, instituée l'exigence d'une requête préalable des régies financières à toute action des autorités judiciaires en matière des finances publiques. Cette exigence a été rappelée par le Procureur Général près la Cour de cassation en janvier 2023. Le présent papier avance, à la lumière des dispositions du Code des douanes et des rapports qu'entretiennent les autorités judiciaires avec la douane, la thèse selon laquelle l'action pour l'application de la peine de servitude pénale exercée par le Ministère public en répression des infractions douanières est une action publique autonome, sans prétention à l'indépendance, susceptible d'être mise en mouvement, sous certaines conditions, en l'absence d'une requête préalable de la douane.

Mots-clés : requête préalable, action en justice, douane, infraction douanière

Abstract:

In January 2023, the Attorney General at the Supreme Court of Appeal of the Democratic Republic of Congo called for the enforcement of the 2012 Prime Minister's decree that instituted the rule of a request from the revenue authorities prior to any related action to be taken by the judicial authorities, as part of the fight against administrative and judicial harassment in economic matters. In the light of the provisions of the Customs Code and the relations between both judicial and customs authorities, this paper argues that it is possible for the Prosecuting Attorney, to conduct the legal proceedings against somebody to be sentenced for imprisonment for customs offenses, in absence of any prior complaint, under certain conditions.

Page | 340

Keywords: prior request, tax litigation, customs, customs offense



Introduction

Au cours du mois de janvier 2023, le Procureur Général près la Cour de cassation de la République Démocratique du Congo faisait par voie d'Instruction¹, le constat de saisine d'office de certains magistrats du Ministère public lorsqu'ils ont une information en matière de fraude fiscale et douanière, en violation du Décret n° 12/029 du 23 août 2012 portant interdiction de contrôle et de recouvrement des impôts, droits, taxes et autres redevances dus à l'Etat sans requête des régies financières². Il rappelait dans son texte que pour agir, le Procureur de la République du ressort doit être lui-même au préalable saisi par l'administration des douanes, l'administration des impôts ou l'administration des recettes non fiscales.

Page | 341

Mise en relation avec les dispositions des articles 362 et 363 de l'Ordonnance-loi n° 10-002 du 20 août 2010 portant Code des douanes, en application desquelles les infractions douanières peuvent être poursuivies par voie d'action pour l'application de la servitude pénale exercée par le Ministère public, et/ou d'action pour l'application des amendes et des confiscations prévues par la législation douanière exercée par la douane, cette Instruction ranime le constat selon lequel les poursuites judiciaires ne sont que rarement exercées par les deux institutions en répression³ de la fraude douanière. D'où la carence de la jurisprudence en matière douanière en République Démocratique du Congo.

Il semble que l'interdiction portée par le décret de 2012 d'une part et, d'autre part, l'extinction des droits de poursuites des infractions douanières du fait de la transaction douanière⁴, du classement sans suite ainsi que de la prescription, expliquent ce constat de carence de la jurisprudence en matière douanière en RDC.

Le présent papier tente de démontrer que cette explication n'est pas suffisante et propose de compléter la réponse par l'étude des rapports entre d'une part, les deux actions en justice et, d'autre part, les institutions auxquelles elles sont dévolues. La thèse de notre réflexion est que *l'action pour l'application de la servitude pénale dévolue au Ministère public en répression des infractions douanières est une action publique autonome, sans prétention à l'indépendance*,

¹ Instruction n° 001/D.008/IM/PGCCAS/SEC/2023 du 23 janvier 2023 rappelant l'interdiction légale aux Magistrats du Ministère Public de poursuivre les matières fiscales, douanières et non fiscales sans réquisition préalable des régies financières.

² J.O. RDC, n° 3, Première partie, 1^{er} février 2013.

³ Sur la répression, Lolita GIRONDEAU, citant Olivier MOUYSSSET, écrit que « La répression est considérée par la doctrine comme 'un élément d'un dérèglement sur le plan social, un dérèglement apparu intolérable par l'atteinte portée à l'intérêt général et contre lequel la société a ressenti le besoin d'une réaction ferme, dépassant le cadre de la simple prévention' ». GIRONDEAU (L.), *Contribution à l'étude de la pénalisation du droit fiscal*. Paris, L'Harmattan, 2021, p. 18.

⁴ Au sens de l'article 368 du Code des douanes de la République Démocratique du Congo, la transaction est la convention par laquelle la douane, agissant dans les limites de sa compétence, renonce à poursuivre l'infraction douanière pour autant que la ou les personnes impliquées se conforment à des conditions bien déterminées. Micheline LEKANE écrit à ce sujet que « Dans leur grande majorité, les infractions douanières ne seront jamais portées à la connaissance des autorités judiciaires. Elles se terminent généralement par un règlement transactionnel(...) La transaction douanière constitue un mode classique de règlement amiable du litige douanier. » LEKANE (M.), « Les règlements des litiges par voie transactionnelle en matière douanière », *R.I.D.S.P.*, Vol. 3, n° 1, Janvier 2023, pp. 141 et 148.

susceptible d'être mise en mouvement, sous certaines conditions, en l'absence d'une action préalable de la douane.

Pour ce faire, il est fait recours, en guise de référent théorique, au principe de légalité des poursuites et ses limitations que sont les obligations légales de signalement immédiat à la douane de l'infraction douanière constatée par les officiers de police judiciaire à compétence générale d'une part, et d'autre part, d'information de la douane par le Ministère public, de tout renseignement de nature à présumer une infraction douanière ou une manœuvre quelconque ayant eu pour but ou pour effet d'enfreindre la législation douanière. Ces deux obligations sont instituées aux articles 356 et 363 du Code des douanes.

En effet, l'Instruction du Procureur Général près la Cour de cassation de la République Démocratique du Congo relève l'illégalité de la saisine d'office du Ministère public en matière de recettes fiscales, douanières et non fiscales dues à l'Etat congolais. Cela, lorsque les magistrats du Ministère public ont une information sur la fraude dans ces domaines. En cela, le Procureur Général près la Cour de cassation fait appel au principe de légalité, plus spécialement de la légalité des poursuites.

En droit congolais, légalité des poursuites est assise sur les dispositions de l'article 17 alinéa 2 de la Constitution de la République Démocratique du Congo du 18 février 2006, libellé comme suit : *Nul ne peut être poursuivi, arrêté, détenu ou condamné qu'en vertu de la loi et dans les formes qu'elle prescrit.*

Dans leur Manuel de procédure pénale, LUZOLO BAMBI LESA (E. J.) et BAYONA BA MEYA relèvent à juste titre, sur la légalité des poursuites, que « selon cette théorie tout délinquant, quel qu'il soit ou quel[le] que soit l'infraction, grave ou mineur[e], qu'il a commis[e], doit obligatoirement être jugé, car il y a là parfait égalité de tous devant la loi. La loi, quelle que soit sa rigueur, quelles que puissent être les conséquences humaines, sociales et économiques de sa stricte application, doit être respectée en n'importe quelle circonstance.⁵ »

A lire NYABIRUNGU mwene SONGA, « Il revient au législateur de déterminer les organes et les formes du procès. Dans notre droit, cette obligation a été notamment réalisée par la promulgation des codes de l'organisation et de la compétence judiciaires d'une part, et de procédure pénale, d'autre part.⁶ »

De son côté, Patrick CANIN enseigne que le principe de légalité signifie que les règles de droit pénal (et de procédure pénale) doivent être déterminées par la loi⁷.

⁵ LUZOLO BAMBI LESA (E. J.) et BAYONA BA MEYA (N. A.), *Manuel de procédure pénale*, Kinshasa, PUC, 2011, p. 379.

⁶ NYABIRUNGU mwene SONGA, *Traité de droit pénal général congolais*. 2^e éd., Kinshasa, Editions Universitaires Africaines, 2007, p. 59.

⁷ CANIN (P.), *Droit pénal général*, 11^e éd., Paris, Hachette Supérieur, 2021, p. 18.

Plus explicites, dans leur livre de Droit pénal général et procédure pénale, au sujet du principe de la légalité, Bernard BOULOC et Haritini MATSOPOULOU relèvent que « Le procureur de la République doit s'assurer de ce que les éléments constitutifs d'une infraction déterminée paraissent effectivement réunis. C'est le problème du bien-fondé apparent de l'action publique. Le procureur doit trouver la qualification pénale adéquate ; vérifier que les éléments matériels et psychologiques requis par cette qualification existent bien en l'espèce, examiner si aucune cause d'impunité ne se présente (fait justificatif, cause de non-imputabilité, immunité), et déterminer quelles sont les personnes à poursuivre (et à quel titre) parmi celles qui paraissent compromises dans cette infraction. Le procureur doit également s'assurer qu'aucun obstacle de forme ne s'oppose au déclenchement de la poursuite. C'est le problème de la recevabilité de l'action publique (les conditions de recevabilité n'étant pas les mêmes selon la qualification retenue, il est nécessaire d'examiner en premier lieu le problème du bien-fondé apparent). (...) Le procureur examinera également s'il ne s'agit pas d'une de ces infractions pour lesquelles la poursuite ne peut avoir lieu – exceptionnellement – que sur plainte de la victime ou dénonciation ou 'autorisation' d'une Administration, auquel cas il devra vérifier si ce document figure d'ores et déjà au dossier. ⁸»

Dans un article consacré à l'infraction douanière en droit congolais, Arthur LEPRIYA NKOY écrit : « En République Démocratique du Congo, le principe de la légalité est une règle constitutionnelle depuis fort longtemps. La Constitution du 18 février 2006 telle modifiée et complétée par la loi n° 11/002 du 20 janvier 2011, en son article 17, alinéas 3 et 4 dispose que 'nul ne peut être poursuivi pour une action ou une omission qui ne constitue pas une infraction au moment où elle est commise et au moment des poursuites. Nul ne peut être condamné pour une action ou omission qui ne constitue pas une infraction au moment où elle est commise et au moment de poursuite et au moment de la condamnation.' (...) Ceci revient à dire [que] pour qu'il y ait infraction, il faut qu'il y ait une incrimination prévue dans un texte de loi. (...) En d'autres termes, une infraction à la législation douanière ne peut être pénalement poursuivie que lorsqu'un texte de droit interne le prévoit et à la condition, en outre, que l'incrimination qui en résulte soit définie en des termes clairs et précis pour exclure l'arbitraire et permettre au prévenu de connaître exactement la nature et la cause de l'accusation portée contre lui. ⁹»

En droit douanier de la République Démocratique du Congo, la légalité des poursuites d'une infraction douanière par l'officier du Ministère public évoque trois cas prévus par le Code des douanes : *l'infraction douanière constatée par les officiers de police judiciaire à compétence générale, l'infraction douanière présumée ou constatée en cours d'instance et*

⁸ BOULOC (B.) et MATSOPOULOU (H.), *Droit pénal général et procédure pénale*, 21^e éd., Paris, Dalloz, 2018, pp. 487-488.

⁹ LEPRIYA NKOY (A.), *Liminaires sur l'infraction douanière*, 11 novembre 2022, disponible en ligne sur <https://www.alnkoy.com/liminaires-sur-linfraction-douaniere/>

l'application de la servitude pénale en répression d'une infraction douanière. A chaque cas, la législation douanière congolaise a réservé une réponse appropriée.

En premier lieu, le cas d'*infraction douanière constatée par les officiers de police judiciaire à compétence générale* est prévu par le Code des douanes de la République Démocratique du Congo en son article 356 en ces termes :

Page | 344

- *Les agents des douanes revêtus au moins du grade d'attaché de bureau de première classe ont le pouvoir de constater les infractions à la législation douanière.*
- *Lorsque les officiers de police judiciaire à compétence générale constatent des infractions douanières, ils les signalent immédiatement à la douane.*

Il résulte de ces dispositions que :

- La plénitude de la constatation des infractions douanières est dévolue aux agents des douanes ayant qualité d'officier de police judiciaire à compétence restreinte¹⁰ ;
- Les officiers de police judiciaire à compétence générale sont tenus d'observer l'*obligation de signalement immédiat de l'infraction douanière à la douane* pour instruction, au lieu de la communiquer à l'officier du Ministère public.

A ce titre, l'obligation de signalement immédiat de l'infraction douanière à la douane apparaît comme une première *limitation* des pouvoirs du Ministère public dans la répression de la fraude douanière. En effet, les officiers de police judiciaire à compétence générale sont tenus d'informer sans délai les autorités judiciaires de toute infraction dont ils ont connaissance¹¹. Il n'en est pas ainsi en matière douanière. La législation douanière congolaise institue une exception à cette règle lorsqu'elle impose que l'infraction douanière soit portée à la connaissance de la douane et non de l'officier du Ministère public.

En deuxième lieu, le cas de l'*infraction douanière présumée ou constatée en cours d'instance* est prévu à l'article 364 du Code des douanes de la République Démocratique du Congo en ces termes : *Qu'il s'agisse d'une instance civile ou commerciale ou d'une ouverture d'instruction, même terminée par un classement sans suite, l'autorité judiciaire est tenue d'informer la douane de tout renseignement de nature à présumer une infraction douanière ou une manœuvre quelconque ayant pour but ou effet d'enfreindre la législation douanière.*

Cette disposition de la législation douanière congolaise institue donc une obligation, savoir, l'*obligation d'information à la douane de tout élément susceptible de constituer une infraction douanière.* Cette obligation est à charge de l'autorité judiciaire, en ce compris

¹⁰ Avant leur entrée en fonction, les agents des douanes ayant la qualité d'officier de police judiciaire doivent prêter serment devant le Procureur de la République, conformément à l'article 31 du Code des douanes.

¹¹ Article 28 alinéa 1^{er} de l'Ordonnance n° 78-289 du 3 juillet 1978 relative à l'exercice des attributions d'officier de police judiciaire près les juridictions de droit commun.

l'officier du Ministère public. L'obligation ainsi instituée constitue une seconde *limitation* des pouvoirs du Ministère public.

En troisième lieu, la législation douanière congolaise prescrit le cas de l'*application de la servitude pénale en répression d'une infraction douanière*. En effet, en droit congolais, le tribunal compétent peut être saisi d'une action en répression de l'infraction douanière, soit par l'officier du Ministère public, soit par la douane. Le Code des douanes a ainsi établi à l'article 363, deux actions en justice en ces termes :

- *L'action pour l'application de la peine de servitude pénale est exercée par le Ministère public.*
- *L'action pour l'application des amendes et des confiscations prévues par la législation douanière est exercée par la douane.*

A la différence des obligations de signalement et d'information à la douane évoquées ci-dessus, le présent papier s'emploie l'exercice des actions en justice reconnues à la douane et au Ministère public ne constitue nullement une limitation au principe de légalité des poursuites. Dans les limites du cadre ainsi tracé, la présente réflexion aborde les rapports entre l'action pour l'application de la servitude pénale et l'action pour l'application des amendes et des confiscations, en répression des infractions douanières, en termes de coïncidence et de concomitance (I) mais également d'autonomie de l'une envers l'autre (II).

I- DE LA COÏNCIDENCE ET DE LA CONCOMITANCE DE L'ACTION POUR L'APPLICATION DE LA SERVITUDE PENALE ET DE L'ACTION POUR L'APPLICATION DES AMENDES ET DES CONFISCATIONS.

Le propos de ce point est d'explorer les conditions dans lesquelles prennent naissance l'action pour l'application de la servitude pénale exercée par le Ministère public et l'action pour l'application des amendes et des confiscations exercée par la douane. Cela aboutit à démontrer que le manque de coordination de la répression administrative des infractions douanières avec les possibilités légalement instituées d'actions en justice impacte négativement l'émergence d'une jurisprudence en matière douanière.

A cet effet, il importe de relever que les deux actions sont liées quant à leur naissance et que les conditions de ladite naissance (A) induisent l'idée de concomitance ou coïncidence (B) ainsi que celle de l'autonomie desdites actions. Cette dernière a une importance telle qu'elle a nécessité d'être étudiée comme constituant la seconde partie de ce texte.

A- De la naissance de l'action pour l'application de la servitude pénale et de l'action pour l'application des amendes et des confiscations

L'action pour l'application de la servitude pénale et celle pour l'application des amendes et des confiscations sont liées à la constatation par la douane de l'infraction douanière punie de servitude pénale, ou au signalement par les officiers de police judiciaire à compétence générale

d'une telle infraction douanière constatée par eux à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions¹². L'infraction douanière dûment constatée par les agents de douane sur procès-verbal est génitrice de ces deux actions, dans l'ordre d'énumération légale de l'article 363 du Code des douanes, savoir, l'action pour l'application de la peine de servitude pénale en premier lorsque l'infraction douanière est punie de servitude pénale.

Pourtant, la tendance dans la pratique de la répression des infractions douanières par la douane consiste à affirmer que la saisine du juge d'une action en répression des infractions douanières, relève du pouvoir discrétionnaire de la douane. De la sorte, on subordonne la mise en œuvre de l'action du Ministère public par la mise en œuvre préalable ou au même moment de celle de la douane. Le décret précité ainsi que récemment l'Instruction du Procureur Général près la Cour de cassation sont souvent brandis à cet effet.

Nous posons que l'action en justice en répression des infractions douanières est toujours *sous-entendue* dans la constatation de l'infraction. Car, comme il en est à l'égard de toutes les infractions, l'action en répression naît avec la constatation de l'infraction, tandis que sa mise en mouvement peut être soumise à des conditions particulières.

L'action en répression des infractions douanières demeure sous-entendue, jusqu'à sa mise en mouvement dans les conditions légalement établies ou, en l'absence de celle-ci, jusqu'à extinction des droits de poursuites du fait de la transaction intervenue entre la douane et le ou les auteurs¹³ présumés, de la prescription ou de l'abandon des poursuites pour faits infractionnels non établis.

Entre l'action pour l'application de la servitude pénale et l'action pour l'application des amendes et des confiscations, aucune ne précède l'autre, ni n'est à la base de l'autre, sauf à considérer l'ordre protocolaire d'énumération faite à l'article 363 du Code des douanes. Chaque action a son existence distincte de l'autre. L'action pour l'application des amendes et des confiscations reconnue à l'administration des douanes n'est nullement à l'origine de l'action pour l'application de la servitude pénale reconnue au Ministère public.

¹² Article 356 du Code des douanes.

¹³ Pour Honoré MAZWAN, le concept d'auteur de l'infraction douanière fait référence à la notion de d'acteurs de la fraude. Il écrit à cet effet, dans un article consacré à la fraude douanière, que « Les principaux acteurs de la 'fraude douanière' sont notamment les opérateurs économiques, les commissionnaires en douane et les agents chargés du contrôle douanier. Le code des douanes rend pénalement responsables des infractions douanières, les détenteurs des marchandises, les capitaines de navires, les commandants d'aéronefs, les conducteurs de véhicules, les déclarants, les complices ainsi que les intéressés à la fraude (art. 373 à 377). » MAZWAN KELUNGA (H.), « La "fraude douanière" : la comprendre pour mieux la combattre », *Revue des douanes congolaises*, n° 009, Juin 2013, p. 47.

B- De la concomitance et de la coïncidence des actions en répression des infractions douanières.

Pour poursuivre les discussions sur les rapports entre les deux actions, il sied de distinguer leur *coïncidence* de leur *concomitance*. Cette orientation tient à la nature des rapports qui existent entre ces deux actions, quant à leur survenance ou mise en œuvre.

Page | 347

Bien que les deux concepts, par ailleurs synonymes à plusieurs égards, renvoient tous deux à la rencontre de deux ou plusieurs événements, actes, situations ou choses, à leur apparition ou disparition dans le temps ou déroulement simultané, on peut convenir avec le Dictionnaire Larousse¹⁴ que la coïncidence ne manque pas d'évoquer l'idée d'une rencontre *fortuite*. Est fortuit ce qui est inattendu, imprévu, inopiné, occasionnel, accidentel, imprévisible.

Pour exprimer les rapports entre l'action du Ministère public et celle de la douane devant le juge, nous nous sommes intéressés spécialement à un synonyme en particulier, *occasionnel* en l'occurrence, entendu comme ce qui résulte d'une *occasion*¹⁵. Cette dernière est elle-même retenue dans son sens de *contexte qui détermine un événement*¹⁶. Dans ce sens, la rencontre des deux actions serait fortuite à l'occasion d'un même contexte, la constatation de l'infraction douanière dans les formes prescrites par le Code des douanes.

Ainsi, nées toutes deux à l'occasion de la constatation de l'infraction douanière par les officiers de police judiciaire de la douane ou ceux à compétence générale, aucune des deux actions ne saurait être considérée, sans préjudice de toute logique juridique, comme condition de mise en mouvement de l'autre. En l'espèce, on ne saurait subordonner la mise en mouvement de l'action pour l'application de la servitude pénale en répression des infractions douanières par celle de l'action pour l'application des amendes et des confiscations.

En fait, la coïncidence des deux actions n'est liée qu'à leur naissance, sans toutefois que cela n'entraîne obligatoirement leur exercice synchronisé en tout état de cause, alors même que la synchronisation serait bénéfique à certains égards à la répression des infractions douanières. La mise en mouvement des deux actions concomitamment est une possibilité à fréquence élevée, sans toutefois devenir une obligation, une condition d'exercice de l'une ou de l'autre, au point d'en faire des actions conséquentes¹⁷. Cela est vrai, en particulier, lorsque l'infraction douanière poursuivie est punie de la seule peine d'amende, comme dans les cas prévus aux articles 384 à 387 du Code des douanes, où l'action pour l'application des amendes et des confiscations s'exerce en l'absence de concomitance quelconque avec une autre action publique.

¹⁴ Larousse 2019 pour iPad, sur la définition de coïncidence : Fait que des événements se produisent en même temps ; situation fortuite résultant de cette simultanéité ; concomitance : *Sans cette coïncidence, aurait-il écrit ce grand roman ?*

¹⁵ Le Robert Mobile pour iPad, sur la définition d'occasionnel.

¹⁶ Larousse 2019 pour iPad, sur la définition d'occasion.

¹⁷ Voir Le Robert Mobile pour iPad sur la définition de conséquent(e) : qui agit ou raisonne avec esprit de suite.

II- DE L'AUTONOMIE DE L'ACTION POUR L'APPLICATION DE LA PEINE DE SERVITUDE PENALE

Le caractère principal de la peine de servitude pénale en répression des infractions douanières contraste avec une certaine passivité du Ministère public dans la mise en mouvement de l'action pour l'application de la peine de servitude pénale, mais également la passivité de la douane dans la mise en mouvement de l'action pour l'application des amendes et des confiscations. A cet égard, le rappel de l'interdiction d'immixtion par voie d'Instruction du Procureur Général près la Cour de cassation couvre de son voile pudique l'inaction du Ministère public dans la lutte contre la fraude douanière, le limitant à attendre d'être invité par la douane à agir pour l'application de la servitude pénale, pendant que cette dernière s'enfonce dans une espèce de léthargie¹⁸ à l'égard de l'intervention du juge.

Il nous a été donné de constater à la douane, un nombre en permanente croissance de procès-verbaux d'infraction en matière douanière pour faits de contrebande, d'importation et d'exportation sans déclaration, en cours d'instruction depuis de nombreuses années, sans saisine du juge, exposant ainsi ces constats d'infractions à la prescription.

A- Le constat d'attentisme du Ministère public et de la DGDA¹⁹ au regard de la saisine du juge

Le constat d'attentisme (1) fait dans ce papier révèle que le législateur congolais a quelque peu établi une certaine dépendance de l'action du Ministère public à la transaction douanière, dépendance par ailleurs élargie dans la pratique (2).

1- Constat

En fait, depuis l'entrée en vigueur du Code des douanes de 2010, très peu ou prou de cas de saisine du juge n'a été faite à l'initiative de la DGDA, fût-ce par elle-même en sa qualité de partie poursuivante conformément aux dispositions de l'article 363 point 2 dudit Code, ou encore à travers le Ministère public exerçant l'action pour l'application de la peine de servitude pénale en vertu du point 1 du même article. *Le Ministère public attend d'être saisi par la douane pour exercer l'action pour l'application de la peine de servitude pénale. De son côté, la douane se réserve d'agir en justice, malgré des difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de la transaction douanière.*

C'est cela le *constat d'attentisme* du Ministère public et de la DGDA. Le Robert Mobile pour iPad définit « attentisme » comme une *attitude politique consistant à attendre que les événements s'annoncent pour prendre une décision.*

¹⁸ Voir Le Robert Mobile pour iPad sur la définition de léthargie : sommeil profond et prolongé dans lequel les fonctions de la vie semblent suspendues ; engourdissement complet.

¹⁹ Direction Générale des Douanes Accises.

L'application des dispositions du décret de 2012 susvisé aggrave l'attentisme dans la mise en œuvre de l'action pour l'application de la peine de servitude pénale. A titre d'illustration, les agents de douane et les partenaires de la douane évoquent souvent, pour écarter le Ministère public de la répression des infractions douanières et fonder son attentisme, l'arrêt de la Cour d'Appel de Kinshasa/Gombe du 9 décembre 2015 rendu sous RPA 12.308, dans lequel il a été reproché au premier juge d'avoir violé la législation douanière qui est une législation spécifique en la matière, qui déroge donc aux règles générales de procédure pénale et qui subordonne toutes poursuites relatives aux infractions douanières à la plainte préalable et obligatoire de l'administration des douanes. Dans les faits, le Tribunal de Grande Instance de Lubumbashi avait été saisi, en procédure de flagrance, par le Ministère public pour des faits de contrebande, corruption et faux en écriture commis par un fonctionnaire, à charge de trois fonctionnaires des douanes dans l'exercice de leurs fonctions. Usant de leur droit à la garantie de l'employeur, les trois fonctionnaires des douanes ont sollicité et obtenu du juge l'intervention de la DGDA qui a soulevée l'irrégularité de la saisine du juge et donc de l'action publique pour absence de plainte préalable par elle jamais déposée, conformément aux dispositions de l'article 4 du décret précité. En effet, ledit article dispose : *Toute immixtion des services non autorisés, ainsi que toute enquête des Inspecteurs de Police Judiciaire, des services de sécurité ou de renseignement, des officiers du Ministère public en matière de contrôle et de recouvrement des impôts, droits et taxes et autres redevances dus à l'État, sans saisine préalable du Procureur de la République du ressort par l'administration des douanes, l'Administration des Impôts ou l'Administration des recettes non fiscales, sont prohibées et donnent lieu à des poursuites disciplinaires à l'endroit de leurs auteurs.*

Dans ces conditions, la passivité du Ministère public semble justifiée par l'attente de la plainte préalable de la douane, alors qu'un examen poussé de la législation permet de relever des erreurs ou abus d'interprétation des dispositions du décret précité.

A l'étude, il se dégage des relations entre l'administration des douanes d'une part et, d'autre part, le Ministère public et le juge, une certaine *méfiance institutionnelle*. Les relations entre les agents de douane ou du fisc congolais en général et la justice sont plutôt émaillées d'interpellations fréquentes de ceux-là, considérés, à tort ou à raison, en RDC comme des fonctionnaires privilégiés qui se servent aisément et impunément dans les recettes publiques qu'ils sont chargés de recouvrer, et détiennent ainsi une certaine « richesse collective » à redistribuer. Arrêter un agent de la DGDA, de la DGI²⁰ ou de la DGRAD²¹ peut rapporter gros à l'officier du Ministère public et au juge en termes de « garantie financière » à pourvoir en vue d'une liberté provisoire. Il s'agit pour l'autorité judiciaire, de revendiquer sa part de richesse collective à laquelle elle aurait « droit »²². L'officier du Ministère public et le juge sont donc

²⁰ Direction Générale des Impôts.

²¹ Direction Générale des Recettes Administratives, Domaniales et de Participation.

²² « Le reproche récurrent fait à la douane est celui de la corruption des agents. Les éléments de preuve brandis pour soutenir cette affirmation sont : la richesse de ceux-ci, les constructions d'immeubles. Certes, sur le

vus comme des *loups* en quête de *proie* qu'est le fonctionnaire des finances. Quoi de plus instinctif que de voir la *proie* se réserver d'inviter le *loup* à déjeuner avec lui dans sa maison !

A cet effet, il paraît *confortable* pour l'administration douanière et fiscale de *garder ses distances*, en s'abstenant d'impliquer les autorités judiciaires dans le règlement du contentieux fiscal et douanier, de peur de se faire dévorer par cette dernière à la moindre faute commise et trouvée. Car, on craint aussi d'exposer toute la science fiscale à l'autorité judiciaire, de peur d'en faire un expert capable de dénicher par lui-même les fautes les plus subtiles de l'Administration, au détriment de celle-ci.

La *distance institutionnelle* ainsi constatée se traduit par l'*attentisme* des autorités douanières à l'égard de la mise en mouvement des actions pour l'application de la servitude pénale et de l'action pour l'application des amendes et des confiscations relevé *supra*. L'*attentisme* relevé est à la fois *consacré* et *élargi*.

2- Consécration et élargissement de l'attentisme

L'*attentisme* quant à la mise en œuvre des deux actions est *consacré* par la législation douanière congolaise à l'article 368 du Code des douanes qui accorde à la douane le pouvoir de transiger. Cela dans le but de permettre aux parties au contentieux douanier répressif de trouver un accord de règlement amiable le plus vite possible comme relevé au point précédent. La douane est habilitée à transiger et, par conséquent, à reporter *sine die* la saisine du juge en vue de conclure une transaction. Nombre de dossiers contentieux douaniers sont clôturés par voie de transaction, sans qu'il n'ait été besoin de saisir le juge.

L'*attentisme* est ensuite *élargi* par la pratique, l'Administration agissant souvent de manière à exclure totalement le juge de la répression des infractions douanières, alors même qu'aucun accord transactionnel n'est manifestement pas possible avec les présumés auteurs desdites infractions. C'est ainsi qu'elle succède les actes de procédure les uns après les autres, faisant de l'instruction administrative du contentieux une procédure si longue que, dans certains cas, elle franchit la barre de la décennie²³ ou s'en approche aisément. De la sorte, des procès-verbaux d'infraction tombent dans la prescription et les poursuites sont rendues caduques²⁴.

L'autorité douanière se méfie de l'autorité judiciaire et se réserve ainsi d'autoriser ses services à mettre en mouvement l'action pour l'application des amendes et des confiscations,

phénomène de la corruption, il y a bien des choses à reprocher aux douaniers, autant sur les routes que dans les bureaux. Le fait ne peut être nié. Mais le niveau auquel il est situé est excessif. Il relève de ce que nous pourrions qualifier non sans rire de « gabelouphobie ». Car, à en entendre certains, il semble évident qu'il y ait une volonté généralisée d'ostraciser le douanier, d'entretenir l'exutoire du douanier corrompu pour se donner bonne conscience. Jeter le douanier à la vindicte populaire et espérer que personne ne verra ni ne parlera de ce que l'on est ou fait. Telle est la stratégie de bien des contempteurs de la douane. » OLO SIB PALE, *Au cœur d'une administration douanière africaine. Douane en action.*, Paris, L'Harmattan, 2020, pp. 81-82.

²³ PV n° 21/SDGUL/012 du 9 mars 2012, portant sur des marchandises encore entrepôt de douane à la date du 4 mars 2023.

²⁴ PV n° 134/SDRF/2013/074/2016 du 2 octobre 2013.

quitte à faire perdre à la répression sa nature pénale et judiciaire, ouvrant ainsi la voie à une certaine *déjudiciarisation*²⁵ du contentieux douanier répressif. La distance institutionnelle entre l'administration douanière et la justice aggrave la carence jurisprudentielle en matière douanière.

L'attentisme est ensuite élargi par l'interprétation extensive de l'article 4 du décret de 2012. En effet, bien que correcte dans l'affaire ci-dessus, l'interprétation de cet article 4 a été, sans texte, étendue plus tard par l'administration des douanes, l'administration des impôts et l'administration des recettes non fiscales ainsi que les redevables au-delà de sa portée réelle, dans le seul but de tenir le Ministère public et le juge à distance des litiges relatives aux perceptions des régies financières. Cela, en vue de conférer à ces-dernières une plus grande marge d'administration du contentieux répressif. L'Instruction du Procureur Général près la Cour de cassation n'échappe pas à cette entreprise.

En fait, ce qui est interdit, ce sont le *contrôle* et le *recouvrement* des impôts, droits et taxes et autres redevances dus à l'État. Il n'est nullement question d'interdiction de l'action pour l'application de la servitude pénale prévue à l'article 363 point 1 du Code des douanes. D'ailleurs, il ne saurait en être autrement, en vertu de la hiérarchie des sources du droit, qu'un règlement, en l'occurrence le décret de 2012, apporta des limitations à l'exercice d'une action publique prévue par la loi, sans souffrir d'illégalité susceptible de justifier son annulation.

La spécialité de la matière douanière soulevée devant le juge d'appel dans l'affaire sous RPA 12.308 ne saurait affecter l'exercice de l'action publique pour l'application de la servitude pénale prévue par le Code des douanes, texte de base en cette matière si spéciale. L'action reconnue au Ministère public est une action qui tire sa source de la spécialité de la matière douanière, de sorte que l'argument de la spécialité allégué dans le but d'empêcher toute saisine du juge en dehors d'une action concertée avec la douane ne saurait tenir qu'à l'égard d'une action publique qui ne se fonderait pas sur la législation douanière.

Il n'est pas interdit au Ministère public d'agir en application de la servitude pénale en répression des infractions douanières punies de cette peine. Cette action n'est pas, par ailleurs, soumise à l'exigence d'une saisine préalable de l'administration des douanes au sens de l'article 4 du décret susvisé. Car, on ne saurait autrement expliquer, en droit, qu'une action pour

²⁵ La déjudiciarisation en matière douanière fait l'objet d'une étude distincte. Néanmoins, on peut relever que la déjudiciarisation est définie de diverses manières, mettant en exergue tel ou tel autre élément ou aspect. La définition donnée par Sylvie Cimamonti et Jean-Baptiste Perrier peut être retenue aux fins de la présente réflexion : « la déjudiciarisation est une finalité, à savoir, le règlement du litige sans recourir au juge. La déjudiciarisation recouvre donc un ensemble de procédés permettant d'éviter le règlement du litige par le juge lui-même, en matière civile comme en matière pénale, soit en imposant aux parties de tenter de conclure un accord avec ou sans l'aide d'un tiers, soit en permettant à l'une des parties de proposer à l'autre un mode de règlement non juridictionnel aux fins d'un accord, soit enfin en proposant aux parties de choisir une voie consensuelle ou en reconnaissant l'accord conclu par elle ; cet accord peut faire l'objet d'une homologation ou validation judiciaire, qu'elle soit prévue de manière systématique ou laissée à la discrétion des parties, sans que cette homologation ne modifie la nature de l'accord pour lui conférer une nature juridictionnelle. » CIMAMONTI (S.) et PERRIER (J.-B.) Introduction. In : *Les enjeux de la déjudiciarisation*. Paris, LGDJ, 2019, pp. 37-38.

l'application d'une peine principale en répression d'une infraction pénale soit qualifiée de contrôle ou de recouvrement.

L'action pour l'application de la servitude pénale est une *action publique* qui prend naissance à la constatation de l'infraction douanière par les officiers de police judiciaire à compétence générale ou ceux de l'administration des douanes, suivant les formes requises par la loi. Action publique, elle est exercée devant le juge par le Ministère public pour faire appliquer la peine prévue, en l'occurrence la servitude pénale principale, à l'auteur de l'une ou l'autre infraction douanière prévue aux articles 388 à 390 du Code des douanes.

Page | 352

Rappelons qu'un contrôle suppose la vérification d'actes, de documents, de l'exécution des tâches, du respect des procédures etc. et, spécialement en matière de finances publiques, de la détermination correcte du montant de l'impôt, droits et taxes, et sommes quelconques à recouvrer ou recouvrées à l'initiative et au profit de l'État. Saisir le juge pour faire appliquer la servitude pénale ne constitue nullement un contrôle, encore moins un recouvrement, car il ne suppose aucun acte de vérification ni de perception des fonds.

Il n'est pas non plus interdit au Ministère public de saisir le juge à sa propre initiative d'une action pour l'application de la servitude pénale, indépendamment de l'action de la douane pour l'application des amendes et des confiscations. Pourtant, la tendance dominante est de croire que le Ministère public est tenu en l'état par la mise en mouvement de l'action de l'administration des douanes préalablement à la sienne, de sorte que l'action pour l'application de la servitude pénale ne puisse se concevoir autrement que synchronisée avec celle de la douane. L'Instruction du Procureur Général près la Cour de cassation semble n'avoir pas apporté des clarifications nécessaires à cet égard.

B- L'action pour l'application de la peine de servitude pénale est une action publique autonome, sans prétention à l'indépendance

Comme relevé au début de notre texte, l'action pour l'application de la peine de servitude pénale est une action publique autonome (2). L'autonomie de cette action reconnue au Ministère public ne peut être confondue avec l'indépendance (3). Pour arriver à cette conclusion, il nous a fallu affranchir cette action dévolue au Ministère public des conséquences de sa naissance avec l'action dévolue à la douane, pour l'application des amendes et des confiscations (1).

1- Un appel à affranchir l'action du Ministère public de sa coïncidence ou concomitance avec l'action de la douane

La conception de l'action pour l'application de la peine de servitude pénale et de l'action pour l'application des amendes et des confiscations en répression des infractions douanières exposée plus haut, en termes d'attentisme, qui ne se fonde pas sur la loi mais sur une interprétation abusivement extensive d'une disposition réglementaire pourtant précise a eu pour

effet de *confiner* l'action du Ministère public dans sa coïncidence ou concomitance avec l'action pour l'application des amendes et des confiscations. Ainsi, a-t-on fait, sans l'assumer publiquement, de l'action pour l'application de la servitude pénale, une action *accessoire* ou *complémentaire* à l'action pour l'application des amendes et des confiscations, alors que celle-ci précède celle-ci, dans l'énumération légale de l'article 363 du Code des douanes. La primauté de l'action publique reconnue au Ministère public dans l'énumération faite à cet article de la loi douanière ne saurait céder le pas à la *coïncidence* ou à la *concomitance* de cette action avec celle pour l'application des amendes et des confiscations qui revient à l'administration des douanes. Pourtant, les concepts de coïncidence et de concomitance qui s'invitent aux débats semblent plus riches qu'ils ne paraissent.

En effet, la frontière ne serait qu'introuvable entre les deux concepts en l'absence du caractère fortuit ou occasionnel reconnu au concept de coïncidence par la langue française tel que relevé au point précédent. Et c'est justement et précisément ce caractère fortuit qui conditionne le régime juridique de l'action du Ministère public pour l'application de la servitude pénale. *L'action pour l'application de la servitude pénale reconnue au Ministère public en répression des infractions douanières est une action publique qu'il exerce librement conformément aux principes de légalité et d'opportunité des poursuites.* Aucune limitation d'origine réglementaire ne devrait être admise à l'endroit de cette action, en l'absence d'une référence expresse de la législation douanière.

2- L'action pour l'application de la servitude pénale est une action publique autonome

A ce stade de notre réflexion, nous pouvons affirmer que l'action pour l'application de la peine de servitude pénale dévolue au Ministère public en répression des infractions douanières est une action publique autonome²⁶.

Pour ce faire, on peut se représenter le cas où l'action de la douane est conduite devant le juge, en l'absence de l'action du Ministère public. A contrario, envisageons le cas de la mise en mouvement de l'action pour l'application de la servitude pénale en l'absence de l'action pour l'application des amendes et des confiscations, l'administration des douanes ayant été informée par le Ministère public, a choisi de ne pas saisir le juge au même moment que celui-

²⁶ A propos de la nature juridique des actions en répression des infractions douanières exercées séparément par le Ministère public et l'administration des douanes, Yannick JOSEPH-RATINEAU relève que « la jurisprudence considère, par exemple, que l'action pour l'application des sanctions fiscales exercée par l'administration des Douanes et des contributions indirectes sur le fondement de l'article 343-2 du Code des douanes a 'le caractère d'une action publique qui trouve à s'exercer indépendamment du droit d'obtenir le paiement des sommes fraudées ou indûment obtenues', la Haute juridiction distingue clairement l'action publique strictement répressive, exercée par le parquet sur le fondement de l'article 1er du Code de procédure pénale, de l'action publique réparatrice exercée par l'administration des Douanes et des contributions indirectes. JOSEPH-RATINEAU (Y.), *La privatisation de la répression pénale. Tome 1.* Saint-Denis, Connaissances et Savoirs, 2017, p. 466.

ci. Les possibilités ci-après s'offrent à l'administration des douanes lorsqu'elle est informée de l'instance en cours :

- La douane peut agir en cours d'instance pour l'application des amendes et des confiscations ;
- Elle peut saisir le juge d'une action distincte (notamment en cas de requalification ou de disqualification des faits par elle en cours d'instruction pré-juridictionnelle) ;
- Elle peut également solliciter l'accord du Président du Tribunal régulièrement saisi pour conclure une transaction, en application des dispositions de l'article 368 point 4 du Code des douanes, ou pour demander l'arrêt des poursuites pour cause d'extinction des deux actions du fait de la transaction intervenue avant la saisine du juge suivant le point 3 du même article.

Page | 354

Le caractère principal de la servitude pénale, le caractère fortuit de la naissance de l'action du Ministère public avec celle de la douane ainsi que la présence de celle-ci dans l'énumération légale des actions en répression des infractions douanières faite à l'article 363, font de l'action pour l'application de la servitude pénale, une *action publique autonome*.

L'autonomie de l'action du Ministère public n'a pour limites que la connaissance par lui de la constatation d'infractions douanières par les OPJ de la douane ou ceux à compétence restreinte sur procès-verbal en instruction par la douane, l'extinction de l'action à la suite de la prescription, de la transaction douanière intervenue avant la saisine du juge ou, en cours d'instance, de la transaction intervenue avec l'accord du Président du Tribunal.

Pour parer à la carence d'information sur les procès-verbaux d'infractions douanières punies de servitude pénale, le Ministère public dispose d'un outil approprié. Il peut, par voie de *réquisition d'information* adressée à l'administration des douanes, se faire communiquer le répertoire des dossiers contentieux pour faits infractionnels prévues aux articles 388 à 390 et tous les éléments desdits dossiers.

Le Ministère public ne saurait se faire produire tous les dossiers et procéder à leur examen en vue de s'assurer que les faits y relatés sont ou ne sont pas constitutifs d'infractions punies de servitude pénale, sans porter préjudice aux prescrits de l'article 361 du Code des douanes qui établit que :

- Les procès-verbaux d'infraction en matière douanière font foi en justice jusqu'à ce que fausseté en soit prouvée, en tant qu'ils relatent des opérations ou des constatations faites par les verbalisateurs.
- Ils valent titre pour prendre toutes mesures conservatoires utiles à l'encontre des personnes pénalement ou civilement responsables, à l'effet de garantir les créances douanières de toute nature résultant desdits procès-verbaux.

Ces dispositions qui fondent l'inversion de la charge de la preuve en matière douanière²⁷, légitiment le Ministère public à saisir le juge d'une action pour l'application de la servitude pénale sur la foi des seuls procès-verbaux d'infractions établis par la douane, sans qu'il ne soit besoin de constituer autrement le dossier de l'accusation.

C'est dans ce sens qu'il revient de comprendre l'interdiction de contrôle contenue à l'article 4 du décret n° 12/029 du 23 août 2012 portant interdiction de contrôle et de recouvrement des impôts, taxes et autres redevances dus à l'État sans requête des régies financières : *les procès-verbaux d'infractions en matière douanière constituent la base de l'action pour l'application de la servitude pénale dévolue au Ministère public, sans qu'il soit besoin de procéder à un quelconque contrôle pour y rechercher des infractions douanières.*

En fait, le décret de 2012 vise à lutter efficacement contre les tracasseries administratives et judiciaires, de manière à répondre à l'exigence d'amélioration du climat des affaires et des investissements dans notre pays. Dans ce cadre, *le Ministère public est appelé à bâtir sa stratégie de répression des infractions douanières sur les constatations faites par la douane sur procès-verbaux dont la véracité tient jusqu'à inscription en faux devant le juge.*

Dès lors, le conflit naît lorsque l'officier du Ministère public tente de poursuivre les infractions douanières comme il le fait avec les infractions de droit commun, alors qu'en matière douanière, du fait des limitations de son pouvoir du fait des obligations de signalement de l'infraction à la douane de l'infraction douanière constatée par les officiers de police judiciaire à compétence générale qui relèvent pourtant de lui d'une part et, d'autre part, de l'obligation d'information à la douane de tout élément susceptible de constituer une infraction douanière. En vertu de la spécialité de la matière douanière, l'officier du Ministère public est appelé à ne pas traiter l'infraction douanière comme il le fait avec les infractions de droit commun.

3- Une action publique autonome sans prétention à l'indépendance

L'action publique dévolue au Ministère public est donc à cet égard, une *action publique autonome sans prétention à l'indépendance*. En effet, comme développé au point précédent, le juge peut être saisi par le Ministère public d'une action pour l'application de la servitude pénale sans requête préalable de la douane. Cette autonomie doit être distinguée de l'indépendance à laquelle l'action dévolue au Ministère public ne peut prétendre.

²⁷ Don José MUANDA enseigne, au sujet de l'inversion de la charge de la preuve de l'infraction douanière, qu'« Exceptionnellement, le législateur renverse parfois la charge de la preuve et c'est la personne poursuivie qui devra faire la preuve de sa non-culpabilité. Ce renversement de la charge de la preuve peut s'opérer plus artificiellement par le jeu d'une présomption. Comme on peut le constater, le renversement de la charge de la preuve prend des considérations exceptionnelles au principe de droit commun "actori incumbit probatio". Cette exception se conçoit sous forme de principe de principe en matière douanière. En République Démocratique du Congo, ce principe découle de l'article 361 de l'ordonnance-loi du 20 août 2010. » MUANDA (D. J.), Le droit pénal douanier : cours pratique de la branche du droit des affaires, 26 mai 2012, disponible en ligne sur <https://www.legavox.fr/blog/professeur-don-jose-muanda/quot-droit-penal-douanier-quot-8561.htm>

L'autonomie est entendue ici au sens de possibilité, pour un organisme, un individu, de décider sans en référer à un pouvoir central²⁸. Dans ce sens, elle peut être transcrite, au regard de l'action pour l'application de la servitude pénale, en l'absence de référence préalable à une quelconque autorité administrative ou judiciaire.

L'indépendance, en revanche, est prise ici dans son sens d'absence de relation de dépendance entre plusieurs phénomènes ou choses²⁹. L'indépendance de l'action du Ministère public suppose l'absence totale de relation de dépendance avec toute autre action en justice dévolue à une autorité différente. Cela ne peut être le cas au regard du contexte dans lequel cette action et celle de la douane sont nées.

La première relation est donc liée au contexte, à la coïncidence des deux actions. Une seconde relation est, quant à elle, une relation de dépendance des deux actions. Il s'agit de l'extinction définitive du droit de poursuite à la suite de la transaction intervenue même en cours d'instance. Le Code des douanes prescrit à l'article 368 points 3 et 4 que la transaction intervenue avant toute saisine du tribunal compétent et celle intervenue après la saisine régulière du tribunal compétent, avec l'accord du président dudit tribunal, éteignent définitivement l'action pour l'application de la servitude pénale exercée par le Ministère public et l'action pour l'application des amendes et des confiscations exercée par la douane. Le Ministère public ne peut donc poursuivre son action en dépit de la transaction intervenue conformément à la législation douanière.

Cette relation instituée à l'article 368 du Code des douanes et la naissance fortuite des deux actions à la constatation de l'infraction douanière par la douane empêchent l'action du Ministère public de prétendre à l'indépendance.

Conclusion

Il ressort des arguments présentés dans ce papier que l'interdiction de contrôle et de recouvrement des impôts, droits, taxes et autres redevances dus à l'Etat sans requête des régies financières, portée par le Décret n° 12/029 du 23 août 2012, et rappelé dans l'Instruction n° 001/D.008/IM/PGCCAS/SEC/2023 du 23 janvier 2023 du Procureur Général près la Cour de cassation, se distingue nettement de l'interdiction de mise en mouvement de l'action pour l'application de la servitude pénale par le Ministère public prévue par la législation douanière. Il a été rappelé que l'exercice d'une action publique prévue par la loi ne saurait être limité par voie de règlement, sans préjudice de toute logique juridique relative à la hiérarchie des sources du droit, à moins d'un renvoi exprès de la loi au règlement. La mise en mouvement de l'action pour l'application de la servitude pénale, sur la foi du procès-verbal d'infraction douanière dûment enregistré et en cours d'instruction par la douane, ne constitue ni un contrôle, ni un acte

²⁸ Larousse 2019 pour iPad.

²⁹ Le Robert Mobile pour iPad.

de recouvrement des impôts, droits, taxes et autres redevances dus à l'Etat au sens du décret précité.

Dans ces conditions, l'absence ou la faible jurisprudence en matière douanière en droit congolais résulterait largement d'une interprétation erronée, extensive et abusive des dispositions du décret de 2012, mais aussi de l'attentisme tant du Ministère public que de la douane à saisir le juge en répression des infractions douanières.

Page | 357

En définitive, le pouvoir du Ministère public de mettre en mouvement l'action publique lui dévolue par la législation douanière en répression des infractions douanières, plus spécialement pour l'application de la servitude pénale, *subsiste* à l'interdiction portée par le décret de 2012 et rappelée par le Procureur Général près la Cour de cassation en janvier 2023. Cela, du fait de l'*autonomie* de cette action publique, une *autonomie sans prétention à l'indépendance*. Car nous l'avons démontré, *le Ministère public est admis à saisir le juge sur la base du procès-verbal d'infraction douanière en instruction par l'administration des douanes*. Cela, *sans requête préalable de l'administration des douanes* et indépendamment de l'exercice de l'action pour l'application des amendes et confiscations dévolue à la douane.

Toutefois, l'*extinction en cours d'instance des droits de poursuite de la douane* par suite de la transaction intervenue avec l'accord du Président du Tribunal emporte, par voie de conséquence, l'action du Ministère public. En cela, *l'action du Ministère public pour l'application de la servitude pénale, bien qu'autonome, ne peut prétendre à l'indépendance*.

Dès lors, l'action pour l'application de la peine de servitude pénale exercée par le Ministère public en répression des infractions douanières est une action publique autonome sans prétention à l'indépendance, susceptible d'être mise en mouvement sans requête préalable de la douane, sur la foi du procès-verbal d'infraction douanière transmis à l'officier du Ministère public par la douane en exécution de la réquisition d'information lui adressée.

Émergence d'une vision économiste du foncier : pour un développement agricole sans le paysan

Emergence of an economist vision of land: for agricultural development without the peasant

Par:

COULIBALY Youssouf Z

Page | 358

Docteur en droit public maitre-assistant de (Université des sciences juridiques et politique de Bamako) USJPB

COULIBALY Alou

Docteur en droit privé, enseignant vacataire (Université des sciences juridiques et politique de Bamako) USJPB

DOLO Anidjou

Docteur en droit commercial international, enseignant vacataire (Université des sciences juridiques et politique de Bamako) USJPB

Résumé :

Faire du Foncier un fait économique total, et du capital le moteur du développement, c'est donner un blanc-seing à la marchandisation de la terre. Depuis son accession à la souveraineté nationale en 1960, le Mali, pays pauvre de l'Afrique au Sud du Sahara cherche atteindre mais en vain un essor économique, social et industriel et cela par tous les moyens, à l'exception de la mise en place d'un modèle endogène de développement. Dans cette quête, il a dû souscrire au modèle de développement dominant qui n'est autre que celui capitaliste, fragilisé depuis toujours et présentement par les conséquences de ses limites à savoir la succession des crises alimentaire, sociale environnementale financière.

Mots-clés : Accaparement des terres, communauté, droits coutumiers, enjeux fonciers, héritage, Mali paysan, politique agricole, politique foncière,

Abstract :

Making the land issue a total economic phenomenon and capital the driving force of development equates to giving free rein to the commodification of the land. Ever since the country attained national sovereignty in 1960, the Mali, a poor country in sub Saharan Africa has been seeking in vain to achieve rapid economic, social and industrial development by all the means available, with the exception of the deployment of an endogenous development model. Caught between preserving its socioeconomic specificities in land terms and its desire to achieve sustainable development, Mali regards the large-scale commodification of its land resources as a real windfall.

keywords: Agricultural policy, community, customary laws, land issue, heritage, Mali, peasant, agricultural policy, land policy



Introduction

La gestion du foncier au Mali est paradoxale. L'émergence d'une vision économiste ou marchande du foncier valide la deuxième option du dilemme. Mais cet essor n'implique ipso facto un abandon de la conception traditionnelle de la terre. Nous rappelons que près de 80% de la population définissent leurs rapports au foncier via les normes traditionnelles ci-dessus expliquées¹. Ce paradoxe devient plus incontournable, quand on sait que dans la pratique, l'État lui-même, qui, officiellement renie la vision traditionnelle de la terre, n'hésite pas à y recourir à chaque fois qu'il y va de son intérêt ! L'État malien croit au développement par le foncier.

Page | 360

C'est la raison qui explique la mise en place d'un régime foncier moderne dans lequel la terre est plus une marchandise qu'autre chose. L'objectif de ce régime est le développement agricole. Pour l'atteindre, le pays a décidé de procéder aux transactions foncières à grande échelle au détriment de l'agriculture paysanne². Les autorités voient dans ces opérations un sésame pour le développement agricole, une voie ouverte à la modernisation de l'agriculture malienne jusque là familiale, bref, une possibilité de développement par le foncier. Pourtant quand on fait le point de la situation, on se rend compte que depuis l'exacerbation de la pratique des transactions foncières, le développement tant attendu tarde à venir. Dans cette nouvelle architecture, le développement agricole est pensé sans le paysan³ dont les terres sont réquisitionnées incessamment et dont l'existence pourrait être à la limite gênante pour l'État malien. Les autorités maliennes occupées seulement à attirer les investisseurs étrangers oublient d'imposer à ces derniers des cahiers de charges liées à leurs activités durant leur intervention dans le pays. Les transactions foncières à grande échelle sont des signes évocateurs du passage du pays à une économie mondialisée.

Elles se traduisent par la pratique d'accapement des terres. Cette dernière consiste à mettre à la disposition des investisseurs nationaux ou étrangers les terres fertiles au moyen de baux ordinaires ou emphytéotiques contre une faible rétribution. Ce phénomène a toujours existé mais a atteint son apogée à l'an 2008 dans le monde⁴ entier mais plus particulièrement en Afrique⁵. Ainsi, ce sont ces derniers eux-mêmes qui mettent en place des actions de

¹ Thèse Alima Chene Sanogo P.14

² Thèse Alima C. Sanogo P.16

³ Voir affaire populations de Sanamadougou, Sahou et Sansanding / Modibo KEITA. CNOP (coordination nationale des organisations paysannes du Mali) et vice-président du ROPPA (réseau des organisations paysannes d'Afrique de l'Ouest, finalement porté plainte auprès de la Cour de Justice de la CEDEAO (Communauté Économique des États d'Afrique de l'Ouest). Pour d'amples explications, se référer au journal malien l'INDÉPENDANT du 12 mai 2012, consultable sur internet au lien suivant : <http://www.maliweb.net/news/justice/2012/05/10/article,65496.html>

⁴ Voir GRAIN, , Mars 2012. <http://www.alliancesud.ch/fr/documentation/dossiers/accapement>

⁵ OXFAM, 22 septembre 2011. <http://www.afrik.com/article23736.html>.

développement qu'ils jugent utiles pour le pays. La plupart de ces actions sont des actions de service public, qui normalement relèvent de la prérogative exclusive de l'État.

Le paysan, qui est le bastion du développement agricole est spolié des droits séculaires de jouissance qu'il a toujours eu sur la terre à cause des voies d'accès modernes à la terre et aux ressources foncières. A cela, s'ajoute la non maîtrise du foncier par l'État. Si les notions ci-dessus étudiées de domaines public ou national assoient le monopole de l'État sur le foncier, force est de reconnaître que cet exclusivisme est purement théorique. En tant qu'acteur du foncier, l'État se trouve de plus en plus évincé, souvent volontairement, au nom de l'objectif supérieur du développement. Le développement par le foncier est un slogan que l'État malien du mal à traduire en perspective politique claire. Les interventions politiques sur le foncier restent floues et sans consistante et surtout semblent opportunistes. De ce fait, elles conduisent à des résultats contradictoires et sont en porte-à-faux avec les objectifs du développement que l'État lui-même se fixe.

Dès lors, comment leur protection est-elle garantie ?

Seront exclusivement étudier l'agriculture paysanne à une économie mondialisée en (I) et un cadre juridico-politique incohérent en (II)

I- D'UNE AGRICULTURE PAYSANNE A UNE ÉCONOMIE MONDIALISÉE

Le Mali connaît aussi son lot d'accaparements des terres agricole. Mais ce qui nous semble anormale dans ce pays c'est que, les transactions foncières à grande échelle s'érigent en véritable stratégie de gestion des ressources foncières (A). A ce titre, l'accaparement des ressources foncières risque de compromettre les autres actions de développement exercées sur les différentes activités liées au foncier (B).

A- L'agrobusiness comme stratégie de gestion des ressources foncières au mali

Au Mali, la marchandisation de la terre n'est plus un tabou. Les transactions financières internationales sur les ressources foncières sont présentées comme la voie la plus sûre pour accéder au développement par le foncier. Cette nouvelle stratégie de l'État malien a commencé depuis 1996 par la révision du «décret de gérance des terres». Sous la référence N°96-188/P-RM, le décret nouvellement révisé institue un régime foncier spécifique en faveur de tout investisseur, notamment le bail ordinaire et le bail emphytéotique. Ce changement vient consolider une situation de terrain bien ancrée. En d'autres termes, ceux qui investissent ou qui cherchent des opportunités d'investissement dans le secteur agricole pour aller au-delà de l'autosuffisance alimentaire ». Appliquée au Mali, cette définition qui apparaît imprécise sur

plusieurs plans, a le mérite de catégoriser « agrobusiness». La détermination de ces derniers au Mali permet de se rendre compte pleinement de l'ampleur du phénomène (1) et de voir l'impact de la pratique sur le développement agricole (2).

1 - L'ampleur du phénomène d'accaparement des terres au Mali

Page | 362

La pratique des transactions foncières bat plus que jamais son plein actuellement au Mali. Au plan purement local, on rencontre plusieurs catégories de personnes se livrant à cette pratique. Celles-ci peuvent être classifiées de la sorte : - Des salariés et fonctionnaires qui ont un salaire fixe bien au delà du salaire moyen estimé à environ 35 412 FCFA284. Ce qui leur permet d'investir dans l'agriculture afin d'avoir un complément de revenus. - Les hommes politiques(en fonction ou plus), ce sont : les ministres, les députés, les chefs de partis politiques, les préfets, les gouverneurs de régions, les présidents d'institution de l'État, les secrétaires généraux.... Cette catégorie socioprofessionnelle fait de l'agro-business à cause du fait que la fonction qu'ils occupent leur confère une certaine facilité d'investissement, soit parce qu'ils côtoient eux-mêmes le milieu ou le monde rural, soit parce qu'ils sont dépositaires d'un certain pouvoir de décision en direction de ce monde. - Les opérateurs économiques : grands commerçants, agents des professions libérales (avocats, médecins, entrepreneurs privés...). Ici, ce sont l'esprit d'initiative et l'appât du gain qui les motivent à être « agrobusiness ment ». A coté d'eux, on rencontre depuis peu, une nouvelle catégorie d'agrobusiness ment: Dans cette nouvelle catégorie, on regroupe toutes les autres personnes qui s'intéressent à l'agrobusiness pour diverses raisons en plus de celles déjà sus-énumérées.

En général, ce sont des gens qui deviennent « agrobusiness ment » par concours de circonstances. Ce sont : les émigrants, les associations (association de femmes par exemple), les directeurs de culte (les marabouts et les responsables de cultes célèbres...) Le but politique de la stratégie de l'agrobusiness au Mali est de faire du pays une puissance agricole exportatrice. Ce but est ainsi énoncé clairement dans la LOA «La politique de développement Agricole s'appuie sur la promotion volontariste de la modernisation de l'agriculture familiale et de l'entreprise agricole, pour favoriser l'émergence d'un secteur agro-industriel structuré, compétitif et intégré dans l'économie sous-régionale⁶ ». - Les grands entrepreneurs maliens. Par exemple, les usines de l'ex HUICOMATOMOTA qui veulent aménager 100.000 ha consacrées à la production d'autres oléagineux. Dans cette même catégorie, on retrouve des investisseurs, non ou semi-industriels, qu'on appelle encore les agro-entrepreneurs.

⁶ Article 3 in fine de la LOA.

L'État malien projette l'octroi de titres fonciers ou la mise en place de bail emphytéotique contre chaque aménagement effectué, selon qu'ils soient nationaux ou non. Le gouvernement du Mali a placé au centre de sa stratégie l'Office du Niger tout en omettant sciemment ou inconsciemment mais dans tous les cas totalement, les paysans. Ainsi, au lieu d'aménager de nouvelles terres pour ces derniers et faciliter leur accès aux terres agricoles de l'Office du Niger par exemple, l'État projette plutôt de porter la superficie aménagée de l'ON à 200.000 ha d'ici l'an 2020. Pour ce faire, il a lancé des appels d'offres aux investisseurs privés. Le résultat ne s'est pas fait attendre. Et des investisseurs industriels et des investisseurs de taille moyenne étrangers substantiellement, ont répondu. Il s'agit en occurrence de la Chine, de la Libye, de l'Arabie Saoudite etc...

2 - Les impacts de l'agro-business sur le développement agricole

Les observateurs classent les impacts de l'agro-business en deux catégories : négatifs et positifs. Sont considérés comme impacts positifs les actions de développement notamment communautaires réalisées via l'agrobusiness si elles sont réalisées dans l'intérêt exclusif des populations. Ces actions sont diverses. Cependant, on ne peut pas dire d'après nos enquêtes sur le terrain que le pays tire le maximum de profit d'elles. Avant de parler de ces dites actions une remarque s'impose, passant en revue les différents investisseurs intervenant dans le domaine de l'agrobusiness au Mali, nous nous rendons compte que ceux-ci ne sont plus tous issus de l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (l'OCDE) comme cela a toujours été le cas. Ces nouveaux investisseurs sont plutôt des pays émergents tels que la Chine, l'Afrique du Sud et la Libye. Cet état de fait augure un changement de cap dans les relations économiques internationales du Mali. Désormais, celles-ci cessent d'être vues sous le seul angle Nord / Sud. Actuellement l'angle Sud /Sud est le plus en vogue. Mieux, les relations Sud/ Sud tendent même à devenir un véritable slogan, régissant tous rapports économiques entre les pays comme la Chine et le Mali. Ce changement de Cap, en tout cas pour le moment, laisse croire à une certaine aisance dans ces nouveaux rapports économiques.

En effet, étant donné que les pays émergents investisseurs ne suivent pas la même ligne directrice que ceux du Nord, ces nouveaux rapports apparaissent teintés d'une certaine aura (peut être factice) « d'égal à égal », du moins, il existe sur eux une certaine « transparence » insufflée par l'absence de rapports dominants /dominés. Cette façon de voir, a priori, revêt une connotation positive. Mais en réalité, n'est elle pas vraiment trompe œil ? Les relations économiques entre pays quel qu'ils soient, n'obéissent qu'à une seule et immuable logique :

celle du marché... Pour revenir aux conséquences que l'on pourrait qualifier de positives de l'agrobusiness, il faut savoir que les sociétés sud africaines qui évoluent dans le domaine de la culture de la canne à sucre, attestent avoir investi dans le social au Mali. Ainsi, la société Randgold, aurait investi²⁹¹ en 2006 plus de 160.000 dollars américains dans le développement communautaire et 240.000 dollars américains dans divers autres projets de développement²⁹² tels que la construction d'infrastructures routières, la santé, les écoles... Les libyens à travers leur projet susvisé projettent de créer au Mali, du moins dans la zone ON 10.000 emplois et d'après leurs prévisions et envisagent d'investir deux millions de dollars dans le développement local⁷. Les chinois, à travers leur omniprésence dans presque tous les secteurs économiques du pays contribuent aussi dans les « projets de développement ».

B - Des actions de développement ambiguës sur le foncier

La réalisation des actions de développement sur le foncier est fonction de l'accès de l'accès à la terre et des différentes ressources foncières. Les différentes actions de développement réalisées sont des actions économiques observées sur la pratique des systèmes de production ruraux que sont les productions agricoles, d'élevage et de la pêche. Elles sont initiées pour l'essentiel par l'État qui est de plus en plus défaillant pour cause de manque de moyens financiers. Mais depuis la multiplication de la pratique des transactions foncières à grande échelles, les investisseurs dans le foncier se substituent à l'État pour réaliser les actions dites de développement. Une action développement est par définition faite dans le but d'apporter une amélioration dans la vie des populations⁸. Or les actions réalisées sur la base du foncier à travers des acteurs autres que l'État n'aboutissent pas forcément à ce même résultat. Bien au contraire, souvent les réalisations des investisseurs au titre du développement restent éphémères, exclusives, injustes, ambiguës. Une analyse approfondie de ces actions laisse apparaître que celles-ci sont en réalité des « faire-valoir » au service d'une vision assez économiste du foncier. Leur étude pourrait nous éclairer sur la vision de développement choisie par le pays ainsi que ses limites. En conséquence, elle nous permettra de nous interroger sur les velléités et les vicissitudes développement ainsi atteint.

Les actions de développement réalisées sur le foncier sont nombreuses au Mali. Mais les principales sont répertoriées dans les domaines des productions agropastorales (1), pastorales (2)

⁷ Thèse Alima C. Sanogo P.245

⁸ Thèse Alima C. Sanogo P.245

1 - Les actions réalisées dans le domaine des productions agropastorales

Le Mali dispose de près de 11 500 000 hectares de superficies cultivables dont 2 500 000 irrigables (potentiel le plus élevé de l'Afrique de l'ouest). La superficie aménagée en maîtrise complète⁹, submersion contrôlée et décrue atteint 230.000 hectares. Par ailleurs, le pays dispose de plus de 8.385.700 têtes de bovins, 10 249 600 têtes d'ovins, 14 272 700 têtes de caprins et 33 950 000 unités de volaille en 2008¹⁰. En 2008, le taux¹¹ de croissance économique a été de 5,2%. L'économie malienne est essentiellement agricole. En 2007, le produit intérieur brut du Mali a été de 3157 milliards de FCFA (6 863 millions US\$)¹²; l'agriculture seule occupait 36,91% du PIB. En 2011, la valeur de l'agriculture dans le PIB a été de 37%¹³. Le secteur rural a un taux de croissance moyen de 3,6% par an. Au Mali, le secteur rural comporte deux types d'exploitations agricoles. La petite exploitation familiale dont la taille maximale est environ de 4.5 ha pour un ménage de 9 à 10 personnes. On répertorie en 2007 au Mali, environ 630000 petites exploitations familiales dont 40% des exploitations disposent de moins de 3 ha. Caractérisée par un sous-équipement en matériel et une faible productivité, la petite exploitation familiale représente près de 99 % du secteur rural malien.

Au Mali, il existe aussi l'exploitation dite commerciale localisée autour des grandes villes comme Bamako ou à l'office du Niger sur des superficies variant entre de 10 et 30 ha. De plus en plus mécanisée selon les dispositions de la LOA, l'exploitation commerciale se concentre principalement sur les cultures fruitières et accessoirement sur celle du riz. Elle n'occupe que 1% du secteur rural. Ces exploitations, qu'elles agricoles ou commerciales déterminent le poids de l'agriculture dans l'économie et dans l'alimentation du pays. Dans les années 2000, seulement 20% de leur production était commercialisée¹⁴. La commercialisation des céréales est libéralisée au Mali depuis 1987. Cette action avait pour but «... d'assurer la transparence et l'efficacité du marché céréalier par le libre jeu de la concurrence avec à la clé la réduction des coûts de commercialisation, la fluidité de la circulation des céréales, l'approvisionnement régulier des consommateurs et l'amélioration des revenus des différents acteurs du marché en particulier les producteurs».

⁹ In fine Alima C. S. Tagadji, Horo, Faguibine

¹⁰ Cadre Stratégique pour la Croissance et la Réduction de la Pauvreté (CSCR). rapport 2008

¹¹ Source DNSI Direction nationale de la Statistique et de l'Informatique

¹² En 2011, le PIB malien était de 10, 589, 925,352 dollars US pour une croissance de 2.6%

¹³ Source Banque Mondiale -Mali 2012

¹⁴Voir DNSI/DNAMR, Évolution de la production des céréales sèches (Mil - Sorgho- Maïs) de 1991- 2000,

De nos jours, la commercialisation des céréales affronte d'énormes difficultés. Aussi, les acteurs y intervenant entre autres les producteurs, les commerçants, les grossistes, les détaillants, les intermédiaires de services ont encore du mal à maîtriser le jeu du marché. A cela s'ajoute d'autres contraintes telles que: - Non maîtrise des techniques culturales du maïs de contre saison dans les zones irriguées ; - Manque de valorisation (transformation) des céréales sèches entre autres. Ces contraintes persistent toujours en dépit de la prise par l'État de certaines initiatives spécifiques: - La restructuration de l'Office du Niger et de la réhabilitation de ses terres ; - La reconnaissance du secteur privé comme partenaire à appuyer dans le secteur céréalier ainsi que le recentrage des rôles entre le secteur céréalier d'État, le secteur privé et les groupements de producteurs; - La libéralisation des prix des céréales ; - La libéralisation de la commercialisation : collecte, distribution, importation et exportation des céréales¹⁵.

2 - Les actions réalisées dans le domaine des productions animales

Le secteur de l'élevage au Mali est exploité largement en deçà de ses potentialités, pourtant, l'élevage contribue pour 10 à 12% du PIB national. Après donc le coton et l'or, l'élevage est la troisième source de richesse nationale¹⁶. C'est la seconde activité pratiquée après l'agriculture. Elle est fonction des différentes zones agro écologiques sus-indiquées en page 86 du présent document. Mais, à vrai dire, toutes ces zones abritent des éleveurs selon leur capacité hydraulique. Toutefois, le vrai bastion de l'élevage est sans nul doute le delta intérieur du Niger qui regorge de très grandes capacité d'abreuvement des animaux et cela quelques soient les saisons. La zone du sahel occidental du Mali est également prisée à cause de ses eaux relativement profondes. Pratiqué sous forme traditionnelle et de façon extensive³⁵⁹, le pastoralisme demeure la forme d'élevage la plus courante.

Ensuite vient l'élevage intensif qui semble être l'apanage de certaines banlieues urbaines seulement. Quant à l'élevage sédentaire, il est pratiqué dans toutes les zones agricoles, c'est la forme d'élevage qui se fait de façon intégrée à l'agriculture. Ces nombreuses variantes font que le nombre des exploitations pratiquant l'élevage à titre principal est moins élevé. Cependant dans les régions de Gao et de Mopti ce nombre est plus conséquent avec des valeurs respectives suivantes ; 15,3% et 7,5%. L'élevage sédentaire se pratique très souvent sans transhumance¹⁷. Avec transhumance, l'élevage sédentaire, est identifié plutôt à Kayes, Mopti, à Gao, à

¹⁵ Rizicole dans la zone Office du Niger au Mali », page 4, 2010 ; document disponible auprès du ministère de l'agriculture au Mali.

¹⁶ Thèse Alima C. Sanogo P.185

¹⁷ Selon le Ministère de l'Élevage du Mali (M.E.P), ce type d'élevage a concerné en 2003/2004, 85% de la totalité des exploitations agricoles du pays.

Tombouctou. Le nomadisme est la forme la plus courante d'élevage pratiquée au nord du pays. Sur un plan purement de statistiques, les potentialités actuelles du Mali en matière d'élevage se présentent fondamentalement de la façon suivante. Le pays dispose de : - 35 millions d'hectares de pâturages naturelles générant une biomasse de plus de 77 millions de tonnes de matière sèches. - Plus de 16 000 ha de culture fourragère exondée, - Plus de 40 000 ha bourgou, - Près de 4,3 millions de tonnes de résidus de récolte, - 70 millions de m³ d'eau (fluviale, lacs, mares puits), Tout ceci pour un résultat de : 235 000 tonnes de sous produits agro-industriels¹⁸. Les différentes races d'animaux répertoriées au Mali sont les : - Bovins : Zébu peulh ; zébu maure ; N'Dama (taurin) ; zébu touareg, - Ovins : races sahéliennes (de grande taille) et races du Sud (petite taille). Caprins : cf. Ovins ; - Asins : ânes du sahel (type sahel et âne miyankala) et rarement le type poney. - Équins : les types arabes et les types poney. - Porcins : race locale et races exotiques importées. La situation de ces animaux a connu beaucoup de fluctuations. En effet, l'effectif du cheptel national évolue sans cesse et constamment depuis toujours.

Ainsi selon les Rapports annuels de la DNE de la DNAMR et de la DGRC, DNPIA (1980 - 2006), les effectifs du cheptel national ont évolué de la même façon entre 1997 et 2006¹⁹. Parmi les différentes régions, c'est celle de Mopti qui possède le plus de tête de bovins avec 28% de l'effectif total bovins sus indiqué. La région de Gao avec 20, 34% de l'effectif total d'ovins possède le plus de têtes d'ovins. Cette même région exceptionnellement possède le plus de nombre de caprins avec 19,33% de l'effectif total. La région jumelle de Gao, qui est Tombouctou domine en asins avec 19,43% de l'effectif national. En Équins, la région de Kayes prime avec 32,27% du total. Sans surprise la région de Kidal possède le plus de nombre de camelins avec 52,90 de l'effectif national. La région de Sikasso, quant à elle, possède le plus de porcins soit 42,00% de l'effectif national. Enfin, en volaille, c'est la troisième région du Mali qui vient en tête avec 26,02%. L'utilisation économique du cheptel malien passe par deux étapes : sa commercialisation et sa transformation²⁰.

II - UN CADRE JURIDICO-POLITIQUE INCOHÉRENT

Le cadre juridico-politique au Mali peut être qualifié d'incohérent. En effet, les éléments qui le fondent ne semblent pas convenir tant à cause de leur haute technicité qu'à cause de leur décalage et leur désuétude, notamment en considération de la réalité des droits fonciers. Les règles d'accès au foncier sont drastiques et sont hors de la population sauf les plus fortunées.

¹⁸ Thèse Alima C. Sanogo P.185

¹⁹ In fine Alima. C. S. 183

²⁰ Thèse Alima C. Sanogo P.185

De façon concrète, le cadre juridico-politique du foncier renvoie tout d'abord à l'inadaptation du régime juridique du foncier dans l'acquisition et dans la perte de la propriété foncière. Dans cette partie l'analyse portera sur le régime juridique et administratif inadapté dans l'acquisition et dans la perte de la propriété foncière en (A) et l'absence de perspective politique claire en (B).

A - Un régime juridique et administratif inadapté dans l'acquisition et dans la perte de la propriété foncière

Ce régime s'organise autour de la propriété foncière. Cette propriété n'est pas polysémique. Elle renvoie au seul concept civiliste de la notion contenue dans l'article 544 du Code civil français, qui définit le droit de propriété au Mali. Nous rappelons que le concept de propriété privée a été introduit dans le droit malien par le colonisateur français. Il préside la notion de propriété foncière. Il convient de remarquer que l'accès à l'indépendance n'a impliqué aucune véritable rupture⁴⁹⁷ en matière foncière et que la promotion de la notion de propriété privée crée un antagonisme par rapport à la réalité de la pratique foncière qui ne se manifeste qu'en termes de droit coutumier. Ainsi, l'acquisition de la propriété foncière (1) reste réservée aux seules personnes maîtrisant les règles du droit moderne de la propriété privée. Et dans un second temps, il convient de parler aussi de la perte de la propriété foncière (2) qui reste aussi problématique notamment par la complexité de la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique qui entraîne souvent le non-respect des droits des personnes.

1 - L'acquisition de la propriété foncière au Mali

L'acquisition de la propriété foncière obéit à un formalisme complexe, long et inadapté à la pratique foncière qui a cours au Mali. Les modes d'acquisition sont divers. Tous ont la particularité de relever du droit moderne de la propriété. La concession rurale est définie par l'article 34 du CDF, «La concession rurale consiste dans le droit accordé par la puissance publique, le concédant, à une personne appelée concessionnaire de jouir, à titre provisoire, de l'usage d'un terrain pour le mettre en valeur selon des conditions prévues dans l'acte de concession et le cahier des charges y annexé²¹. La concession rurale peut être accordée après une enquête publique et contradictoire, si cette enquête n'a pas fait apparaître l'existence de

²¹Thèse Alima C. Sanogo P.360

droits coutumiers sur la terre dont la concession est demandée ou si les détenteurs des droits coutumiers reconnus y ont expressément renoncé en faveur du demandeur²² ».

La concession rurale est donc un droit accordé par la puissance publique à un concessionnaire pour jouir, à titre provisoire, d'un terrain pour le mettre en valeur selon les conditions prévues par l'acte de concession et le cahier des charges. Elle est accordée à titre provisoire sous condition de mise en valeur effective et dans un délai déterminé. Si ces conditions sont réalisées, le transfert de propriété au profit du concessionnaire s'effectue. Celui-ci doit demander l'immatriculation du terrain concédé. La concession rurale peut être interdite ou octroyée à des conditions spécifiques dans certaines zones réservées, soit à l'extension des villes, soit à l'extension des habitations et des cultures, soit à des aménagements agricoles ou industriels d'ensemble dans le cadre des plans de développement économique et social²³. L'attribution (a) et la transformation de la concession rurale(b) en titre foncier sont les points caractérisant le plus la spécificité de cette modalité d'acquisition de la propriété foncière. a) L'attribution de la concession rurale d'entrée de jeu, il faut savoir que le droit de la concession rurale est un droit mobilier. C'est pourquoi son inscription au livre foncier est requise et doit être faite par le concédant²⁴.

Selon l'article 4 du décret fixant les formes et les conditions d'attribution des terrains du domaine privé, seule une certaine catégorie de terres peut faire l'objet de concession rurale. Il s'agit des terrains à vocation agricole, zootechnique ou forestière, situés en dehors des centres urbains. Toute personne physique ou morale peut détenir une concession rurale²⁵. Cependant, si la demande de concession rurale émane d'une personne morale, elle doit respecter certaines règles. Dans le cas où la personne morale est une société nouvellement constituée aux fins d'une demande de concession, ses actions doivent rester nominatives et incessibles pendant la durée de la concession, ou jusqu'à sa mise en valeur et à sa transformation en titre foncier. Les actions émises lors de l'augmentation de capital, les parts des bénéficiaires, sont soumises à ce même principe. En ce qui concerne les sociétés déjà créées, les actions des membres du conseil d'administration ou des gérants devront être mises sous la forme nominative. Pendant la durée de la concession ou jusqu'à la mise en valeur et la transformation du terrain en titre foncier, elles devront demeurer incessibles. La demande de la concession rurale est adressée aux

²² GOISLARD Catherine. DJIRÉ Moussa, Mars 2007 ; document PDF, consultable sur le site de la FAO : <http://ftp.fao.org/docrep/fao/010/ai188f/ai188f00.pdf>

²³ Article 34 al 3 du CDF.

²⁴ Article n° 01-040 PRM du 02février 2001, déterminant les formes et conditions d'attribution des terrains du domaine privé immobilier de l'État.

²⁵ Thèse Alima C. Sanogo P.361

autorités administratives compétentes désignées par l'article 7 du décret fixant les formes et les conditions d'attribution des terrains du domaine privé. Ce sont : dans la commune, le Délégué du gouvernement.

Ce dernier intervient dans l'octroi des concessions d'une superficie allant jusqu'à 2,5 hectares. Dans le cercle, le Délégué du gouvernement est sollicité pour accorder des concessions d'une superficie supérieure à 2,5 hectares et inférieure ou égale à 5 hectares. Le Haut commissaire accorde des concessions supérieures à 5 hectares mais inférieures ou égale à 10 hectares. Pour des concessions d'une superficie supérieure à 10 hectares et inférieure ou égale à 100 hectares, c'est le Ministre chargé des domaines et de l'administration territoriale qui les accorde. Pour des concessions à superficie supérieure à 100 hectares, c'est le Conseil des ministres qu'il faut solliciter. Cet article 7 qui dresse la liste des autorités pouvant accorder la concession rurale est incomplet parce qu'il omet carrément la compétence en la matière du chef de village. Or, il faut remarquer que cette autorité politique et traditionnelle joue un rôle très capital en matière d'attribution des terrains en milieu rural.

2 - La perte de la propriété foncière : d'une procédure administrative complexe à l'ignorance des droits

L'immatriculation garantit l'acquisition du titre de propriété définitif et inattaquable. Cette garantie n'est toutefois pas irréversible. C'est la saisie immobilière est la procédure par laquelle un créancier poursuit la vente par expropriation forcée des immeubles appartenant à son débiteur défaillant ou de ceux affectés à sa créance²⁶. Pour pouvoir vendre l'immeuble du débiteur, le créancier doit procéder d'abord à sa saisie. Celle-ci ne peut porter que sur des immeubles immatriculés²⁷. Sinon «le créancier est tenu de requérir l'immatriculation à la conservation foncière après y avoir été autorisé par décision du président de la juridiction compétente de la situation des biens²⁸». La juridiction compétente est sans nul doute le Tribunal de grande instance de la situation de l'immeuble. Il faut noter que selon l'Acte Uniforme, les règles s'appliquant à la saisie immobilière sont d'ordre public²⁹.

Cette rigueur marque une différence notable entre les voies d'exécution selon l'Acte Uniforme et sa référence qui est la procédure civile en droit français. Notons que le nouveau

²⁶ DIOUF Ndiaw, La saisie immobilière communication ERSUMA (École régionale supérieure de la magistrature du Mali. Porto-Novo. Bénin) – le droit en ligne ; document consultable sur le site, http://www.bj.refer.org/benin_ct/edu/ersuma/document.htm

²⁷ Thèse Alima C. Sanogo P.380

²⁸ Article 253 al. 1er de l'Acte Uniforme

²⁹ Article 247 de l'Acte Uniforme

droit⁵⁴⁴ de la saisie immobilière en France a introduit dans une certaine mesure «la clause de voie parée» en favorisant les solutions amiables. Mais il ne fait aucun doute que l'Acte Uniforme suivra cette évolution du droit français dans la mesure où c'est celui-ci qui l'inspire. Cette adaptation du droit de l'OHADA au droit français des voies d'exécution s'avère une évidence surtout si l'on considère ce commentaire au sujet de ce même article 246 de l'Acte Uniforme du professeur N'diaw DIOUF, «Malgré les termes utilisés par l'Acte uniforme, on est tenté de nuancer la portée de cette interdiction. C'est le lieu d'observer que la règle formulée par l'article 246 de l'Acte uniforme a le même objet que celle résultant de l'article 742 de l'Ancien code français de procédure civile ; or la jurisprudence qui s'est dégagée à propos de ce texte s'est attachée à en restreindre le domaine³⁰».

Ceci étant, à la lecture de l'Acte Uniforme sur les voies d'exécution, la saisie immobilière obéit à certaines conditions qui influencent son processus. Ici, nous retiendrons deux types de conditions. Tout d'abord les conditions in personam puis les conditions in rem. Les premières sont relatives aux personnes concernées par la saisie et les secondes à la nature du bien immobilier concerné. Les conditions in rem porte sur la détermination de l'objet de la saisie. Celles in personam sont relatives aux personnes concernées par la saisie c'est-à-dire le saisissant et le saisi. Le saisissant : toute personne ayant la qualité de créancier (chirographaire ou hypothécaire privilégié) peut déclencher une saisie immobilière. Le droit de saisir n'est pas conditionné au rang des créanciers. Toutefois, il faut noter qu'en fonction justement de leur rang les créanciers chirographaires mettent rarement en œuvre la procédure de saisie immobilière.

Ainsi, la limitation que l'article 28 alinéa³¹ de l'Acte Uniforme met à leur droit dans ce sens n'a pas un très grand impact sur eux. A cette qualité de créancier, le professeur DIOUF ajoute une condition supplémentaire soulevée par l'Acte Uniforme. Celle-ci concerne la capacité juridique du saisissant. DIOUF soutient clairement ceci: «Il ne suffit pas d'être créancier pour pouvoir pratiquer une saisie immobilière; il faut aussi avoir la capacité d'ester en justice. En effet la saisie immobilière implique presque toujours l'intervention d'un tribunal ; en effet, même lorsque la vente est faite devant le notaire, c'est le tribunal qui règle les incidents qui peuvent être soulevés. C'est ce qui explique que, même si l'Acte Uniforme ne l'a pas prévu expressément, le créancier saisissant doit avoir la capacité d'ester en justice». Cette remarque nous paraît nécessaire même si l'on n'interprète pas le silence de l'Acte Uniforme comme une faute mais plutôt comme une simple volonté de nous dispenser de ce qui a priori

³⁰ DIOUF N'diaw, rapport précité.

³¹ Article 28 alinéa2 de l'Acte Uniforme

paraît comme une évidence. Le saisi, tout comme mais moins que le saisissant, doit respecter certaines conditions. Le saisi est le débiteur. Le débiteur peut être l'acquéreur ou la caution. Les mentions qui lui sont relatives se trouvent dans les articles 249 et 250 de l'Acte Uniforme. L'article 249 vise le débiteur dans l'indivision. Dans ce cas, ses créanciers ne peuvent saisir sa part sauf à provoquer la liquidation ou le partage³². A propos des biens communs, l'article 250, dit que leur vente n'est poursuivie que contre les deux époux³³. Les conditions ayant trait aux personnes impliquées dans la saisie étant explicitées, il ne nous reste plus qu'à nous pencher sur celles relatives à la nature des biens pouvant faire l'objet de la saisie.

B - L'absence de perspective politique claire

Le Mali a conservé le régime foncier hérité de la colonisation. En dépit de l'introduction de certaines spécificités nationales, ce dernier n'arrive pas à atteindre l'objectif de sécurisation foncière attendu. Pis, le décalage entre textes de lois et pratiques des populations en matière foncière ne cesse pas de s'accroître. La meilleure voie pour atteindre la sécurisation foncière est celle de l'élaboration d'une politique foncière⁵⁹⁴ explicite et formelle³⁴. La politique foncière ou un plan d'action publique sur la gestion de la terre et des ressources naturelles s'avère nécessaire également pour faire du foncier un élément essentiel du développement. En conséquence, son absence ou son inexistence fait du système foncier un facteur limitant du développement en général et du développement durable en particulier.

Dans ce chapitre II, nous avons à faire à deux sortes d'insuffisances faisant du foncier un facteur limitant du développement durable. Ces deux limites sont relatives à l'inexistence d'une politique foncière dans le pays (1). Et à l'absence d'une vraie politique agricole (2).

1 – L'inexistence d'une politique foncière

L'absence de politique foncière explicite pour une gouvernance foncière non maîtrisée par l'État L'absence d'une politique foncière au Mali s'explique. Le système foncier hérité de la colonisation n'a jamais été vraiment remis en cause. Ce système n'a fait l'objet que de toilettages occasionnels motivés par des impératifs autres qu'une vraie intention de réforme du foncier. Ces modifications ponctuelles sont quasiment la reconduction du système foncier moderne qui était mise en place déjà par l'ancien colonisateur. Ce qui fait que toutes les

³² Article 249 de l'Acte Uniforme

³³ Article 250 de l'Acte Uniforme

³⁴ Thèse Alima C. Sanogo P.455

tentatives de réformes depuis l'accession aux indépendances n'ont rien donné de nouveau, à l'exception de quelques timides avancées.

D'un point de vue pratique, à l'issue des diverses réformes, l'État maintient toujours son monopole sur le foncier. Pour ce faire, il renforce et met en exergue encore plus la notion de domanialité publique. Il a mis en place de collectivités territoriales décentralisées et leur reconnaît théoriquement un rôle en matière de gestion foncière, mais seulement théoriquement. Sur le plan formel, les réformes du foncier par l'État malien n'ont jamais été vraiment pensées : La plus part d'entre elles ont été impulsées par des partenaires techniques et financiers avec qui l'État partage son monopole sur le foncier. Dans ces conditions, l'État très souvent entreprenait ces réformes sans le concours des autres acteurs nationaux ou locaux.

Ce qui fait que les expériences et les pratiques des populations ne sont pas suffisamment prises en compte. L'outil de réforme privilégié depuis toujours est la loi. Or, dans un pays où le taux d'alphabétisation est moins élevé, les populations sont moins réceptives aux textes écrits, surtout, si l'on sait que la légitimité de l'État est mal en point. De plus, une loi ne suffit pas à impliquer une politique. Logiquement, c'est cette dernière qui doit entraîner la mise en place d'une loi notamment, son application. L'ambiguïté de l'État quant à son positionnement par rapport aux enjeux fonciers et souvent son manque de vision sont connus. En conséquence, beaucoup d'avancées de la réforme restent très souvent inappliquées. Les éléments susvisés sont des conséquences liées à l'absence formelle de politique foncière dans le pays.

Une clarification de la notion de politique foncière est plus que nécessaire au Mali. En effet, le pays tend nécessairement vers la prochaine mise en place d'une action de politique publique sur la terre. Cette nécessité s'est accrue avec l'adoption et la validation du « Cadre général et des lignes directrices sur les politiques foncières en Afrique » par la conférence des chefs d'Etat et de gouvernement en 2009. Ce document est la traduction stratégique de l'initiative commune prise par la commission de l'Union Africaine, la Commission des Nations Unies pour l'Afrique(CEA), la Banque Africaine de Développement(BAD) en 2006, « de sécuriser les droits fonciers et d'améliorer la productivité et les conditions de vie de la majorité des populations sur le continent ». Se basant sur le postulat selon lequel le foncier est un facteur important pour le développement et la préservation de la paix et de la sécurité, le Cadre général et les lignes directrices(C.L.D.) se contente de pointer l'importance de la rédaction de politique foncière dans tous les pays de l'U.A. sans imposer quoique ce soit aux États membres qui conservent toute leur souveraineté comme le stipule l'acte créateur de l'Union Africaine. En

conséquence, il incombe aux États-membres de l'U.A. d'élaborer leur propre politique foncière eu égard aux contextes nationaux.

Il paraît futile d'engager diverses consultations sur tout le continent pour faire prendre conscience aux États de l'importance de la mise en place de politique foncière car ceux-ci n'ont pas le même niveau d'avancement en matière foncière. Beaucoup, ayant placé le foncier parmi les questions prioritaires pouvant conduire au développement, ont déjà entamé des réformes foncières, et n'ont pas attendu le C.L.D. pour agir.

2 - Le manque de lisibilité des politiques agricoles maliennes

Au Mali, il n'y a pas de politique agricole, mais des politiques agricoles à cause la multiplicité des textes régissant le domaine de l'agriculture. Selon les statistiques du ministère de l'économie et des finances en 2008, l'agriculture contribue à hauteur de 40% du PIB. C'est ce qui explique que jamais aucun régime politique, qu'il soit démocratique ou non, n'a négligé l'agriculture³⁵. Ce regain d'intérêt, pour le secteur agricole s'explique : l'agriculture occupe d'une part, près de 80% de la population et d'autre part la question agricole est imbriquée étroitement à la question de souveraineté alimentaire qui est quand même incontournable pour le pays³⁶. L'agriculture a toujours été au centre des préoccupations des différents régimes politiques qui se sont succédés dans le pays depuis 1960 quelque soit la stratégie mise en avant.

C'est pourquoi, elle est considérée dans le pays comme un secteur économique autonome à part entière. Pourquoi en dépit de cette place prépondérante, l'État malien n'a-t-il pas encore élaboré une véritable politique agricole ? La réponse à cette question pourrait être la suivante : l'État malien n'a pas le sens des priorités ! Nous sommes encore confortés dans cette réponse si l'on analyse les politiques agricoles implicites maliennes depuis 1960. Ainsi, on se rend compte que bien qu'étant consacrée comme secteur économique, l'agriculture malienne à quelques situations près (nous pensons plus précisément à la coopération sino malienne^o) ne s'est vraiment engagée dans les relations commerciales multilatérales qu'en 1994 avec l'accord de Marrakech. Cet accord fut l'occasion pour les pays développés de mettre en place des politiques de soutien en faveur de l'agriculture. Cette stratégie, paradoxalement n'a pas été initiée par les pays en voie de développement dont le Mali, qui ne pratique pas de politique volontariste au soutien de son agriculture.

³⁵Thèse Alima C. Sanogo P.471

³⁶ Thèse Alima C. Sanogo P.472

Au Mali, la question de la politique agricole demeure une question sous-jacente aux programmes plus larges de développement. C'est ainsi qu'il faut rechercher les politiques agricoles dans les programmes, dans les plans triennaux ou quinquennaux mis en place par l'État pour développer le monde rural et dans le Schéma directeur de développement du secteur rural (SDDR)³⁷. Tout ceci alors que le secteur rural, n'est pas seulement l'agriculture, c'est aussi l'élevage (qui souvent obéissent à des règles spécifiques), c'est également la forêt (dont la gestion n'obéit pas tout le temps à des normes agricole), c'est enfin l'eau (qui obéit à un régime juridique particulier). La politique agricole a toujours été étroitement liée à l'orientation économique du pays. Elle peut être perçue comme les conséquences de celle-ci dans la mesure où elle se mue au gré de cette dernière. Les plans ou programmes de développement rural qui suggèrent incidemment la politique agricole font qu'en réalité, les résolutions ainsi prises dans le domaine agricole ne relèvent pas du long terme et n'intègrent pas une logique de durabilité. Plus clairement, ceux-ci sont circonstanciels et sont élaborés au jour le jour, en fonction des contextes économique (fluctuations de prix du marché sur le plan international...), climatique (sécheresse..) et social (revendications). Cette façon de faire certes prudente n'est pas de nature à pérenniser de véritables politiques agricoles et n'implique aucune durabilité. Elle occulte également la vision intégrée du développement.

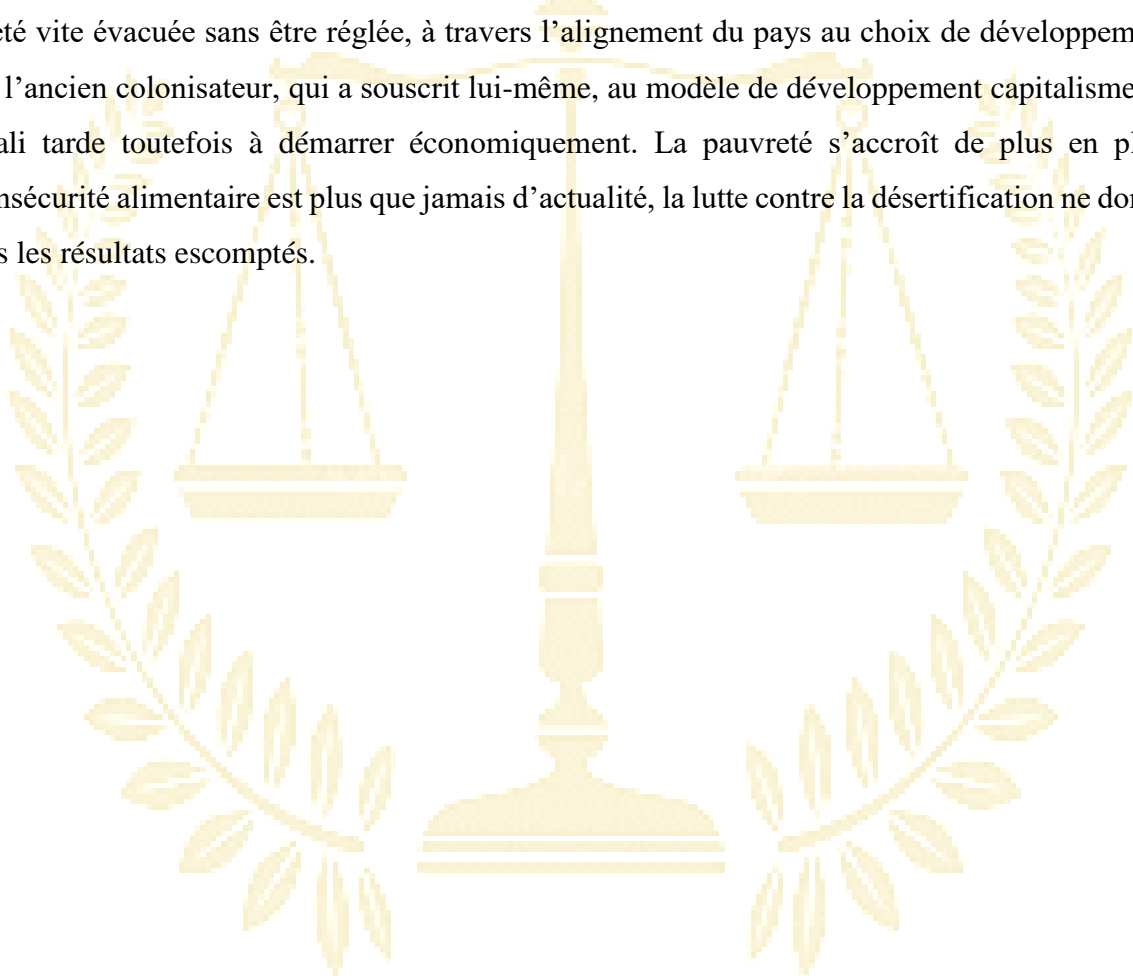
Les premières politiques agricoles du Mali datent de la période coloniale. Elles résultent du plan SARRAULT mis en place par le colonisateur français en 1923. Ce plan était le schéma directeur des interventions de l'État coloniale dans le domaine agricole. Son but était d'assurer un équilibre commercial entre la colonie qu'était le Mali et la Métropole qui était la France. Le modèle économique ayant régi le plan SARRAULT jusqu'à sa fin en 1960 était l'interventionnisme. En dépit de l'accession du pays à l'indépendance, ce modèle perdurera et influencera la nouvelle politique agricole du nouvel État libre. Cette précision apportée, il convient de décrire de façon critique l'historique des politiques agricoles du pays. Cette genèse implique de passer en revue les différentes politiques et les diverses stratégies mises en œuvre par l'État malien depuis sa naissance en 1960 jusqu'à nos jours pour impulser le développement agricole, ou mieux le développement rural. De façon connexe, il s'agira également de déterminer les contextes socio-économiques qui prédominaient lors de l'élaboration et de l'application de ces politiques.

Conclusion

³⁷ Thèse Alima C. Sanogo P.471

Ce travail de recherche a mis en exergue le foncier et le développement, qui sont deux éléments incontournables dans la recherche d'un développement humain durable. L'étude de ces deux concepts a permis tout le long de notre recherche de mettre en avant les difficultés qu'un pays pauvre comme le Mali, rencontre pour atteindre une prospérité économiquement, socialement durable. Ces écueils se manifestent à plusieurs niveaux qui méritent d'être rappelés ici : Tout d'abord, nous avons constaté que le Mali, aujourd'hui encore, c'est-à-dire 52ans après son accession à l'indépendance nationale, n'a pas pu résoudre la question de sa vision du développement.

Si, à travers le précédent colonial, l'épineuse interrogation du choix du développement a été vite évacuée sans être réglée, à travers l'alignement du pays au choix de développement de l'ancien colonisateur, qui a souscrit lui-même, au modèle de développement capitalisme, le Mali tarde toutefois à démarrer économiquement. La pauvreté s'accroît de plus en plus, l'insécurité alimentaire est plus que jamais d'actualité, la lutte contre la désertification ne donne pas les résultats escomptés.



La protection du patrimoine culturel en période de conflit armé : les limites de l'action internationale de l'UNESCO

The protection of cultural heritage in times of armed conflict: the limits of UNESCO's international

Par : Page | 377

DAOUDA IDRISOU,

Doctorant en droit public à l'Unité de Formation Doctorale Sciences Juridiques et Politiques
de l'Université de Maroua-Cameroun

Résumé :

La prolifération des conflits armés à forte composante identitaire à travers le monde depuis les années 90 met au centre des enjeux la question de la protection du patrimoine culturel en période de conflit armé. La destruction massive des biens culturels ont fait couler beaucoup d'encre et de salive sur le sort incertain des vestiges culturels et le rôle de l'institution en charge de sa protection. Les groupes armés non-étatiques mettent en ligne de mire les biens culturels au mépris de la valeur juridique protégeant ces biens. L'UNESCO est interpellé pour prendre des mesures adéquates afin de mettre fin à l'hémorragie culturelle. Fort malheureusement, ces actions sont limitées pour offrir une protection efficace du patrimoine culturel.

Mots clés : Protection, patrimoine culturel ; conflit armé ; UNESCO.

Abstract:

The proliferation of armed conflicts with a strong identity component throughout the world since the 1990s has placed the question of the protection of cultural heritage in times of armed conflict at the center of the issues. The massive destruction of cultural property has spilled much ink and saliva on the uncertain fate of cultural property in disregard of the legal value protecting this property. UNESCO is called upon to take adequate measures to put an end to the cultural hemorrhage. Unfortunately, these actions are limited in providing effective protection to cultural heritage.

Keywords: protection; cultural heritage, arm conflict, UNESCO.



Introduction

Selon son acte constitutif¹, un des buts de l'UNESCO est de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité, notamment en « *veillant à la conservation et protection du patrimoine universel de livres, d'œuvres d'arts et d'autres monuments d'intérêt historique* »². Cette disposition confère à l'organisation un « droit général d'initiative culturelle », qui lui permet de prendre les mesures qu'elle décide afin de préserver le patrimoine culturel, et ce entre autres contre les dangers des conflits armés³. En plus de ce mandat général, la Convention de 1954 et le Protocole de 1999 précisent le rôle que l'UNESCO⁴ peut remplir dans le cadre de l'exécution de ces textes. En vertu des articles 23 et 33 respectivement (et dans le cas des CANI, des articles 19(3) et 22 (7) respectivement), l'organisation peut apporter une assistance technique aux États, sur leur demande ou de leur propre chef, pour l'organisation de la protection de ses biens culturels. On trouve des exemples de mesures techniques à l'article 33 du Protocole, qui cite des mesures préparatoires à prendre en temps de paix, des mesures concernant les situations d'urgence et l'établissement d'inventaires nationaux, ainsi que dans les Principes directeurs pour l'application du Protocole de 1999⁵. L'UNESCO a été très actif ces dernières années dans l'adoption de mesures de cette nature. Depuis que les conflits identitaires ont éclaté au Moyen-Orient et en Afrique du Nord, l'ex-Directrice Générale de l'UNESCO Irina BOKOVA exprime ses inquiétudes quant au sort du patrimoine culturel et appelle inlassablement les parties belligérantes et la communauté internationale à en assurer la protection⁶ ; et depuis 2014, l'UNESCO a commencé à élaborer des actions concrètes à destination du patrimoine. Il y'a lieu

¹ UNESCO, *Acte constitutif, Convention créant une Organisation des Nations-Unies pour l'éducation, la science et la culture*, Londres, 16 novembre 1945, entrée en vigueur en 1946.

² Convention créant une Organisation des Nations-Unies pour l'éducation, la science et la culture, adoptée à Londres le 16 novembre 1945, article 1^{er} (1) et (2) (c).

³ TOMAN Jiri, *La protection des biens culturels en cas de conflit armé*, Paris, Éditions UNESCO, 1994, pp. 282-283.

⁴ Il faut noter que le droit des biens culturels reçoit aussi un apport important de la part des organisations régionales, comme le Conseil de l'Europe, l'Union Européenne ou l'Organisation des États Américains (O.E.A.). Ces organisations se sont occupées à plusieurs reprises de ce sujet et ont adopté de nombreux instruments. Il est donc possible d'affirmer que, à côté du système international de protection créé par l'UNESCO, se sont développés des véritables systèmes régionaux. Pour une analyse de la protection des biens culturels dans le cadre des organisations internationales régionales, voir: JOTE Karine, *International Legal Protection of Cultural Heritage*, Stockholm, Juristförlaget, 1994, pp.173-191 et DICKE Robert, «The Instruments and Agencies of the International Protection of Cultural Property», in Conseil de l'Europe, *International Legal Protection of Cultural Property* », Proceedings of the Thirteenth Colloquy on European Law (Delphi, 20-22 September 1983), Strasbourg, 1984, pp. 17-43.

⁵ O'KEEFE Philippe, *Protection des biens culturels. Manuel militaire*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 282 ; UNESCO, *Principes directeurs pour l'application du Deuxième Protocole de 1999 relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, Annexe III, Tableau 3, 22 mars 2012, CLT-09/CONF/219/3 REV. Parmi les exemples, on trouve la possibilité de donner des avis d'experts sur les mesures à prendre en temps de paix, sur la signalisation de biens, etc

⁶ NEGRI Vincent (dir.), *Le patrimoine culturel, Cible des conflits, De la guerre civile espagnole aux guerres du XXI^e siècle*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, pp. 137 et ss.

de soulever qu'il existe des textes juridiques internationaux sur lesquels l'UNESCO peut s'appuyer afin d'offrir au patrimoine culturel une protection adéquate. Mais fort malheureusement, le résultat escompté n'est toujours pas au rendez-vous au vu de la destruction massive et iconoclaste des biens culturels lors des opérations militaires. La problématique soulevée dans la présente contribution est celle de savoir *quels sont les limites de l'action internationale de l'UNESCO en matière de protection du patrimoine culturel en période de conflit armé ?* A cette interrogation, il faut relever que les actions de l'UNESCO en matière de protection du patrimoine culturel sont limitées. Cette étude nous donne l'opportunité de déceler les obstacles auxquels fait face l'UNESCO en matière de protection du patrimoine culturel en temps de guerre. Cette situation s'illustre à travers les conflits armés durant ces dernières décennies à l'instar de conflit armé en Lybie, au Mali et actuellement en Syrie avec la montée en puissance des entités non-étatiques mettant en première ligne de mire les biens culturels. Ces derniers ont connu une destruction sans lendemain au mépris de leur valeur juridique et les actions menées par l'UNESCO sont restées lettre morte. Cette expérience permet également de relever la carence et l'incohérence des textes normatifs en la matière qui constitue la base des actions de l'institution en charge de la protection du patrimoine culturel.

En guise de réponse à la question posée et au regard des éléments présentées, il ressort de manière inéluctable que les limites de l'action internationale de l'UNESCO en matière de protection du patrimoine culturel en période de conflit armé sont perceptibles au niveau au droit international du fait de la souveraineté étatique (I) ainsi qu'au niveau de la lutte contre le trafic illicite des biens culturels (II).

I- LES LIMITES INHÉRENTES AU DROIT INTERNATIONAL

L'une des causes de l'inefficacité de l'action de l'UNESCO pour une protection efficace et efficiente des biens culturels contre les effets prévisibles des conflits armés est la souveraineté des États sur les biens se trouvant sur son territoire (A). En plus, la dispersion des initiatives de l'UNESCO et surtout la complexité des conflits armés contemporains impliquant des acteurs insaisissables avec des idéologies extrémistes constituent un véritable frein pour l'UNESCO afin d'offrir une protection efficace des biens culturels (B).

A- La souveraineté des États et l'affirmation du principe de la non-ingérence

Le premier frein est inhérent au droit international qui repose sur le principe de souveraineté des États. Les dispositifs de protection du patrimoine ne s'appliquent qu'aux États qui ont ratifié les conventions, et si les principaux traités lient une large majorité des États, ils

ne sont pas encore universels. Ainsi, 126 États (dont la France) ont ratifié la Convention de 1954⁷ mais seulement 103 ont également ratifié le protocole de 1954 et 67 le second protocole de 1999. Les protocoles additionnels I et II de 1977 aux conventions de Genève lient respectivement 167 États (dont la France) et 163 États. Et 122 États ont adhéré au Statut de Rome que, à ce jour, les États-Unis n'ont pas ratifié et que d'autres grands pays comme la Chine ou la Russie n'ont pas signé⁸. Cette situation est beaucoup plus inquiétante puisque les grandes puissances qui interviennent militairement dans les zones de guerre n'ont pas ratifiés les textes internationaux de protection du patrimoine culturel. C'est le cas de la guerre en Syrie où les forces armées américaines et russes effectuent des interventions militaires et on enregistre des dommages importants des biens culturels de la plus haute importance pour le patrimoine culturel de l'humanité. Leurs actions relatives aux biens culturels tombent sous le coup de l'impunité.

Comme le principe de l'égalité souveraine des États, le principe de non-ingérence constitue, l'un des principes fondamentaux des relations internationales⁹. Il présente ainsi une importance primordiale avérée. Il est, en effet, un corollaire important de la notion de la souveraineté étatique et interdit aux États et même à l'ONU de s'immiscer dans les affaires intérieures d'un État pour quelque raison que ce soit. Ainsi, pourrions-nous dire qu'elle constitue le centre de la théorie du « *domaine réservé* » de l'État car le respect de l'intégrité territoriale en est une application notable¹⁰.

Parmi la multitude de textes internationaux actuels¹¹ qu'ils ont consacré et qui continue à l'énoncer, le principal est l'article 2 paragraphe 7 de la Charte de l'ONU qui dispose : « *Aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations-Unies à intervenir dans les affaires qui relèvent essentiellement de la compétence nationale d'un État ni n'oblige les membres à soumettre des affaires de ce genre à une procédure de règlement au terme de la présente Charte...* ». Ce principe constitue la base et le fondement des relations internationales et cherche

⁷ La Convention de La Haye de 1954, la première des conventions de l'UNESCO en matière de patrimoine culturel, constitue le principal instrument international pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé. Le 28 mars 2004, la Convention comptait 109 Hautes Parties contractantes. La Convention de La Haye a fait l'objet de nombreux travaux, parmi lesquels, voir: DE BREUCKER Jean, « Pour les vingt ans de la Convention de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels », *Revue belge de droit international*, Vol. 11, 1975, pp. 525-547;

⁸ Résolution « La culture dans les zones de conflit : une question humanitaire et de sécurité - Rôle et responsabilité de l'UNESCO » (2015), du Conseil exécutif de l'UNESCO, adoptée le 21 avril 2015.

⁹ MATSUURA Kanan, « L'enjeu culturel au cœur des relations internationales », *Politique étrangère*, 2006, n° 4, pp. 1045-1047.

¹⁰ BELANGER Michel, *Droit international humanitaire*, Mémentos, Paris, Gualino, 2002, p.85.

¹¹ KOLB Robert, *Le droit de l'occupation militaire, perspectives historiques et enjeux juridiques actuels*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 185.

à préserver et à sauvegarder l'indépendance des États les plus faibles contre les interventions et les pressions des plus puissants¹². En effet, il impose aux tiers une stricte obligation d'abstention car celle-ci constitue la protection légale de l'État de l'immixtion de ces derniers¹³. Il est, par voie de conséquence, le résultat nécessaire et direct des deux piliers du droit des relations internationales : le principe de souveraineté et celui de l'égalité des États qui en est l'indissociable conséquence¹⁴.

S'inscrivant dans la même lignée, Éric DAVID soutient que la souveraineté a pour corollaire le principe de non-intervention dans les affaires intérieures et le respect de l'intégrité et de l'indépendance territoriale par les autres États¹⁵. Elle a aussi pour conséquence directe l'obligation de veiller à ce que son propre territoire, c'est-à-dire sa propre population ne cause pas de dommage, ni de préjudice économique au territoire des autres États. Quant au doyen Joe VERHOEVEN, il souligne que la règle qui condamne et interdit l'intervention d'un État dans les affaires intérieures d'autrui figure sans doute parmi celles qui sont le plus souvent évoquées. L'auteur poursuit en arguant que si fréquent que soit son rappel, il demeure difficile de s'entendre sur le contenu précis de la règle de non-intervention. Il se comprend, d'après le même auteur, que celle-ci soit parfaitement superflue si elle se contente d'interdire et de condamner des actes ou comportements qui font l'objet de prohibitions spécifiques en droit international¹⁶. Ce principe fondamental gouverneur des relations internationales a aussi bénéficié d'une consécration jurisprudentielle et coutumière. Certes, la CIJ, dans une de ses célèbres affaires, disait : « *le principe de non-intervention met en jeu le droit de tout État souverain de conduire ses affaires sans ingérence extérieure ; bien que les exemples d'atteinte au principe ne soient pas rares, la Cour estime qu'il fait partie intégrante du droit international coutumier* »¹⁷, position que la Haute juridiction internationale va réitérer dans nombreux de ses arrêts et décisions¹⁸.

¹² BOUCHET-SAULNIER Françoise, disponible sur <http://www.franceculture.fr/personnefran%C3%A7oise-bouchet-saulnier.html>. [Consulté le 3 janvier 2021].

¹³ COMBACAU Jean et SUR Serge, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 1993, p.254 ; lire dans le même sens RUZIE David, *Droit international public*, 16^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2002, p.92 ; RUZIE David, *Droit international public*, 18^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2006, p.77.

¹⁴ NGUYEN QUOC Dinh, DAILLER (Patrick), FORTEAU Mathias et PELLET Alain, *Droit international public*, 8^{ème} édition, Paris, LGDJ, 2009, p.486.

¹⁵ DAVID Éric, *Principes de droit des conflits armés*, cinquième édition Bruxelles, 1994, p. 94

¹⁶ VERHOEVEN Joaillier, *Droit international public*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2000, p.144.

¹⁷ CIJ, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (États-Unis c. Nicaragua), Arrêt du 27 juin 1986, Rec.1986, 14, §202.

¹⁸ CIJ, *Affaire du détroit de Corfou, Albanie contre Royaume-Uni*, Arrêt du 9 avril 1949, Rec. 1949, p.35 où la CIJ condamne avec ferveur et rigueur l'intervention et l'envasage comme « *comme une manifestation d'une politique de force, politique qui, dans le passé, a donné lieu aux abus les plus graves et qui ne saurait trouver aucune place dans le droit international* » voir aussi C.I.J, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, (États-Unis c. Nicaragua), Arrêt du 7 juin 1986, Rec.1986 où les juges ont déclaré en substances : « *le*

La souveraineté Étatique se manifeste également sur les biens culturels se trouvant sur son territoire. C'est aux États d'identifier les biens culturels qui feront partis de son patrimoine¹⁹ culturel. Il est reconnu aux États de juger la valeur culturelle des biens pour assurer sa protection. Conformément aux dispositions de la Convention de Paris de 1972 sur la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, l'inscription d'un bien sous le registre du patrimoine mondial est soumise à un certain nombre des conditions. D'abord le bien culturel ou naturel en question doit avoir une importance universelle pour le patrimoine de l'humanité²⁰ ; puis, être protégé par la norme nationale du pays qui souhaite inscrire ce bien dans la liste du patrimoine culturel²¹. À l'analyse de ces dispositions, force est de souligner la manifestation de la souveraineté Étatique sur les biens culturels à protéger puisque c'est l'État qui dispose de la capacité à identifier les biens en question ; puis c'est ce même État qui doit juger et attribuer la valeur culturelle à ces biens ; et enfin les protéger par les normes nationales. Plus loin, la proposition de cette inscription est la volonté étatique et non une obligation extérieure²². Après avoir effectué les inventaires des biens culturels se trouvant sur son territoire, l'État dispose de la volonté de soumettre cette liste des biens culturels pour être inscrit sur la liste du patrimoine mondial ou de l'humanité.

Mais, il est de bon ton de relever que les autorités étatiques ont également l'obligation d'identifier les biens culturels bénéficiaires d'une protection internationale : c'est en effet la condition première et nécessaire à la mise en œuvre de toute forme de protection²³. D'une part, cette démarche est nécessaire pour la bonne exécution de la Convention de 1954. Dans la mesure où l'article 1^{er} laisse le soin aux États de déterminer à quels biens de leur patrimoine la Convention sera applicable, ceux-ci doivent en contrepartie, en vertu de l'article 3 et afin que l'article 4 puisse être correctement respecté, identifier les biens en question. Les rédacteurs de la Convention avaient relevé à cet égard que : « *cultural treasures will be not be safe from bombardment unless their location is known* »²⁴. Il est donc nécessaire que les États, en prévision d'un conflit, signalent aux autres parties quels sont les biens protégés et leur localisation ; en ce sens, une mesure qui a déjà été adoptée consiste à inventorier les biens

principe interdit à tout État ou groupe d'États d'intervenir directement ou indirectement dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État. L'intervention est interdite dès lors qu'elle porte sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des États permet à chacun d'entre eux de se décider librement. Il en est ainsi du choix du système politique, social et culturel et de la formulation des relations extérieures ».

¹⁹ TOMAN Jiri, *La protection des biens culturels en cas de conflit armé*, op.cit., p.248.

²⁰ BUGNION François, « *La genèse de la protection juridique des biens culturels en cas de conflit armé* », In *RICR*, Vol. 86 N°854, 2004, p.319.

²¹ *Idem*, p.320.

²² RUZIE David, *Droit international public*, 18^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2006, p.67.

²³ BORIES Clémentine, *Le patrimoine culturel en droit international*, Paris, Éditions Pedone, 2011, p. 165.

²⁴ O'KEEFE Philippe, *The Protection of Cultural Property...*, op. cit., p. 114.

immeubles et meubles bénéficiaires de la protection et de soumettre cet inventaire à l'UNESCO, afin qu'elle le communique à l'ensemble des États parties²⁵. D'autre part, le recensement de biens culturels est requis pour la mise en œuvre des dispositifs de la Convention de 1972. La procédure d'inscription au patrimoine mondial de l'humanité²⁶ exige en effet des États qu'ils établissent une liste indicative des biens qui selon eux méritent d'apparaître sur la liste du patrimoine mondial²⁷.

Ensuite, sur la base des propositions d'inscription de biens spécifiques soumises par les États, le Comité du patrimoine mondial y inscrira les biens qu'il considère comme ayant une valeur universelle exceptionnelle²⁸. Quant à la liste du patrimoine mondial en péril, également établie par le Comité, les sites doivent au préalable avoir été inscrits sur la première liste et fait l'objet d'une demande d'assistance internationale pour y figurer. Il est à noter que seuls les biens qui font face à des dangers graves et précis, parmi lesquels on trouve les « conflits armés venant ou menaçant d'éclater », sont éligibles pour cette seconde liste²⁹. Pour citer quelques exemples, figurent sur ces deux listes les sites suivants : la vallée de Bamiyan³⁰ (Afghanistan), la Ville archéologique de Samarra (Irak), Tombouctou (Mali), Palmyre et les anciennes villes de Damas, Alep et Bosra (Syrie)³¹. Ainsi, les États doivent faire un inventaire des biens immeubles d'une valeur exceptionnelle s'ils veulent à terme obtenir l'aide prioritaire que leur œuvre l'inscription sur la liste du patrimoine en péril. À défaut de réaliser cet inventaire, les États ne seront pas sanctionnés, puisqu'il ne s'agit pas d'une obligation *stricto sensu*, mais ils ne pourront prétendre à aucune aide au cas où un conflit éclaterait ou menacerait d'éclater.

On rappellera également que le mécanisme de désignation des biens classés fonctionne selon le principe d'une candidature présentée par un État auprès de l'UNESCO, de sorte qu'il n'y a aucun instrument, dans ce contexte, pour permettre le classement de biens appartenant à des minorités persécutées dans leur pays. À cet égard, certains spécialistes préconisent que, à côté des Gouvernements, des instances de la société civile (ONG, universités etc.) puissent signaler l'existence d'un bien à protéger et marquer le début d'un processus de classement. A cela, on note également le caractère non établi de la coutume internationale relativement à la protection des biens culturels.

²⁵ O'KEEFE Philippe, *The Protection of Cultural Property...*, *op. cit.*, p. 119.

²⁶ Article 16 de la Convention relative à la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel de 1972.

²⁷ UNESCO, « Listes indicatives », <https://whc.unesco.org/fr/listesindicatives/> (consulté le 22/07/2021).

²⁸ Article 11(1) et (2) de la Convention de 1972.

²⁹ Article 11(4) de la Convention de 1972.

³⁰ GERTSENBLITH (Philippe), « From Bamiyan to Baghdad: Warfare and the Preservation of Cultural Heritage at the Beginning of the 21st Century », *Geo. J. Int'l L.*, pp. 245-351.

³¹ Données disponibles sur <https://whc.unesco.org/fr/list/> (consulté le 05/06/2021).

Pour combler ce trou des conventions internationales, il est utile d'examiner si la protection des biens culturels est devenue une coutume du droit international³². En effet, TOMAN dit que le « *droit international coutumier complète le droit conventionnel et couvre des situations qui n'étaient pas prévues par les dispositions codifiées* ». ³³

Le droit coutumier est une des sources du droit international selon l'article 38 (b) du Statut de la Cour Internationale de Justice. Pour déterminer la formation d'une coutume, il est nécessaire de prouver l'existence des deux éléments, à savoir, la pratique des États et l'opinio juris. La première condition est un élément matériel qui se consiste des comportements à travers les actes des États³⁴. Ces actes doivent être une pratique uniforme, fréquente et représentative.³⁵ Par exemple, HENCKAERTS dit que la Convention de La Haye de 1954 a exercée sur la pratique des États pour la protection des biens culturels importants.³⁶ Pour le second élément, il faut prouver qu'une règle a été respectée par un État qui reconnaît la nature obligatoire de cette règle et il faut aussi établir qu'il n'y avait pas d'objections contre cette règle. C'est un élément psychologique et plus difficile à prouver à cause de son caractère subjectif³⁷. Ainsi, la démonstration d'existence d'une coutume est difficile à cause de son ambiguïté.

Pourtant, il existe des études qui affirment l'existence d'une coutume concernant les biens culturels. La Conférence générale de l'UNESCO a adopté une résolution en 1993 qui affirme que « *la préservation des biens culturels en cas de conflit armé pourraient être considérés comme faisant partie du droit international coutumier* ». Plusieurs auteurs comme NÉGRI l'affirment en expliquant que les Règlements des Conventions de la Haye de 1899 et de 1907 sont considérés comme coutumes³⁸. Rappelons-nous qu'ils encadrent la protection des édifices consacrés aux cultes, aux arts, aux sciences et à la bienfaisance, des monuments historiques.

En 2006, le Comité International de la Croix-Rouge (CICR) a publié un rapport sur les règles coutumières du droit international humanitaire applicables dans les conflits armés

³² PIGNATELLI Y MECA Antoine, « El Segundo Protocolo de la Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, hecho en La Haya el 26 de marzo de 1954 », *Revista española de derecho militar* 2001, n°77, pp. 357-441.

³³ TOMAN Jiri, *La protection des biens culturels en cas de conflit armé*, *op.cit.*, p.318.

³⁴ DOMINIQUE (C.), *Droit international*, 10^{ème} Edition, Paris, Éditions A. Pedone, 2009, p.252

³⁵ *Ibid.* p. 93

³⁶ HENCKAERTS Jean-Marie, « Étude sur le droit international humanitaire coutumier : Une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, Volume 87, 2005, p.309.

³⁷ GEORGOPOULOS Théodore, « Avez-vous bien dit “crime contre la culture” ? La protection internationale des monuments historiques », *Révue Héliénique du Droit International*, 2001, n° 54, p. 460.

³⁸ NEGRI Vincent (dir.), *Le patrimoine culturel, Cible des conflits, De la guerre civile espagnole aux guerres du XXI^{ème} siècle*, *op.cit.*, p. 1.

internationaux et non internationaux qui s'appelle « Droit international humanitaire coutumier, Volume I : Règles »³⁹. Ces études, qui sont abouti à 166 règles, ont été menées par les experts du droit humanitaire, et, ont été basées sur la pratique de 47 États ayant une répartition géographique, ainsi que sur les manuels militaires, la législation et la jurisprudence de 148 pays.⁴⁰ Le rapport encadre l'attaque et la destruction des biens culturels de Règles 38 à 40 dans Chapitre XII comme ci-dessous.

« Règle 38. – Chaque partie au conflit doit respecter les biens culturels :

Des précautions particulières doivent être prises au cours des opérations militaires afin d'éviter toute dégradation aux bâtiments consacrés à la religion, à l'art, à la science, à l'enseignement ou à l'action caritative, ainsi qu'aux monuments historiques, à condition qu'ils ne constituent pas des objectifs militaires.

Les biens qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples ne doivent pas être l'objet d'attaques, sauf en cas de nécessité militaire impérieuse.

Règle 39. – *L'emploi de biens qui présentent une grande importance pour le patrimoine culturel des peuples à des fins qui pourraient exposer ces biens à une destruction ou à une détérioration est interdit, sauf en cas de nécessité militaire impérieuse.*

Règle 40. – Chaque partie au conflit doit respecter les biens culturels :

« *Toute saisie, destruction ou dégradation intentionnelle d'établissements consacrés à la religion, à l'action caritative, à l'enseignement, à l'art et à la science, de monuments historiques et d'œuvres d'art et de science, est interdite.* »

Jiri TOMAN confirme que ce sont les règles qui montrent l'état actuel du droit coutumier concernant la protection des biens culturels⁴¹.

Ainsi, bien que la démonstration de l'existence de la coutume soit difficile, ces études sont une référence utile pour analyser la possibilité d'appliquer la coutume aux problèmes actuels⁴².

Toutefois, l'application de ces règles « reposent sur la bonne volonté et les capacités des États »⁴³. De plus, ces règles coutumières concernant les biens culturels gardent toujours l'exception de la « nécessité militaire », comme les conventions qui la gardent aussi pour les

³⁹ HENCKAERTS (Jean-Marie.), DOSWALD-BEEK, *Le droit international humanitaire coutumier*, Cambridge, International Committee of the Red Cross and Cambridge University Press, vol. I, 2005, p.86.

⁴⁰ NEGRI Vincent (dir.), *Le patrimoine culturel, Cible des conflits, De la guerre civile espagnole aux guerres du XXI^{ème} siècle*, op.cit., p.3.

⁴¹ TOMAN Jiri, *La protection des biens culturels en cas de conflit armé*, op.cit., p.318.

⁴² PIGNATELLI Y MECA Antoine, « El Segundo Protocolo de la Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, hecho en La Haya el 26 de marzo de 1954 », op.cit., pp. 357-441.

⁴³ LEMELLE Gautier, *La protection du patrimoine culturel en période des conflits armés non-internationaux*, Mémoire Master Recherche, Université Pierre-Mendès France Grenoble, 2014, p.92.

raisons humanitaires. D'ailleurs, Lemelle cite l'exemple de l'opération menée par les forces israéliennes contre le Hamas⁴⁴ dans la bande de Gaza pour montrer la possibilité de son utilisation abusive⁴⁵. Les forces ont bombardé de nombreux biens à caractère civil sous prétexte que le Hamas⁴⁶ s'en servait comme cache d'armes ou comme bouclier pour lancer des missiles sur le territoire israélien⁴⁷. Alors qu'il s'agissait des écoles et des hôpitaux dans ce cas-là, nous pouvons facilement imaginer qu'un État peut abuser la notion de « nécessité militaire » pour les biens culturels aussi. Par conséquent, la coutume elle-même a ses limites pour réaliser une protection efficace des biens culturels.

La dispersion des initiatives et la complexité des conflits armés actuels⁴⁸ rendent la protection du patrimoine culturel plus difficile surtout en période des conflits armés⁴⁹.

B- La dispersion des initiatives de l'Unesco et la complexité du contexte actuel de conflit armé

Si l'UNESCO est l'enceinte internationale légitime et naturelle, force est de constater que les États agissent aujourd'hui de façon insuffisamment concertée, parfois même dans une logique de concurrence, y compris entre États membres de l'Union Européenne, ce qui nuit à la lisibilité globale des initiatives et contribue bien souvent à accréditer l'impression d'une communauté internationale spectatrice impuissante face aux horreurs perpétrées par les groupes terroristes.

Le manque de coordination⁵⁰ entre la mise en œuvre des différents instruments existants est souvent critiqué⁵¹. Les appels au développement des « synergies » entre eux sont une figure récurrente des résolutions adoptées dans le cadre des réunions solennelles des États adhérents aux uns et aux autres. Par exemple, la 3^{ème} Réunion des États parties à la Convention de 1970,

⁴⁴ Le Hamas est une organisation islamiste politico-militaire palestinienne. Fondée en 1987 par Ahmed Yassine en tant que branche palestinienne des Frères musulmans, l'organisation a annoncé son objectif de "libérer le territoire tout entier de la Palestine"

⁴⁵ KOLB Robert, « La nécessité militaire dans le droit des conflits armés : essai de clarification conceptuelle », *op. cit.*, p.186.

⁴⁶ *Ibid*, p.185.

⁴⁷ LEMELLE Gautier, *La protection du patrimoine culturel en période des conflits armés non-internationaux*, *op.cit.*, p.44.

⁴⁸ BANNELIER Karine, « L'influence de la guerre asymétrique sur les règles du jus in bello », Paris, Pedone, 2004, p.146.

⁴⁹ TOMAN Jiri, *La protection des biens culturels en cas de conflit armé, Commentaire de la Convention et du Protocole de La Haye du 14 mai 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé ainsi que d'autres instruments de droit international relatifs à cette protection*, *op. cit.*, p. 235.

⁵⁰ MAINETTI Vittorio, « Des nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé : l'entrée en vigueur du deuxième protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 », in *Revue Internationale de la Croix Rouge*, Vol 86 N°854, juin 2004, pp.337 et 338.

⁵¹ *Ibid*, p.146.

tenue en mai 2015, a appuyé l'objectif de promotion des synergies avec les autres conventions culturelles de l'UNESCO dans l'une de ses résolutions. Une décision avait en outre déjà été adoptée à cet égard, dans une optique globale, visant à garantir que les conventions culturelles se renforcent mutuellement, en décembre 2014, lors de la 9^{ème} réunion du Comité pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé⁵², qui est lié à l'application du deuxième protocole à la convention de La Haye de 1954 : le comité a invité la direction générale de l'UNESCO à tenir, au moins une fois par an, des réunions de consultation avec les présidents des organes statutaires établis par les conventions culturelles, dans cet objectif de développement de synergies. Cette réunion s'est tenue le 26 septembre 2016. La multiplication des initiatives lors des réunions relatives à la protection des biens culturels contre les atteintes lors des conflits armés non-internationaux surtout à forte composante identitaire⁵³ sont restées lettre morte⁵⁴ puisque les biens culturels continuent de périr lors des opérations militaires⁵⁵.

L'efficacité de l'action collective bute également sur le constat qu'il est très compliqué pour les États ou les organisations internationales, face aux destructions terroristes, de dépasser le stade de la condamnation et de mettre en place des mesures concrètes réellement opérationnelles et efficaces sur des territoires en situation de conflit armé. Les destructions massives constatées notamment en Irak et en Syrie s'opèrent dans un contexte international complexe, avec des États qui ne contrôlent plus l'intégrité de leur territoire, une vaste zone contrôlée par une organisation terroriste et une situation de blocage au sein du Conseil de Sécurité de l'ONU, notamment en raison des divergences de vues entre les cinq États membres permanents qui disposent d'un droit de veto.

Les conflits les plus destructeurs ravagent des « États faillis » qui ne contrôlent plus qu'une partie limitée de leur territoire, pour autant qu'ils disposent encore d'un gouvernement bénéficiant d'une reconnaissance internationale générale (ce qui n'est plus le cas de la Syrie, notamment). Pour le reste, les territoires de ces États sont largement contrôlés par des organisations non-étatiques qui ne sont ni sujets, ni objets du droit international classique, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'organisations terroristes⁵⁶.

⁵² TOMAN Jiri, *La protection des biens culturels...*, op. cit., pp. 282-283.

⁵³ LEGOFF Jacques, *Patrimoine et passions identitaires*, Éditions du Patrimoine : Fayard, 1998, p.44.

⁵⁴ Comité pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé, *Rapport du Bouclier Bleu...*, op. cit., pp. 32-35.

⁵⁵ HENCKAERTS Jean-Marie., DOSWALD-BEEK Louis, *Le droit international humanitaire coutumier*, op.cit., 486 p.

⁵⁶ HENCKAERTS Jean-Marie., DOSWALD-BEEK Louis, *Le droit international humanitaire coutumier*, op.cit., p.86.

Il est noté que la complexité des conflits armés contemporains impliquant des facteurs identitaires pose d'énormes difficultés aujourd'hui⁵⁷. Les conventions de droits des conflits armés ne donnent pas de définition de qu'est conflit armé. C'est en référence de l'arrêt rendu le 02 Octobre dans l'affaire *Disco Tadic*, le TPIY⁵⁸ a défini le conflit armé comme « *un conflit armé existe chaque fois qu'un recours à la force armé entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et les groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État* ». La lecture de cette définition, on note que le recours à la force entre les États est un conflit armé international, tandis que le recours à la force armé entre les autorités d'un État et les groupes armés ou entre de tels groupes est un conflit armé non-international⁵⁹.

À l'état actuel, le conflit armé international est exclu de notre champ d'étude dans la mesure c'est le conflit armé non-international qui est beaucoup plus proliférer depuis ces deux dernières décennies. Dans l'espèce, la destruction des biens culturels résultant des opérations militaires entre les groupes armés djihadistes entre eux et les hostilités entre le gouvernement et les groupes armés. Dès qu'il n'oppose pas les forces gouvernementales entre elles, ce conflit peut qualifier de conflit armé non-international⁶⁰. Dans ce genre de conflit actuel, force est constater que l'implication de la religion prend de plus en plus place et rend plus complexe la nature de conflit armé. Cet aspect est imposé au Mali, pourtant ce qui avait commencé comme guerre d'indépendance classique avec les forces armés Touaregs s'opposant aux forces gouvernementales pour obtenir l'indépendance de l'Azawad. L'implication des forces djihadistes tels que MUJAO et l'AQMI est venue changer la nature de conflit armé en virant à une guerre confessionnelle⁶¹ dont la volonté de ces groupes armés consiste de fonder l'État islamique en Afrique. L'État Syrien a connu presque le même scénario.

L'aspect religieux est devenu l'aspect principal de la guerre civile syrienne. Cette guerre avait commencé comme une révolution visant à faire tomber le régime de Bachar Al Assad, mais l'intervention de groupes djihadistes tels que l'EIL et le Front Al Nosra, renforcée par la stratégie du gouvernement, qui mise sur l'islamisation de la rébellion pour la discréditer aux yeux de la communauté internationale et, en particulier, des puissances occidentales, a fini de transformer la révolution en guerre de religion. Désormais, le conflit syrien oppose

⁵⁷ TOMAN Jiri, *Les biens culturels en temps de guerre : quel progrès en faveur de leur protection ? Commentaire article par article du Deuxième Protocole de 1999 relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, *op.cit.*, p. 522.

⁵⁸ TPIY, *Affaire Tadic*, 2 octobre. 1995, § 70.

⁵⁹ MAINETTI Vittorio, « Des nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé : l'entrée en vigueur du deuxième protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 », *op.cit.*, p 340.

⁶⁰ MAINETTI Vittorio, « Des nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé : l'entrée en vigueur du deuxième protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 », *op.cit.*, p.341.

⁶¹ LEGOFF Jacques, *Patrimoine et passions identitaires*, *op.cit.*, p.44.

principalement d'un côté les musulmans chiïtes aux musulmans sunnites. Les forces alaouites du gouvernement, minorité chiïte dont est issu Bachar Al Assad, sont alliées au Hezbollah, mouvement chiïte libanais, et aux milices chiïtes irakiennes. Cette alliance combat le Front Al Nosra, groupe djihadiste sunnite, branche officielle d'Al Quäida en Syrie et l'EI, groupe de djihadistes sunnites engagé dans une guerre sainte contre les chiïtes, et qui souhaite établir un Califat au Moyen Orient. D'ailleurs, le conflit confessionnel qui a lieu en Syrie se prolonge en Irak, qui avait déjà connu une guerre confessionnelle⁶² pendant l'occupation américaine entre 2005 et 2008. L'EI sunnite veut éradiquer les chiïtes d'Irak, confession majoritaire dans le pays et au pouvoir actuellement. Ainsi, la guerre de religion⁶³ a lieu dans deux des pays au patrimoine culturel parmi les plus riches de la planète. On retrouve une composante religieuse dans quasiment tous les conflits armés non-internationaux actuels⁶⁴. La question est également centrale en République centrafricaine, où les musulmans s'opposent aux chrétiens, au Nigeria, où le groupe musulmans Boko Haram tente d'établir lui aussi un État islamique, en Libye, où les milices islamiques s'opposent aux autres milices. Cette dimension religieuse se retrouve aussi en Afghanistan et au Pakistan, avec la guerre contre les Talibans.

En outre, l'Égypte s'oppose les frères musulmans et doit faire face à des insurgés⁶⁵ islamistes, notamment dans la péninsule du Sinaï. De la même manière, la Tunisie est en prise avec des groupes islamistes, dont certains reviennent du Mali. L'armée tunisienne subit régulièrement des attaques de groupes djihadistes. Au Yémen, des combats opposent des rebelles chiïtes à des combattants de la tribu des Hached. Les rebelles chiïtes reprochent à cette tribu son soutien aux groupes salafistes⁶⁶.

Enfin, alors que le Liban subi est régulièrement en proie à des troubles religieux, la guerre syrienne menace de plus en plus de s'étendre sur son territoire. L'implication des facteurs identitaires dans les conflits armés et l'intervention des puissances étrangères et surtout l'intervention non négligée des groupes armés étrangers dans les conflits armés rend donc complexe la nature desdits conflits. Cette situation inquiétante mettant davantage les biens culturels en danger rend inefficaces toute intervention de l'UNESCO pour offrir une protection efficace à ces biens culturels. C'est dans cette nature de guerre confessionnelle⁶⁷ où non

⁶² *Idem*, p.46.

⁶³ IDI, *L'application du droit international humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques : Résolution de Berlin du 25 août 1999*, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁴ BANNELIER Karine, « L'influence de la guerre asymétrique sur les règles du jus in bello », *op.cit.*, p.145.

⁶⁵ CUMIN Dominique, *Manuel de droit de la guerre*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 151.

⁶⁶ Voir « Guerres, révolutions, tensions : les principaux conflits dans le monde en 2014 » sur https://mapseengine.google.com/map/viewer?mid=zaDiQR2n_ZSo.kEmnesX1bWrw.

⁶⁷ LEGOFF Jacques, *Patrimoine et passions identitaires*, *op.cit.*, p.44.

seulement on enregistre des destructions iconoclastes et massives des biens culturels, mais aussi le trafic illicite des biens culturels⁶⁸. Face à cette dernière, l'UNESCO éprouve des difficultés à lutter efficacement face à ce fléau enregistré aux cours des opérations militaires⁶⁹.

II- LES LIMITES RELATIVES À LA LUTTE CONTRE LE TRAFIC ILLICITE DES BIENS CULTURELS

L'UNESCO est une institution qui a pour mandat de protéger les biens culturels contre toutes atteintes afin de pouvoir transmettre aux générations futures les valeurs culturelles, historiques et spirituelles qu'ils regorgent. Avec l'avènement des conflits armés non-internationaux virés aux guerres confessionnelles⁷⁰ impliquant le facteur identitaire⁷¹, les biens culturels matériels ne sont plus à l'abri des destructions et dégradations pour anéantir l'ennemi dans ses origines⁷². On assiste aux fouilles archéologiques illicites, à la vandalisation des musées et aux trafics illicites des biens culturels⁷³. Avec le développement de l'internet, les trafics illicites des biens culturels sont accentués dans la mesure où il n'existe pas une norme internationale qui régit cette activité de commerce des biens culturels en ligne (A). De plus, au plan national, il y'a des incohérences sur les normes de trafic illicite des biens culturels qui rend difficile⁷⁴ la lutte efficace contre ce fléau (B).

A- L'inexistence des normes internationales régissant le commerce en ligne des biens culturels volés

Le commerce des biens culturels est un secteur majeur et en plein essor du commerce international. Il y a un commerce licite vigoureux, qui montre combien les formes d'art et expressions culturelles sont appréciées. Malheureusement, au-delà du commerce légal, le trafic illicite ne cesse de se développer dans le monde. Le vol, le pillage et/ou l'importation et l'exportation illicites de biens culturels sont des pratiques bien connues⁷⁵. Ces phénomènes touchent les musées, les collections publiques et privées, les propriétaires ou détenteurs

⁶⁸ BOILLAT Morges, *Trafic illicite de biens culturels et coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Genève, Schulthess, 2012, p. 28.

⁶⁹ PFANNER (T.), « Les guerres asymétriques vues sous l'angle du droit humanitaire et de l'action humanitaire », *op.cit.*, p. 260.

⁷⁰ *Ibid*, p.44.

⁷¹ *Ibid*, p.234.

⁷² *Ibid*, p.54.

⁷³ O'KEEFE Philippe, *Commentaire relatif à la Convention de l'UNESCO de 1970 sur le trafic illicite des biens culturels*, *op.cit.*, p. 14.

⁷⁴ BOILLAT (M.), *Trafic illicite de biens culturels et coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Genève, Schulthess, 2012, p. 28.

⁷⁵ Convention de Paris de 1970 relative aux mesures à prendre pour la lutte contre l'exportation et l'importation illicite des biens culturels meubles.

légitimes, les édifices religieux⁷⁶, les institutions culturelles et les sites archéologiques du monde entier. En fonction de leurs moyens et de leurs ambitions, les malfaiteurs peuvent élaborer des opérations très ingénieuses qui leur permettent de voler des objets pour ensuite les exporter, directement ou indirectement, vers certains pays où des acheteurs sont prêts à verser des sommes élevées pour les obtenir. Page | 392

Au niveau de l'action normative, l'UNESCO a élaboré différents traités pour lutter contre ce phénomène répréhensible qui peut se produire dans des contextes différents: la Convention de La Haye pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (1954) et ses deux protocoles (1954 et 1999), et la Convention de l'UNESCO concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels⁷⁷. Cette dernière a été complétée par la Convention d'UNIDROIT sur les biens culturels volés ou illicitement exportés en 1995, et toutes deux sont opérationnelles en temps de paix. Les conventions les plus récentes [la Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique⁷⁸, la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel⁷⁹ et la Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles⁸⁰] jouent également un rôle important dans la protection du patrimoine culturel dans toutes ses dimensions.

Au niveau de l'action diplomatique et des « bons offices », un Comité intergouvernemental pour la promotion du retour des biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale a été créé pour traiter les cas les plus exceptionnels, généralement en dehors de la portée de ces traités internationaux.

Avec l'avènement de l'Internet, le trafic d'objets culturels est devenu de plus en plus complexe. En effet, l'Internet permet aux trafiquants de vendre les objets volés plus facilement et plus rapidement. Les normes existantes en la matière n'arrivent pas à appréhender le trafic illicite des biens culturels⁸¹. D'ailleurs aucune législation ne régit la vente en ligne des objets d'une importance historique et culturels.

Le trafic illicite d'objets culturels représente un enjeu très important et, en tant que tel, est régulièrement l'objet de recommandations adoptées lors des réunions du Groupe d'experts

⁷⁶ GERMELMANN Claas Christian, « La protection de l'héritage culturel religieux en droit international », *RIL*, 2018, pp. 212-232.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, Paris, 02 novembre 2001.

⁷⁹ Convention de Paris sur la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de 2003.

⁸⁰ Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles de 20 Octobre 2005.

⁸¹ PIGNATELLI Y MECA Antoine, « El Segundo Protocolo de la Convención de 1954 para la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado, hecho en La Haya el 26 de marzo de 1954 », *op.cit.*, p.446.

INTERPOL sur les biens culturels volés, auquel l'UNESCO participe. La nécessité de créer un comité d'experts des biens culturels volés est devenue évidente après la destruction des bouddhas de Bamiyan en 2001⁸² et le pillage du Musée national irakien de Bagdad en 2003. Le Groupe d'Expert Interpol sur les biens culturels volés⁸³ a discuté du trafic illicite d'objets culturels via Internet pour la première fois à sa troisième réunion (Lyon, mars 2006). Reconnaissant les difficultés pour les services chargés de l'application de la loi à faire face à l'augmentation de la vente d'objets culturels sur Internet, les participants à cette réunion ont recommandé « qu'INTERPOL, l'UNESCO et l'ICOM élaborent et diffusent à leurs pays membres respectifs une liste commune de recommandations sur les mesures élémentaires à prendre pour mettre un frein au développement du commerce illicite⁸⁴ d'objets culturels sur Internet ». Cela a conduit à l'établissement de la liste des « Mesures élémentaires concernant les objets culturels mis en vente sur Internet »⁸⁵. Mais jusque-là, les recommandations de l'UNESCO n'ont pas empêché la vente et trafic illicite⁸⁶ des biens culturels en ligne.

À la cinquième réunion du Groupe d'experts INTERPOL sur les biens culturels volés⁸⁷, les participants ont déclaré qu'ils étaient conscients de « l'utilisation fréquente d'Internet aux fins de la vente illicite de biens culturels » et de « la responsabilité des plateformes Internet à cet égard », et ont recommandé au Secrétariat Général d'INTERPOL « de recueillir auprès des pays membres et de diffuser périodiquement les informations relatives aux accords avec les plateformes Internet, en vue de réduire le nombre des ventes illicites de biens culturels effectuées en ligne ». Ils ont également recommandé aux pays membres d'INTERPOL et de l'UNESCO « de conclure avec les plateformes Internet des accords prévoyant la limitation des ventes de biens culturels, conformément aux législations nationales, l'autorégulation des plateformes Internet et des actions de sensibilisation du public à la protection des biens culturels »⁸⁸ et « d'encourager les plateformes Internet, les sociétés de vente aux enchères et les

⁸² Le paysage culturel et les vestiges archéologiques de la vallée de Bamiyan illustrent les développements artistiques et religieux qui, du I^{er} au XIII^e siècle, ont caractérisé l'ancienne Bactriane, intégrant diverses influences culturelles pour former l'école d'art bouddhique du Gandhara. Le site contient plusieurs ensembles monastiques et sanctuaires bouddhistes, ainsi que des édifices fortifiés de la période islamique.

⁸³ *Ibid*, p.547.

⁸⁴ *Ibid*, p.542.

⁸⁵ Dossier d'information, *La lutte contre le trafic illicite des biens culturels, la convention de 1970 : bilan et perspective*, *op.cit.*, p.4.

⁸⁶ O'KEEFE Philippe, *Commentaire relatif à la Convention de l'UNESCO de 1970 sur le trafic illicite des biens culturels*, *op.cit.*, p. 14.

⁸⁷ Lyon, 4-5 mars 2008.

⁸⁸ TOMAN Jiri, *Les biens culturels en temps de guerre : quel progrès en faveur de leur protection ? Commentaire article par article du Deuxième Protocole de 1999 relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, *op.cit.*, p. 531.

marchands d'art à donner aux services chargés de l'application de la loi le libre accès aux catalogues traditionnels et en ligne ».

En février 2009, les participants à la sixième réunion du Groupe d'experts INTERPOL sur les biens culturels volés ont reconnu qu'Internet est utilisé aux fins de la vente illicite de biens culturels et ont recommandé aux autorités nationales de poursuivre leur action contre le transfert illicite de ces biens⁸⁹ par Internet et de conclure des accords spéciaux avec les principaux sites.

Une étude menée par INTERPOL sur l'utilisation d'Internet aux fins de la vente d'objets culturels a souligné les énormes difficultés⁹⁰ auxquelles les autorités sont confrontées dans ce domaine. Ces difficultés sont également mentionnées dans un document rédigé par l'UNESCO, en étroite collaboration avec INTERPOL et l'ICOM, demandant de prodiguer des conseils à ses États membres sur les « Mesures élémentaires concernant les objets culturels mis en vente sur Internet ».

On énumère un certain nombre de facteurs expliquant pourquoi il est si difficile de surveiller le trafic d'objets culturels sur Internet :

- le volume et la diversité des objets mis en vente ;
- la diversité des lieux ou des plateformes de vente d'objets culturels sur Internet ;
- l'absence d'informations qui permettraient de bien identifier les objets ;
- le peu de temps disponible pour réagir étant donné la brièveté des enchères ;
- la situation juridique des sociétés, entités ou particuliers qui sont à l'origine de la vente d'objets culturels sur Internet ;
- la complexité des questions de juridiction posées par ces ventes ;
- le fait que les objets vendus se trouvent souvent dans un pays autre que celui où se situe la plate-forme de vente sur Internet.

Face à cette difficulté relever par les experts de l'INTERPOL, il est de bon temps de relever l'avènement de l'internet est un grand souci pour le trafic illicite des biens culturels⁹¹. Il est donc difficile de surveiller les plateformes de vente en ligne de ces biens⁹² et surtout l'existence d'un marché noir qui est difficile à contrôler. L'inexistence d'une convention

⁸⁹ TOMAN Jiri, *Les biens culturels en temps de guerre : quel progrès en faveur de leur protection ? Commentaire article par article du Deuxième Protocole de 1999 relatif à la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé*, *op.cit.*, p.535.

⁹⁰ MAINETTI Vittorio, « Des nouvelles perspectives pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé : l'entrée en vigueur du deuxième protocole relatif à la Convention de La Haye de 1954 », *op.cit.*, pp.337 et 338.

⁹¹ O'KEEFE Philippe, *Commentaire relatif à la Convention de l'UNESCO de 1970 sur le trafic illicite des biens culturels*, UNESCO, 2014, p. 14.

⁹² *Idem* p.15.

internationale entre les États qui régit l'utilisation des plateformes internet en matière du trafic illicite des biens culturels constitue une lacune des normes existantes en la matière⁹³. Dans le cadre interne, il existe des mesures nationales qui encadrent le trafic illicite des biens culturels⁹⁴. Mais, ces mesures regorgent des incohérences quant à la lutte efficace de trafic illicite des biens culturels conformément à la convention internationale en la matière.

B- L'incohérence des mesures nationales dans la lutte contre le trafic illicite

L'insuffisance des normes de droit interne tient aux diversités existantes entre les systèmes juridiques nationaux. Ces diversités apparaissent avant tout dans le champ d'application matérielle des normes de droit interne relatives à la protection des biens culturels en cas de trafic illicite. Il est vrai que les définitions internes des notions pertinentes sont souvent dissemblables en la matière. Chaque ordre juridique national définit pour lui-même les notions de bien culturel ou d'œuvre d'art. Chaque ordre juridique attribut un statut juridique original à ces biens. Il pourra s'agir d'un statut spécial, mais il arrive également que certains États attribuent à ces biens un statut de droit commun, c'est-à-dire qu'ils les soumettent au régime juridique généralement applicables aux biens mobiliers. Ces régimes généraux étant eux-mêmes extrêmement divers d'un ordre juridique à l'autre. En outre, ces disparités se manifestent à travers deux questions qui ont été effleurées dans le développement précédent : il s'agit de la restitution des biens volés en cas d'acquisition *a non domino* et du principe de non application du droit public étranger en matière de restitution des biens culturels illicitement exportés⁹⁵.

Le premier élément met clairement en évidence les différences existantes entre les ordres juridiques nationaux et même, d'une façon assez schématique, entre les types de systèmes juridiques existants. Dans la mesure où les vols de biens culturels s'accompagnent souvent de franchissement de frontières, ils sont grevés d'un élément d'extranéité. En d'autres termes, la *lex rei sitae* pourra éventuellement permettre l'aliénation du bien dans un pays ayant une législation protectrice vis-à-vis de l'acquéreur *a non domino*, écartant ainsi l'application du droit public et pénal de l'État d'origine du bien⁹⁶. L'illustration la plus claire mais aussi la plus simpliste de ce risque réside dans la contradiction réductrice entre les systèmes juridiques de

⁹³ BORIES Clémentine, *Les bombardements serbes sur la vieille ville de Dubrovnik, La protection internationale des biens culturels*, op.cit., 2005, p. 27.

⁹⁴ *Idem*, p.28.

⁹⁵ Un acquéreur *a non domino*, selon la définition du Vocabulaire juridique Cornu, « *tient ses droits d'une personne qui n'est pas le véritable propriétaire* ». CORNU Gérard (Ed.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Quadrige dicos poche, 7^e éd., 2007, p. 59.

⁹⁶ La *lex rei sitae* est la loi de situation du bien.

common law et ceux de tradition *romano-germanique*. Généralement, les premiers ne gratifient à l'acquéreur *a non domino* qu'une protection limitée dans la mesure où ils ont recours au principe *nemo dat quod no habet*⁹⁷. Il en résulte que l'acquéreur ne bénéficie que des prescriptions acquisitives pour acquérir un titre de propriété. Surtout, cela implique pour l'acquéreur de bonne foi qu'une indemnisation, ou compensation, ne sera probablement pas prévue si son titre sur la chose n'est pas effectif et si la détention du bien lui est retirée. À l'inverse, les systèmes juridiques de tradition *romano-germanique* attribuent généralement une protection bien plus poussée à l'acquéreur *a non domino* lorsqu'il est de bonne foi. Si dans le premier cas la sécurité juridique de l'acquéreur est délaissée au profit de la lutte contre le trafic illicite⁹⁸, dans le second la sécurité juridique de l'acquéreur est assurée au risque d'encourager ce trafic. Il résulte de l'ensemble une indétermination juridique mise à profit par les réseaux de trafiquants. Par conséquent, le problème de la restitution des biens culturels en cas de vol international appelle des réponses internationales, à travers le développement de la coopération internationale et la formation de normes juridiques internationales pertinentes.

Il en va de même concernant la restitution des biens culturels illicitement exportés⁹⁹. En effet « la demande de restitution simplement fondée sur l'exportation illicite aboutit normalement à un rejet en droit commun »¹⁰⁰. Cela tient au principe de l'inapplicabilité du droit public étranger dans le territoire national de l'État de situation du bien. Il s'agit d'un principe qui a été abordé dans le rapport explicatif de la Convention Unidroit du 24 juin 1995 sur les biens culturels volés ou illicitement exportés (ci-après, la Convention Unidroit)¹⁰¹. Le rapport souligne que : « en l'état du droit international, la communauté des États continue de partager l'absence de principe d'une quelconque obligation pour le juge du for de prendre en compte les règles de droit public d'un État étranger dont relèvent les législations en matière d'exportation »¹⁰². Il rappelle également que les règles de conflit de lois de l'État du for, en droit international privé, ne portent que sur l'application des dispositions étrangères de droit privé¹⁰³.

⁹⁷ « Nul ne peut transférer la propriété de ce qui ne lui appartient pas ». CORNU (G.) (Ed.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 966.

⁹⁸ O'KEEFE Philippe, *Commentaire relatif à la Convention de l'UNESCO de 1970 sur le trafic illicite des biens culturels*, op.cit., p. 14.

⁹⁹ CORNU Gérard (Ed.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, coll. Quadrige dicos poche, 7^e éd., 2007, p. 59.

¹⁰⁰ CARDUCCI Gérard, *La restitution internationale des biens culturels et des objets d'art*, Paris, Librairie Générale du Droit et de la Jurisprudence, p. 275.

¹⁰¹ SCHNEIDER Molino, Secrétariat d'Unidroit, *Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés : rapport explicatif*, *Revue de droit uniforme*, 2001, n°3, vol. pp. 477-565.

¹⁰² *Idem*, p.556.

¹⁰³ *Idem*, p.564.

Le principe d'inapplicabilité du droit public étranger est un corollaire de celui de souveraineté étatique et, plus particulièrement, du principe de souveraineté territoriale. Ce qui signifie que chaque État ne peut réglementer l'exportation illicite des biens culturels que dans la limite de ses compétences, notamment celles territoriales. Mais un exercice extraterritorial de ces compétences ne peut pas être imposé par un État sur le territoire d'un de ses pairs sans son consentement. Ainsi, au nom du principe de l'égalité souveraine des États, aucun d'entre eux n'a à souffrir, dans son territoire national, l'application des normes internes de droit public d'un État tiers, notamment les mesures relatives au contrôle des exportations des biens culturels. Cette application serait perçue comme une violation de la souveraineté étatique. Par conséquent, une demande de restitution¹⁰⁴ exclusivement fondée sur la violation d'une législation étrangère relative à l'exportation illicite sera accueillie défavorablement à l'étranger. C'est pourquoi le principe d'inapplicabilité du droit public étranger a longtemps été la cause principale du développement des exportations illicites des biens culturels¹⁰⁵. Encore une fois, il apparaît clairement que seules une coopération internationale accrue et le développement de normes juridiques internationales sont en mesure de résoudre les différences existantes entre les législations internes.

On note également dans le cadre de la lutte contre le trafic illicite des biens culturels¹⁰⁶, les difficultés d'ordre procédurales qui touchent notamment à la mise en œuvre des procédures de sanction ou de restitution au plan national et international. La demande de restitution est une compétence réservée aux États, seuls ces derniers sont habilités à en faire la demande à un autre État dans lequel le bien en question se trouve. Du point de vue technique, on note un certain nombre de difficultés relatives à la circulation de l'information, d'identification des biens protégés ou volés, d'un déficit de coopération interinstitutionnelle ou entre acteurs privés et publics, de l'éclatement des bases de données des biens volés ou saisis. Ou encore d'un manque relatif de moyens humains, dans certains pays, des autorités chargées de surveiller le commerce de l'art et de sanctionner les trafics. Il est à noter que le commerce illicite des biens culturels¹⁰⁷ constitue un phénomène mondial, qui ne connaît pas de frontières nationales. Bien que de nombreuses études aient été publiées sur ce type de commerce illicite, il existe très peu de

¹⁰⁴ BOUCHENAKI Mounir, « Retour et restitution des biens culturels à la suite de la Convention de 1970 », *Museum International*, Vol. 61, Issu 1/2, 2009, p. 152.

¹⁰⁵ O'KEEFE Philippe, *Commentaire relatif à la Convention de l'UNESCO de 1970 sur le trafic illicite des biens culturels*, op.cit., p. 14.

¹⁰⁶ O'KEEFE Philippe, *Commentaire relatif à la Convention de l'UNESCO de 1970 sur le trafic illicite des biens culturels*, op.cit., p. 15.

¹⁰⁷ BOILLAT Morges, *Trafic illicite de biens culturels et coopération judiciaire internationale en matière pénale*, Genève, Schulthess, 2012, p. 28.

statistiques quantifiant la portée du problème de manière adéquate¹⁰⁸. On sait par contre que les fouilles illégales sont nombreuses partout dans le monde et que le commerce des biens culturels est en pleine expansion. Les zones de conflit et les pays en Afrique et au Moyen-Orient sont particulièrement vulnérables. Ce phénomène ne touche pas seulement les sites archéologiques, y compris sites subaquatiques¹⁰⁹, mais aussi les musées, les bâtiments religieux, les archives, les bibliothèques ainsi que les propriétaires privés et les collectionneurs.

Conclusion

En bref, les conflits armés non-internationaux constituent de nos jours un véritable danger pour le patrimoine culturel. Ces conflits impliquent les acteurs non étatiques sans foi ni loi mettent en ligne de mire les vestiges culturels et historiques protégés au plan international. L'UNESCO entant qu'institutions en charge de protection des biens culturels afin de transmettre la culture aux générations futures se trouve limitée quant aux actions à mener afin d'offrir une protection efficace à ces biens. Il a été relevé la souveraineté étatique ainsi que le principe de la non-ingérence sont des véritables obstacles aux actions de l'instance internationale en la matière. La coopération étatique s'avère donc une nécessité afin de sauver la culture, l'histoire de l'humanité.

¹⁰⁸ *Idem*, p.29.

¹⁰⁹ UNESCO, *Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique*, 2001, Paris.

Les instruments de l'ordre juridique international sur la répression des violations du droit international humanitaire dans le contexte du terrorisme

Instruments of the international legal order on the representation of violations of international humanitarian law in the context of terrorism

Par: Page | 399

Dr. **SIDIBE Ibrahim,**

Enseignant Chercheur à l'université des sciences juridiques et politiques de Bamako

Dr. **SANGARÉ Djibril,**

Enseignant- Chercheur à l'Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako-Mali.

Résumé:

Les instruments fondamentaux du droit international humanitaire (DIH) sont bien connus. Il s'agit essentiellement des quatre conventions de Genève de 1949 et de leurs protocoles additionnels de 1977, ainsi que d'un vaste édifice de droit coutumier. Ces instruments concernent des questions d'une importance vitale en période de conflit armé, notamment pour la protection des blessés, malades et naufragés, des prisonniers de guerres, des internés civils, ainsi que de celle de l'ensemble de la population civile.

Le droit international humanitaire établit non seulement les droits essentiels de la personne humaine, mais contient aussi d'importance mécanisme pour garantir le respect de ces règles. Il impose les obligations nécessaires à la répression de tout acte portant gravement atteinte à la dignité de la personne et à la sécurité des populations civiles.

La recrudescence des conflits armés actuels et les violations manifestes du droit humanitaire ont ranimé l'intérêt pour les mécanismes propres à en garantir un meilleur respect par l'application du système des sanctions. Celui-ci vise à faire cesser les violations et, notamment, à réprimer les infractions graves, qualifiées de crimes de guerre.

Mots-clés : droit international humanitaire, terrorisme

Abstract:

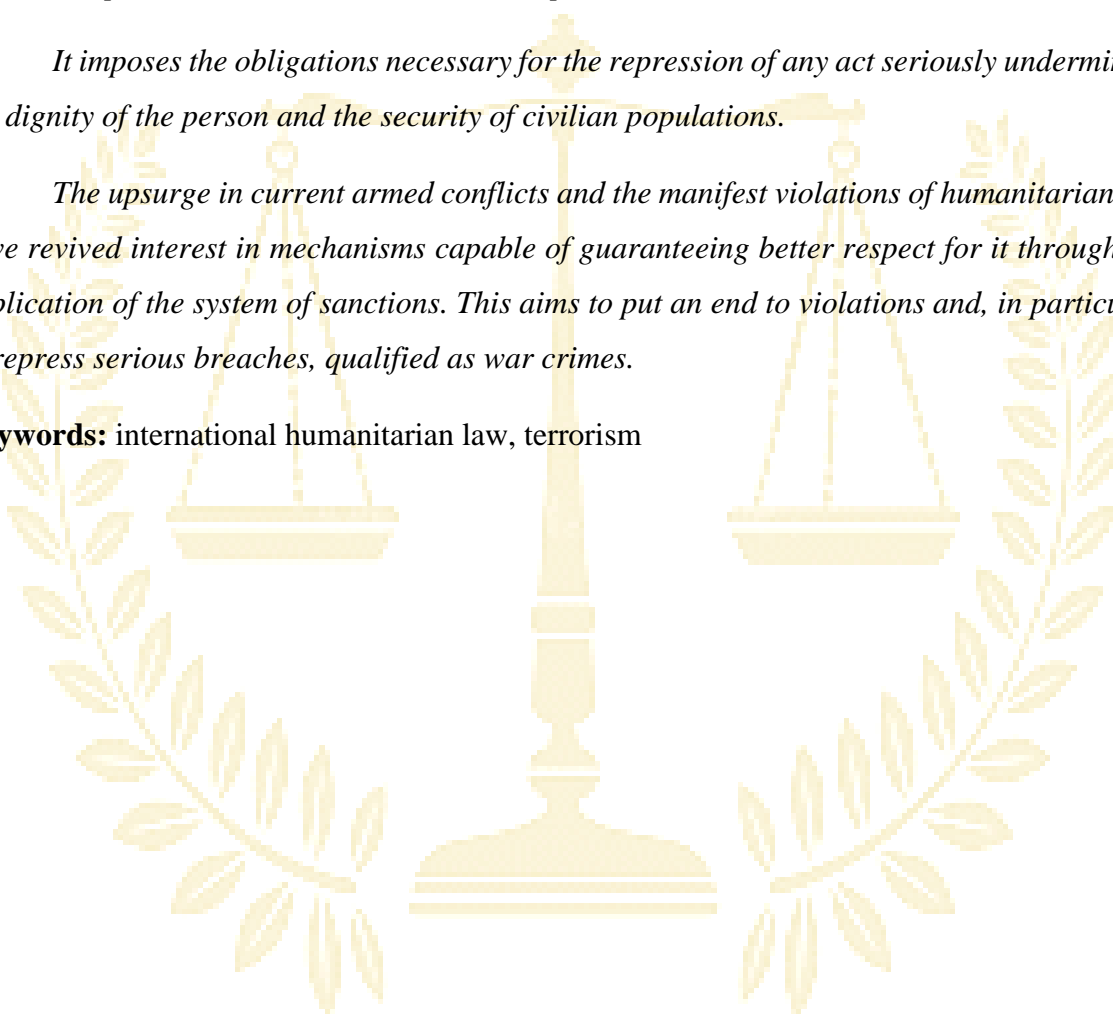
The fundamental instruments of international humanitarian law (IHL) are well known. These are essentially the four Geneva Conventions of 1949 and their additional protocols of 1977, as well as a vast edifice of customary law. These instruments concern matters of vital importance in times of armed conflict, in particular for the protection of the wounded, sick and shipwrecked, prisoners of war, civilian internees, as well as that of the entire civilian population. International humanitarian law not only establishes basic human rights, but also contains important mechanisms to ensure compliance with these rules.

Page | 400

It imposes the obligations necessary for the repression of any act seriously undermining the dignity of the person and the security of civilian populations.

The upsurge in current armed conflicts and the manifest violations of humanitarian law have revived interest in mechanisms capable of guaranteeing better respect for it through the application of the system of sanctions. This aims to put an end to violations and, in particular, to repress serious breaches, qualified as war crimes.

Keywords: international humanitarian law, terrorism



Introduction

"Une attaque terroriste contre un pays est une attaque contre l'humanité tout entière."

Kofi Annan, Déclaration au Conseil de Sécurité de l'ONU, 12 septembre 2001.

Page | 401

Le monde évolue en permanence sous la menace terroriste ou de crises constantes en conduisant à une déstabilisation de la société internationale comme en témoignent les événements du 11 septembre 2001, les attentats perpétrés à Paris le 13 novembre 2015, les attaques menées par des groupes armés au nord du Mali en 2012 et tant d'autres. Tous ces actes de violence portent atteinte à certaines dispositions du droit international dont le respect s'impose à l'ensemble des acteurs de la société internationale. Le droit international humanitaire impose des règles internationales s'appliquant à l'ensemble de la communauté internationale et qui lorsqu'elles sont violées, leur violation est sanctionnée. Pour le droit international humanitaire, la violation des règles dénommées ci-après DIH enclenche aussitôt la compétence de certains organes nationaux tantôt internationaux à cet effet.

Le Droit International Humanitaire est défini comme l'ensemble des règles internationales d'origine conventionnelle ou coutumière, spécifiquement destinées à répondre aux problèmes humanitaires découlant directement des conflits armés. Ces règles visent à restreindre, pour raisons humanitaires, le droit des parties à un conflit d'utiliser des méthodes et des moyens de guerre de leur choix. Elles ont pour objectif la protection des personnes et des biens affectés, ou pouvant être affectés par un conflit armé¹. Seule la réalité objective de l'existence d'un conflit armé compte pour déclencher l'applicabilité des dispositions humanitaires. Le DIH serait en quelque sorte un droit spécial destiné à répondre à une situation exceptionnelle, le conflit armé. Le DIH n'est par conséquent pas applicable en temps de paix, période ou reste en vigueur le droit conventionnel et en particulier pour ce qui de la protection de la personne, le droit des droits de l'homme.

Un conflit armé peut également se caractériser par l'affrontement entre les forces armées régulières d'un État et des groupes armés rebelles à l'autorité en place.

A l'extrême, il peut exister des situations où l'effondrement de l'Etat et la disparition des institutions gouvernementales se traduit par un conflit armé entre groupes et factions rivales.

¹ SANDOZ (Y), SWINARSKI (C), ZIMMERMANN (B), commentaire des protocoles additionnels de 1977 aux conventions de Genève de 1949, Genève, CICR, 1986.

On voit donc que le conflit armé correspond à des situations très diversifiées où l'existence d'une guerre classique entre entités étatiques n'est plus absolue

Les conventions de Genève et leurs protocoles ont pris en compte cette réalité complexe en distinguant deux régimes juridiques applicables, l'un au conflit armé international et l'autre au conflit armé non international. Mais la tendance est à l'unification des règles du DIH pour tous les types de conflits armés².

Le DIH constitue une branche du droit international public et se compose des règles destinées à protéger les personnes qui ne participent pas, ou plus, aux hostilités et à limiter les moyens et méthodes de guerre. En d'autres termes, le DIH est formé de règles inscrites dans des traités internationaux ou issues de la coutume et spécifiquement destinées à régler des questions d'ordre humanitaire directement liées aux conflits armés, qu'ils soient de nature internationale ou non internationale. Le DIH comporte deux branches distinctes qui ont été fusionnées en raison de l'adoption des protocoles de 1977. Le « droit de Genève », formé de l'ensemble de règles qui protègent les victimes des conflits armés, comme les soldats « hors de combat » (combattants blessés et prisonniers de guerre) et les personnes civiles qui ne participent pas ou ne participent plus directement aux hostilités; Le « droit de La Haye », constitue par l'ensemble des règles qui définissent les droits et obligations des belligérants dans la conduite des hostilités et limitent les méthodes et moyens de guerre.

Le Droit international Humanitaire ne définit pas le « territoire », mais interdit de commettre dans les conflits armés la plupart des actes qui seraient couramment qualifiés de « territoire » s'ils étaient commis en temps de paix, soit notamment, les actes de violence aveugle, en attaque délibérée contre des personnes et des biens civils, l'utilisation de « boucliers humains » les attaques dans les lieux de culte et la prise d'otages.

De plus, le DIH interdit expressément « les peines collectives, de même que toute mesure [...] de terrorisme³ », les « actes de terrorisme » (article 4 du protocole additionnel II) et les actes qui visent à répandre la terreur parmi la population civile.

Des actes de terrorisme peuvent être commis en période de conflit armé comme en temps de paix. Comme le DIH ne s'applique qu'en temps de guerre en général, il ne vise pas les actes de terrorisme ni la riposte des États à ces actes commis en temps de paix, qui relèvent du droit national et du droit international général, en particulier du droit relatif aux droits de l'homme.

² Abdelwahab BIAD, droit international humanitaire 2^e Édition, Ellipses édition Marketing S.A, 2006 ; p. 23.

³ Voir l'article 33 de la quatrième convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949.

Cependant, si la lutte contre les actes de terrorisme prend la forme d'un conflit armé (c'est-à-dire atteint l'intensité d'un conflit armé), alors le DIH s'applique aux actes commis dans le cadre de ce conflit et le comportement de l'État doit être conforme aux règles du DIH. Dans le cadre des obligations qui leur incombent au titre du DIH, les États doivent prévenir et réprimer les actes de terrorisme qui peuvent constituer des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité.

La bipolarité nouvelle offerte au monde est celle du bien et du mal, celle des terroristes et des autres : au terme d'un syllogisme séduisant, puisque le terrorisme atteint la puissance destructrice de la guerre et puisque la guerre est essentiellement conduite par des moyens militaires, la lutte contre le terrorisme doit se concevoir comme une forme de guerre et s'articule autour des dispositions militaires⁴.

Les parties belligérantes disposent de moyens de plus en plus inégaux et le principe de légalité des armes ne s'applique pas aux parties⁵. Cette asymétrie dans la guerre a de nombreuses ramifications. Les guerres asymétriques ne correspondent ni au concept de guerre de Clausewitz ni au concept traditionnel figurant dans le droit international humanitaire. La question de savoir si les défis de la guerre asymétrique peuvent être révélés avec le droit de la guerre actuelle peut être débattue. Les guerres entre États sont de plus en plus rares il est donc possible que les normes du droit international qui ont été conçues pour elles deviennent obsolètes. Face à la privatisation croissante des guerres d'aujourd'hui, l'on pourrait dire que le modèle consacré par la paix du traité de Westphalie⁶ serait en train de perdre sa pertinence.

Ainsi, certains aspects de la guerre contre le terrorisme qui a été déclenchée à la suite des attentats du 11 septembre 2001 aux États-Unis sont assimilables à un conflit armé, au sens du DIH. La guerre que la coalition conduite par les États-Unis a engagée en Afghanistan en octobre 2001 en est un exemple. Le DIH était sans conteste applicable à ce conflit armé international opposant la coalition menée par les États-Unis à l'Afghanistan.

Cependant, bien des actes de violence perpétrés actuellement dans d'autres régions du monde et communément qualifiés de « terroristes » sont le fait de groupes (réseaux) d'individus qui, au mieux, ont une idéologie commune. Au vu des preuves factuelles aujourd'hui disponibles, il est permis de douter que ces groupes et ces réseaux puissent être définis comme des « parties » à un conflit armé en l'occurrence international. Le Sahel est depuis plusieurs années une zone de prédilection pour divers trafics parmi lesquels la drogue, les armes etc. En

⁴ Christian CHOCQUET, *Le terrorisme n'est pas la guerre*, Édition VUIBERT 2008.

⁵ La partie ne disposant pas de moyens militaires considérables est tentée de recourir à des méthodes de guerre illicites pour contrer la puissance de l'adversaire.

⁶ Ce traité est basé sur l'État et destiné à mettre fin au phénomène des guerres privées au XVII^e siècle.

s'installant au sahel, le terrorisme a eu une influence certaine sur l'expansion du trafic de drogue et des autres grands trafics dont il tire en grande partie son financement.

Par conséquent les pays du sahel font face à une criminalité transnationale organisée extrêmement structurée en lien avec le terrorisme. Même si le DIH ne s'applique pas à de tels actes, ceux-ci restent néanmoins assujettis au droit, en particulier au droit pénal. Quelles que soient les motivations de leurs auteurs, les actes terroristes commis hors du cadre d'un conflit armé relèvent du droit national et du droit international et non du droit de la guerre.

La quintessence de la méthodologie de cette étude réside dans la méthode documentaire qui consiste à analyser les différentes dispositions qui régissent la répression de la violation du droit international humanitaire dans le cadre du terrorisme. Cette approche, bien pertinente, n'a permis d'appréhender tous les problèmes de notre thématique. C'est pourquoi, en plus de cette première méthode, nous avons adopté une seconde méthode (empirique) nous permettant l'analyse des rapports de certaines structures en charge de la lutte contre le terrorisme. La visite de ces structures nous a permis d'exploiter des documents en la matière (ouvrages, rapport, mémoire sur notre thème). Au-delà, nous avons réalisé quelques interviews avec des spécialistes de la question, en vue d'affiner davantage notre travail.

Aussi, le présent article mettra accent sur la répression du terrorisme par les juridictions nationales américaines et maliennes en raison du nombre important d'affaires qu'elles connaissent relatives aux actes récurrents de terrorisme. A savoir quel sont les modes de répression des violations du droit international humanitaire qui sont en relation au phénomène de terrorisme, quelle en sont les jurisprudences ?

Notre analyse portera en (I) sur les conventions sur le territoire et en (II) les actes unilatéraux d'organisations internationales.

I- LES CONVENTIONS SUR LE TERRORISME

À ce jour environ 19 instruments universels traitent directement la prévention et de la répression des actes de terrorisme. Ces instruments qui ont été adoptés sur une période de plus de 50 ans (à compter de 1963) représentent une approche sectorielle du terrorisme, chaque instrument traitant de types et de manifestations spécifiques de ce phénomène. Cette approche sectorielle par la nécessité pour la communauté internationale de combattre le terrorisme et les actes terroristes de manière pragmatique, étant entendu que la réalisation d'un accord sur un instrument unique globalement contraignant est une tâche politiquement sensible qui n'a pas encore été menée à bien.

A- Les conventions sectorielles universelles

Couvrant largement les actes terroristes dans leur diversité, cet ensemble de conventions sectorielles apparaît assez complet. Ces différents traités ont été élaborés et conclus dans le cadre des Nations Unies, au sein de l'ONU ou de certaines institutions spécialisées : les conventions sur les actes illicites contre les aéronefs et aéroports (OACI), les conventions sur les actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime et des plates-formes fixes situées sur le plateau continental (OMI), la convention sur la protection physique des matières nucléaires (AIEA). Les conventions conclues dans le cadre de l'ONU, adoptées par l'Assemblée générale ont été élaborées pour certaines par la Commission du droit international (convention de 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques ; convention de 1979 contre la prise d'otages), les autres par un comité créé spécifiquement par l'Assemblée générale comme organe subsidiaire de celle-ci par la résolution 51/210 de 1996 pour négocier des traités en matière de terrorisme au sein de ce « comité 51/210 de » ont ainsi été négociés les textes de la convention de 1997 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif, de la convention de 1999. Pour la répression du financement du terrorisme et de la convention de 2005 pour la répression des attentats terroristes à l'explosif. Le texte d'une convention générale sur le terrorisme y est en cours. Ces conventions sont ouvertes à la participation de tous les Etats et le nombre des ratifications est, dans l'ensemble, assez élevé, à la faveur de la mobilisation consécutive aux attentats terroristes à l'explosif (1997) en compte 164, celle sur le financement du terrorisme (1999) lie 174 Etats, la dernière convention en date sur les actes de terrorisme nucléaire ne comptant pour l'instant que 77 Etats parties.

S'agissant de leur contenu, les conventions antiterroristes universelles reposent dans une large mesure sur un même dispositif de mesures, organisant une répression par les Etats selon le modèle décentralisé classique du droit pénal international, l'objet principal des conventions antiterroristes est ainsi d'organiser les poursuites pénales et, le cas échéant, la punition par les juridictions internes. C'est ainsi que la Convention de Montréal de 1971 établit cette compétence par une formulation on ne peut plus claire : un Etat partie a compétence obligatoire « si l'infraction est commise sur le territoire de cet Etat ». On notera la spécificité de la Convention de 1999 sur le financement du terrorisme, selon laquelle un Etat est aussi

compétent si l'infraction de financement avait pour but ou a eu pour résultat la commission d'une infraction terroriste sur son territoire⁷.

Si ces différentes conventions sont considérées comme portant sur la lutte contre le terrorisme, c'est dans ce contexte que plusieurs ont été conclues, certaines définissent des infractions d'une manière large et couvrent ainsi des actes ne relevant pas du terrorisme. La plupart de ces conventions n'ont en effet pas été rédigées spécifiquement pour lutter contre le terrorisme, aucune référence n'y est d'ailleurs faite et n'y sont pas exclusivement dédiées. Tout détournement d'aéronef n'est pas nécessairement un acte terroriste. De même, la Convention de 1973 sur les infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale n'exige pas que l'infraction soit commise du fait du statut de la personne protégée et, partant, couvre par exemple l'assassinat d'un diplomate par un mari jaloux, crime qui n'a rien de terroriste⁸.

La convention de 1979 sur la prise d'otages couvre les prises d'otages à des fins purement lucratives, tels que les kidnappings crapuleux assortis de demandes de rançon. A l'inverse, certaines conventions conclues dans le contexte de la lutte contre le terrorisme peuvent être invoquées dans d'autres contextes, Ainsi, à la suite d'une partie de la doctrine, le conseil de sécurité -va-t-il affirmé que la Convention « SUA» de 1988 sur les actes illicites contre la navigation maritime est applicable en matière d'acte de piraterie, de même que l'OMI. Ces conventions ne relèvent donc pour plusieurs d'entre elles pas exclusivement « du droit international du territoire ». C'est en revanche bien de cas de certains : la convention de 2000 (pour la répression des attentats terroristes à L'explosif, la convention de 1999 sur le financement du terrorisme, qui soulève d'ailleurs un problème à cet égard puisqu'elle concerne le financement de tous les actes définis dans les traité cités en annexe, qui ne portant pas tous strictement sur des actes terroristes, comme nous venons de le voir.

B - Les conventions régionales

Les Etats ont également conclu, dans le cadre de différentes Organisations Internationales plusieurs conventions antiterroristes, qui ne sont pour la plupart pas sectorielles mais globales, contenant ainsi pour plusieurs d'entre elles des définitions générales des actes terroristes (conventions de organisation de la Conférence islamique OCI, de la ligue des Etas

⁷ Ces conventions internationales ne définissent pas les conditions dans lesquelles un acte est considéré comme commis sur le territoire d'un Etat, alors que la notion de commission peut être interprétée de diverses manières et viser la préparation, la commission, les effets.

⁸ Voir le rapport de la CDI dur les travaux de sa 24eme session, A/8710/revu.1,p343.

arabes LEA, protocole a la convention sur la prévention et la lutte contre le terrorisme de Union Africaine UA adopte⁹.)

Le terrorisme n'est pas une menace nouvelle en Afrique car il s'est progressivement implanté sur le continent depuis le début des années 1993. L'Afrique du nord fut la première région à faire face à cette nouvelle menace, d'abord comme victime, mais aussi comme base arrière pour des mouvements qui s'y sont installés pour mener plusieurs activités de recrutement et de formation de combattants. Cependant, c'est avec la destruction des deux ambassades américaines à Nairobi (Kenya) et à Dar es Salam (Tanzanie) le 07 Août 1998 que le terrorisme cesse d'être perçu comme une simple nuisance pour devenir une véritable menace stratégique en Afrique. Un an après, lors du 35e sommet de l'OUA de Juillet 1999, fut adoptée la Convention d'Alger qui traduisait le premier accord à échelle du continent sur la prévention et la lutte contre le terrorisme. Plusieurs points avaient été abordés dans cette convention notamment la définition du terrorisme et engagement des Etats a : s'abstenir de tout soutien aux groupes terroristes, légiférer dans leurs pays respectifs pour pénaliser les actes terroristes, coopérer en vue de lutter contre le terrorisme et extradier les auteurs des actes terroristes en cas de sollicitation d'un Etat Partie.

Un Plan d'action destiné à concrétiser les engagements et les obligations des Etats a été adopté par la réunion intergouvernementale de haut niveau des Etats membres de l'Union Africaine tenue à Alger, en septembre 2002. Ce plan intègre des dispositions spécifiques relatives notamment à la police et au contrôle des frontières, aux mesures législatives et judiciaires, à la répression du financement du terrorisme, à l'échange d'informations et à la coordination.

La lutte contre le terrorisme franchi ainsi un nouveau pallier et le protocole additionnel à la convention d'Alger, adopté en Juillet 2004, vise justement à « renforcer la mise en œuvre efficace de la convention ¹⁰ ». Ce Protocole vise aussi à donner effet à l'article 3 (d) du Protocole relatif à la création du Conseil de paix et de sécurité de l'Union africaine qui stipule que l'un des objectifs du Conseil est de « coordonner et harmoniser les efforts du continent dans la prévention et la lutte contre le terrorisme international sous tous ses aspects¹¹ ».

D'autres résolutions s'ajoutent aux engagements déjà pris par les Etats membres comme les résolutions (256)2009 et (136)20147 qui intègrent respectivement la lutte contre le

⁹ Il s'agit du protocole adopté par la troisième session ordinaire de la conférence de l'union africaine, Addis-Abeba le 08 juillet 2004(www.peaceau.org/uploads/procole-lutte-contre-terrorisme-fr.pdf).

¹⁰ Le protocole à la convention de l'OUA sur la prévention et la lutte contre le terrorisme, Addis-Abeba, 08 juillet 2004.

¹¹ Ibid. p4.

financement du terroriste, le renforcement des capacités nationales et la promotion de la coopération internationale en matière de lutte antiterroriste, dans la liste des efforts de l'UA pour contrer le terrorisme.

Trois dates importantes viennent compléter cette chronologie des réactions de condamnation et des engagements de l'UA contre le terrorisme. La Décision de l'UA, prise en 2009, sur l'incrimination et la répression du paiement des rançons aux groupes terroristes pour obtenir la libération des otages ; la nomination, en octobre 2010, du Représentant spécial de l'UA pour la coopération contre le terrorisme ; et l'adoption en juillet 2011 d'une loi-type sur la lutte anti-terroriste afin d'aider ses États membres à renforcer et /ou mettre à jour leur législation nationale en matière de prévention et de lutte anti-terroriste.

Ont aussi été adoptées au sein du Conseil de l'Europe¹² en 2005 une convention relative au blanchissement, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme et une convention pour la prévention du terrorisme, qui revêt également une dimension pénale. Ces deux conventions, pour n'être pas universelles, n'en sont pas moins ouvertes à la participation d'États non membres du Conseil de l'Europe, sur invitation du Comité des Ministres avec l'accord unanime des parties à la convention.

Aucun État non membre du Conseil de l'Europe n'a pour l'heure adhéré à l'une comme autre, pourtant en vigueur respectivement depuis 2008. Les obligations que définissent ces traités relèvent d'une logique analogue à celle des conventions antiterroristes universelles, quoiqu'elles présentent parfois des variations et spécificités, notamment en matière d'entraide judiciaire et policière.

II- LES ACTES UNILATÉRAUX D'ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Si de nombreuses Organisations internationales ont agi en matière de lutte contre le terrorisme, c'est assurément l'action normative de l'ONU, en particulier l'Assemblée Générale et le Conseil la sécurité, qui présentent l'intérêt le plus fort et revêtent la plus grande importance.

A- Les résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies :

L'Assemblée a adopté un grand nombre de résolutions sur le terrorisme, à partir des années 1970. Dans un premier temps, elle a adopté des résolutions très typées idéologiquement sur « les mesures visant à prévenir le terrorisme international qui met en danger ou anéantit d'innocentes vies humaines, ou compromet les libertés fondamentales, et étudie des causes sous-

¹² Le conseil de l'Europe est une organisation intergouvernementale institué le 5 mai 1949 par le traité de Londres.

jaçentes des formes de terrorisme et d'actes de violence qui ont leur origine dans la misère, les déceptions, les griefs et le désespoir et qui poussent certaines personnes à faire sacrifier des vies humaines, y compris la leur, pour tenter des changements radicaux »(résolutions 3034(1972), 31/102 (1976), 32/147 (1977), 34/145 (1979), 36/109 (1981), 38/130 (1983), 40/61 (1985), 42/159 (1987), 44/29 (1989). La question du terrorisme y est étudiée au regard, principalement, de ses causes profondes et en relation avec celle du droit des peuples à l'autodétermination, ces résolutions expriment l'idée que l'interdiction du terrorisme ne s'applique pas aux luttes de libération nationale contre les régimes coloniaux, racistes ou d'occupation. Au début des années quatre-vingt-dix, la démarche normative de l'Assemblée évolue considérablement. Elle adopte désormais des résolutions rituelles sur les « Mesures visant à éliminer le terrorisme international » et « Droits de l'homme et terrorisme », dans lesquelles l'Assemblée abandonne la référence au droit à l'autodétermination. La résolution 49/60 (1994) marque à cet égard un tournant: dans la Déclaration qu'elle contient, les Etats membres de l'ONU condamnent de manière catégorique « tous les actes, méthodes et pratiques terroristes, où qu'ils se produisent et quels qu'en soient les auteurs », qualifiés de criminels et injustifiables.

L'Assemblée générale adopte ainsi une position plus claire en faveur de la lutte contre les actes terroristes. Parmi les résolutions marquantes, on mentionnera aussi la résolution 51/210 (1996), qui, outre son contenu normatif, a créé le comité de codification ad hoc sur le terrorisme, dont les travaux ont conduit l'Assemblée à adopter les textes de plusieurs conventions internationales sur le terrorisme, ainsi que la résolution 60/288(2006) définissant la Stratégie antiterroriste mondiale des Nations Unies, qui traduit une approche globale, holistique et multiforme du terrorisme¹³

B- Les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies :

Le Conseil de sécurité s'est imposé comme un acteur de premier plan dans la lutte contre le terrorisme, qui relève de ses domaines principaux d'action depuis les années quatre-vingt-dix. En particulier, le Conseil de sécurité agit en la matière dans le cadre du Chapitre VII de la Charte de San Francisco. Au-delà des qualifications spécifiques de telle ou telle situation circonscrite relative au terrorisme comme constituant une menace contre la paix et la sécurité internationale, il a même considéré que « tous les actes de terrorisme (...), quels qu'en soient

¹³ KLEIN (P), « droit international à l'épreuve du terrorisme » RCADI ? 2006, tome 321, pp, 310-328, spéc.P.326

les motifs, où qu'ils soient commis et quels qu'en soient les auteurs, constituent l'une des plus graves menaces contre la paix et sécurité internationale » (résolution 1566(2004)). Les résolutions du Conseil de sécurité consacrées à la lutte contre le terrorisme sont de deux types.

D'une part, le Conseil a adopté des résolutions générales établissant un cadre juridique de lutte contre le terrorisme. Si certaines de ces résolutions ne sont pas fondées sur le Chapitre VII (résolution 1269(1999), résolution 1624(2005)), d'autres le sont et apparaissent ainsi comme une sorte de « législation internationale ». Ainsi la célèbre résolution 1373(2001) inaugure une nouvelle forme d'action normative du Conseil de sécurité. Dans cette résolution dont il a reconnu lui-même la « nature particulière » (résolution 1535(2004)), le Conseil impose aux Etats un ensemble de mesures obligatoires de répression et prévention du terrorisme, en particulier celle d'ériger en droit interne en infraction « la fourniture ou la collecte délibérée par les nationaux ou sur leur territoire, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, de fonds que l'on prévoit d'utiliser ou dont on sait qu'ils seront utilisés pour perpétrer des actes terroristes ». de même la résolution 1540(2004), qui porte sur la non-prolifération des armes de destruction massive, concerne également la lutte contre le terrorisme : « tous les Etats doivent adopter et appliquer, conformément leurs procédures internes, une législation appropriée et efficace interdisant à tout acteur non étatique de fabriquer, se procurer, mettre au point, posséder, transporter, transférer ou d'utiliser des armes nucléaires, chimiques ou biologiques ou leurs vecteurs, en particulier à des fins terroristes, réprimant toutes les tentatives de l'une quelconque de ces activités, le fait d'y participer en tant que complice et le fait de fournir assistance ou de la financer ». Si aucune disposition du Chapitre VII ne reconnaît au Conseil un tel pouvoir législatif et qu'il est également très difficile d'y voir un pouvoir impliqué, l'adoption à l'unanimité des résolutions 1373 et 1540 n'a pas fait l'objet de contestation de la part des Etats.

D'autre part, le Conseil de sécurité a agi en établissant des régimes de sanctions au titre de l'article 41 de la Charte, Ces sanctions n'étant pas des sanctions pénales mais des mesures ayant un but préventif, leur présentation est ici limitée nonobstant l'intérêt et l'importance qu'elles revêtent. Outre les sanctions contre des États accusés de soutenir le terrorisme, il a défini des mesures vigoureuses que tous les Etats doivent mettre en œuvre contre des personnes physiques et morales considérées comme étant liées à Al-Qaida et aux Talibans (résolution 1267(1999), 1333(2000) ; 1390 (2002), 1485(2003) ; 1520(2004), 1017(2005), 1735(2006) ; 1822(2008), 1904(2009) et 1989(2011)). Cette dernière résolution réalise une partition nette entre les régimes de sanction contre les personnes liées à Al-Qaida et contre les Talibans : ainsi,

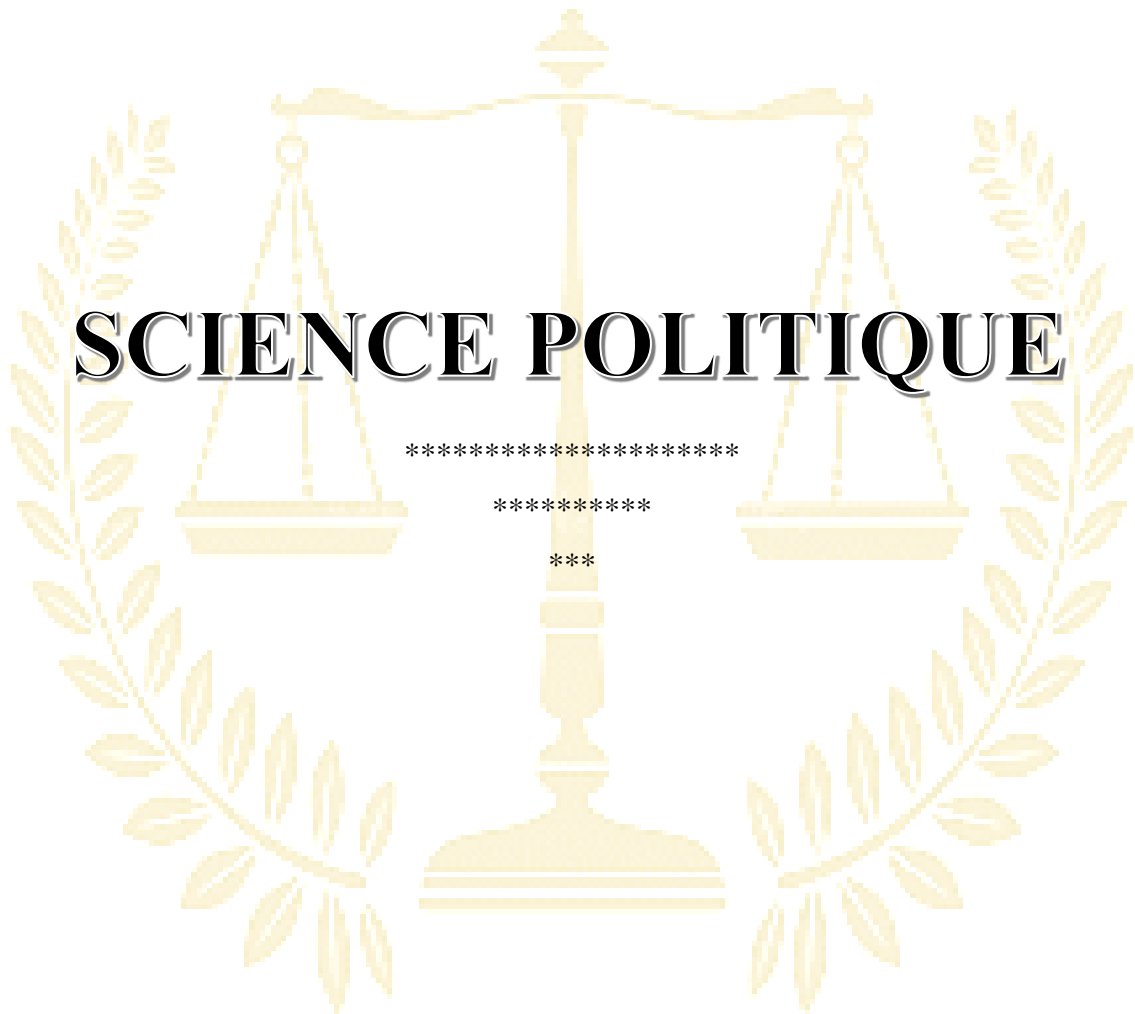
le «comité 1267 » n'est plus compétant pour gérer la liste « Al-Qaida » ; les sanctions contre les Talibans relevant du mandat d'un nouveau comité (résolution 1988(2011). Ces mesures consistent dans l'interdiction de l'entrée et du passage en transit des personnes désignées, un embargo sur les armes et le gel de tous les fonds et avoirs des personnes désignées, L'application de ces mesures, en vertu d'un mécanisme initialement extrêmement rudimentaire, a donné lieu à un contentieux important devant des juridictions nationales ainsi que la Cour de justice de l'Union européenne ; laquelle a conclu à la violation de plusieurs droits de l'homme.

Conclusion

En raison de l'internationalisation du phénomène de terrorisme il est impératif de maîtriser le droit international humanitaire et le droit international pour comprendre le mécanisme de répression des actes qualifiés de terrorisme.

En somme on peut dire que le cadre juridique international relatif au terrorisme est complexe. La prévention et la répression du terrorisme n'isole aucun corpus du droit international dans la mesure où une décision de poursuivre un terroriste peut soulever des questions de droit international humanitaire, de droit pénal international, de droit international et des droits de l'homme mais aussi des questions portant sur les règles nationales de compétence sus développées dans notre travail de recherche.

Une évidence reste néanmoins à déplorer qui est celle du non-respect des règles du DIH par les différents acteurs du monde actuel ou lorsque celles-ci sont respectées quand elles donnent un certain avantage. Face à cette situation que pouvons dire de l'efficacité des règles du DIH serait-ce que le DIH impose des règles trop complexes pour être appliquées de façon égalitaire ou alors ces règles sont-elles trop flexible et partiales pour le monde contemporain au grand désarroi des personnes les plus vulnérables.



SCIENCE POLITIQUE

Structures et fonctions des monuments*Structures and functions of monuments*

Par:

ABA'A Cynclair Romuald Dave

Doctorant en Science Politique

Université de Douala

Page | 412

Résumé :

*Le patrimoine étant connu comme l'ensemble des biens hérités du père, de la famille et, par extension de la communauté ou du pays, l'étude des structures et fonctions des monuments présente des enjeux concernant la valorisation de ces référents culturels. Le patrimoine monumental est le fleuron de base du développement culturel de toute société. Il constitue l'identité territoriale et sociale. Le patrimoine monumental peut être singulièrement la forme la plus extériorisée, du fait de son inscription sur le territoire, le paysage et dans l'esprit collectif de la communauté. Dès le *XXe* siècle, l'idée de protéger la visibilité des monuments, des sites historiques et de l'unité architecturale entre le monument et ses abords prend corps. Cette nouvelle vision va être transformée en une autre réflexion basée sur la préservation d'un cadre bâti ou naturel, qui se présente comme une image particulière, un paysage urbain significatif et représentatif. Ce patrimoine a une relation importante avec les éléments qui l'entourent, du fait de la perception, du mémoriel et du paysage. Toutefois, vu la particularité du patrimoine monumental, qui témoigne et diffuse une mémoire collective regroupant la société en cohésion, les structures et les fonctions des monuments requièrent une contribution mémorielle dans le processus de la mise en scène paysagère, représentant une valeur identitaire. La présente étude donne un cadre théorique de la connaissance de ces valeurs qui existent dans le lieu que forme le patrimoine monumental avec son architecture et ses abords. Il s'agit de mettre l'accent sur cette relation indissociable et emblématique entre le monument, qui constitue une matérialité hautement significative, et ses abords, qui constituent son environnement et son écrin. Les échanges vont en droite ligne avec les théories de la symbolique et celle de la cristallisation de la mémoire collective. Ce travail s'appuie sur la documentation écrite, les sources orales, avec les entretiens ciblés comme principale technique de collecte des données.*

Mots clés : structures, fonctions, patrimoine, monument, culture.

Abstract:

As heritage is known as the whole of the goods inherited from the father, the family and, by extension, the community or the country, the study of the structures and functions of monuments presents issues concerning the valorisation of these cultural referents. The monumental heritage is the basic jewel of the cultural development of any society. It constitutes the territorial and social identity. Monumental heritage can be singularly the most externalized form, because of its inscription on the territory, the landscape and in the collective mind of the community. As early as the XX century, the idea of protecting the visibility of monuments, historical sites and the architectural unity between the monument and its surroundings takes shape. This new vision will be transformed into another reflection based on the preservation of a built or natural setting, which presents itself as a particular image, a significant and representative urban landscape. This heritage has an important relationship with the elements that surround it, due to perception, memory and landscape. However, given the particularity of monumental heritage, which bears witness to and disseminates a collective memory that brings society together in cohesion, the structures and functions of monuments require a memorial contribution in the process of landscape staging, representing an identity value. The present study provides a theoretical framework for the knowledge of these values that exist in the place that the monumental heritage forms with its architecture and surroundings. The aim is to emphasise this inseparable and emblematic relationship between the monument, which constitutes a highly significant materiality, and its surroundings, which constitute its environment and its setting. The exchanges are in line with the theories of symbolism and the crystallisation of collective memory. This work is based on written documentation, oral sources, with targeted interviews as the main data collection technique.

Key words: structures, functions, heritage, monument, culture.

Introduction

Il n'existe pas une culture universelle, sinon des cultures particulières. Lesquelles permettent aux individus d'affirmer leur identité. Voilà pourquoi la culture peut être perçue comme « un système de valeurs et de symboles cohérents et intrinsèques, qu'un groupe social spécifique, une ethnie produit dans le temps et qui offre à ses membres l'orientation et les significations nécessaires pour régler la conduite et les relations sociales dans la vie quotidienne¹. En plus d'être un ouvrage d'architecture, de sculpture, etc., destiné à perpétuer un souvenir², Le monument est aussi cet ouvrage d'architecture et de sculpture fait pour transmettre à la postérité la mémoire de quelque personne illustre ou de quelque événement important. Ça peut être tout ce qui consacre un souvenir ; mémorial. Les montages sont des monuments des révolutions du globe. Les monuments du passé, de la civilisation. Le monument assure, rassure, tranquillise en conjurant l'être du présent³. De prestigieuses civilisations se sont succédées au fil du temps, à travers le monde et celles-ci ont légué de nombreux patrimoines monumentaux aux différents peuples. De la conception à la matérialisation des objets courants jusqu'à l'aménagement du territoire, ces peuples ont su exploiter avec innovation et ingéniosité, les ressources patrimoniales monumentales dont ils sont garants, pour assurer leur bien-être, dans des contextes parfois difficiles, ou encore dans le cadre des mobilités ayant conduites à la rencontre avec autrui. Cette situation a produit des mutations inattendues dans les composantes socio-culturelles aussi variées que les us et coutume, l'artisanat, l'art et l'ingénierie territoriale culturelle. En effet, toute politique culturelle célèbre par la qualité, la variété et la grande valeur esthétique que ses réalisations artistiques, contraste avec la sous-représentation des institutions culturelles structurantes à l'instar des monuments qui constituent pourtant une « garantie symbolique » face à la crise de certaines valeurs⁴. Dans ce mouvement global de réappropriation de la culture, d'affirmation voire de reconstruction identitaire et de retombées économiques. Dans un contexte de concurrence de plus en plus âpre entre les régions et ou les villes, chacune d'entre elles cherche à véhiculer une image positive, dans la perspective d'attirer investisseurs et nouvelles populations. Les monuments deviennent de

¹ DONFACK SOKENG (Léopold), « Mondialisation et droit de l'homme en Afrique », Revue camerounaise d'études internationales (RCEI), N° 0001, 1^{er} trimestre, 2007, p. 113.

² Dictionnaire Le Robert. Consulté en ligne : <https://fr.m.wiktionary.org>. Le dimanche 05 mars 2023.

³ Consulté en ligne : <https://fr.m.wikipedia.org>. Le dimanche 05 mars 2023.

⁴ Entretien avec le Professeur Mahamat Abba (Ousman), Expert en culture, tourisme et développement, Maître de conférences au département des sciences historiques, archéologiques et du patrimoine de l'Université de Maroua, le 04 septembre 2019 au musée national à Yaoundé.

véritables leviers aux politiques de marketing des villes. Depuis plusieurs années aujourd'hui, le monument est devenu une institution centrale qui a acquis une légitimité culturelle et scientifique incontestée véhiculant différents messages. D'ailleurs, les véritables frontières des villes ne sont plus territoriales, mais plutôt culturelles. Dès lors, quelles peuvent être les structures et les fonctions des monuments ? Le texte qui suivra est une contribution à cet objectif global. Il va s'intéresser à une forme de patrimoine culturel et naturel des monuments. Nous présenterons les structures et les fonctions des monuments. Les structures matérielles et significationnelles seront évoquées (I). Les usages moraux et civilisationnels seront également développés (II).

I- STRUCTURES MATERIELLES ET SIGNIFICATIONNELLES DES MONUMENTS

Dans le cadre de cet analyse, la culture sera définie comme cet ensemble de la totalité dynamique des traits caractéristiques spirituels, matériels, intellectuels, émotionnels et esthétiques qui composent une société ou un groupe social comprenant ses arts, mais aussi des aspects immatériels comme des valeurs, les visions du monde, les idées, les croyances et leur expression dans les comportements individuels et sociaux, les relations, les formes organisationnelles et sociétales et dans les systèmes économiques, politiques, éducatifs et judiciaires⁵. En construction des monuments, la structure désigne l'ossature d'un bâtiment ou d'un ouvrage d'art. Cet assemblage d'éléments structuraux porteurs permet le renvoi des forces appliquées et conduit à l'équilibre de la construction, d'où la conception de règles de calcul (Eurocodes)⁶. La structure renvoie également à l'agacement, entre eux, des éléments constitutifs d'un ensemble construit, qui fait de cet ensemble un tout cohérent et qui lui donne son aspect spécifique. On peut donc parler de la structure d'un édifice, d'un pont, d'un toit, d'un village ; structure urbaine⁷. Partout, l'architecture est le plus souvent l'expression d'une individualisation ethnique, et parfois, il est souvent très difficile de parler de l'architecture de telle ethnie après ethnie à cause du mode d'évolution de la société. Pour y parvenir, nous analyserons les structures matérielles (A) et les structures significationnelles (B).

A- Structures matérielles

⁵ FELECIAS (Forbes), « Adopter la roue : des politiques culturelles pour l'Afrique », *In éditions Arterial Network*, Paris, 2001. P. 7

⁶ Consulté en ligne : <https://www.techniques-ingenieur.fr>.

⁷ Dictionnaire français en ligne : <https://www.lalanguefrancaise.com>.

Si l'exemple de certains édifices ne peut être considéré comme un cas d'école car il concerne des monuments dont la valeur patrimoniale implique qu'il reste dans le giron de l'Etat, il a toutefois montré qu'en terme de réutilisation, il n'est pas possible de faire des généralités. Un projet de réutilisation ne doit pas être plaqué sur n'importe quel édifice. Ce sont des valeurs matérielles ou immatérielles et conservatoires du monument qui doivent contribuer à l'élaboration d'un projet d'aménagement ou de réutilisation en respectant l'architecture de l'édifice et l'esprit des lieux, l'âme du monument. Le patrimoine serait donc l'ensemble des productions matérielles ou immatérielles appréhendées dans le temps⁸. Le patrimoine monumental tient une place importante dans l'ensemble des biens. Il ne s'agit pas d'une catégorie homogène mais de la réunion d'objets de taille et d'importances variées. Le lien commun relève de propriétés particulières : tout actif patrimonial est un bien ou un produit, qui entretient une relation spécifique à la société, et qui voit son appropriation restreinte. C'est d'ailleurs à Victor Hugo que l'on doit ce passage célèbre à propos de l'appropriation collective des biens culturels : « quels que soit les droits de propriétés, la construction d'un édifice historique et monumental ne doit pas être permise à ces ignobles spéculateurs que leur intérêt aveugle sur leur honneur [...]. Il y'a deux choses dans un édifice : son usage et sa beauté. Son usage appartient au propriétaire, sa beauté à tout le monde ; c'est donc dépasser son droit que de les détruire⁹. Car les monuments ne sont plus seulement admirés, ils deviennent utiles et contribuent au développement local¹⁰. Certaines cases monumentales sont construites dans un mélange de terre et d'herbe, sur un plan circulaire, par superposition d'assises successives, pour des unités pouvant atteindre 6 à 15 m de hauteur et un diamètre de 5 à 10 m chez les Musgum du Tchad et du Cameroun. L'emploi des pierres dans l'architecture des monuments souligne qu'il existe un rapport étroit entre les qualités physiques des rochers et leur utilisation¹¹. Les habitants préfèrent vont par exemple axer leur choix sur les pierres dotées d'une solidité exceptionnelle pour bâtir les grandes structures. La construction des monuments en pierres se

⁸ LOUMPET (Germain), « Patrimoine culturel et stratégies identitaires au Cameroun : analyse d'un mécanisme intégratif transposé » dans l'ouvrage collectif : *Patrimoine culturel en Afrique centrale*, Enjeux N°15, FPAE Yaoundé-Cameroun, avril-juin 2003, p. 9.

⁹ HUGO (Victor), *Guerre aux démolisseurs littéraires philosophies mêlées*, Paris, 1834. Cité par IOGNA-PRAT (Paul), *Patrimoine culturel entre le national et le local : chances et limites de la décentralisation*, Thèse de doctorat PhD à l'Université d'Angers, 2009. P. 65.

¹⁰ PANTZ (Alix), *La réutilisation du patrimoine monumental protégé : la braderie des monuments historiques ? L'Hôtel de la Marine*, mémoire présenté pour l'obtention du diplôme de master professionnel, Université-I Panthéon, Sorbonne, Juin 2012. p. 75.

¹¹ PERROIS (Louis) et NOTUE (Jean-Paul), *Rois et sculpteurs de l'Ouest Cameroun : la panthère et mygale*, en ligne sur www.museumcam.org/bandjoun/creation.php. Le samedi 04 mars 2023.

justifie clairement : en plus du fait que la pierre était directement fournie par la nature, elle est dans l'imagerie des peuples comme symbole du prestige de l'autorité. Par exemple, les Podokwo du Nord-Cameroun lui attribuent des vertus protectrices et en ont fait le symbole de la richesse et de la puissance. Elle reste le matériau noble et apprécié par tous pour sa valeur symbolique.

Par contre, le bois est considéré comme une sélection pour la longévité des structures des monuments. Le bois n'est pas directement affecté à un usage architectural au hasard comme c'est le cas avec la pierre. D'abord, sélectionner les essences en fonction de leurs propriétés physiques et de leur résistance. La distinction entre bois dur et bois léger influence son utilisation dans l'architecture monumentale. Quant à l'argile, c'est la propriété à la terre termitière. Etant à la disposition de tous, la terre est le plus ancien des matériaux de construction et reste très présents dans le monde et surtout en Afrique. On peut citer le cas des mosquées et villes du Mali (Djenné, Tombouctou et Gao), et aujourd'hui, une centaine de bâtiments et monuments en terre sont inscrits sur la Liste du Patrimoine Mondial de l'Unesco¹². En 2008, à l'occasion des commémorations des 400 ans de la fondation de la ville de Québec, Luc Noppen est revenu sur le *genius loci*, cet héritage de l'architecte norvégien Christian Norberg-Schulz. Tout en rappelant que la popularisation de ce concept de paysages cultivés avait profité, particulièrement sous l'effet d'ellipses transdisciplinaires et de déterminismes nouvel âge, de quelques raccourcis de méthode, il en soulignait l'intérêt : cibler le caractère inhérent à un lieu, en postulant qu'il ne puisse être compris qu'à partir d'une description localisée, chaque lieu étant absolument distinct des autres¹³. C'est le cas par exemple des architectures palatales dans les édifices des monuments. Elles sont le symbole par excellence de la volonté de puissance de structures politiques centralisées¹⁴ et d'affirmation du Souverain-Bien non seulement sur les populations, mais aussi soi-même en termes de surdimensionnement de l'égo. Et par extension, symbolisent la capacité à marquer l'évolution historique à border véritablement un champ d'expression qui a postérieurement légitime une lecture de l'histoire pas trop discriminante : on ne retiendra de l'action que celles qui émanent de ceux qui eurent jadis les moyens et la capacité à transformer de manière « monumentale » et dynamique

¹² FOUDA (Martin), « Architecture traditionnelle du Cameroun », consulté en ligne sur <https://dafouarchitecture.blogspot.com/p/blog-page.html>. Le Samedi 04 mars 2023.

¹³ MORISSET (Lucie .K), « Paysages cultivés », in Morisset Lucie (dir.), *L'architecture de l'identité : arts et patrimoine en hommage au professeur Luc Noppen*, Gallimard-Canada, 2020, p. 4.

¹⁴ AYMARD (Maurice), « Histoire et mémoire : construction, déconstruction, reconstruction », *Diogène*, N°201, Janvier-mars 2003, pp. 5-16.

leur espace d'objectivation et d'affirmation. Et de légitimation politique¹⁵. A cela, Lucie K. Morisset dévoile des manières variées d'interprétation de ces productions artistiques et architecturales, que ce soit parce qu'elles témoignent d'une visée volontariste d'expression identitaire ou, de manière plus générale, parce qu'elles illustrent avec éloquence leur contexte historique de fabrication¹⁶. Le Palais de Charles Atangana Ntsama à Efoulan, de Mbombog Béa Nyemeck situé à 80 km de la capitale politique du Cameroun, du Patriarche Njock Eone près de Makak ou de Mandessi Bell à Douala... etc, s'inscrivent historiquement dans cette mouvance de légitimation d'une posture, d'une identité culturelle hybride qui aura résulté de l'histoire récente du pays dans les phases de sa colonisation d'une part, et de la capacité de préservation de l'identité culturelle nationale émanant des survivances culturelles post-coloniales d'autre part. Les palais, respectivement, de King Bell en 1826 et du roi Njoya à partir de 1917 s'inscrivent également dans la même logique en plus de la volonté manifeste de s'identifier au style colonial de l'élite qui participe du colonat européen de l'époque. Le cas du célèbre sultan des Bamoun avec son « ... palais [qui] était un centre politico-administratif, social « espace de communication et de pouvoir »¹⁷ démontre bien que l'architecture palatale surtout de style colonial participe d'une volonté de pouvoir et d'affirmation de l'égo du Souverain en place.

B- Structures significationnelles

On peut contempler le monument sans connaître la raison, du moment qu'il s'offre à d'autres raisons et à d'autres plaisirs. Cette dissimulation est aussi une forme d'oubli, que la conservation matérielle a peut-être même pour objet de cultiver, un sens cachant ou dévoyant un autre. Inversement, notez qu'un monument peut être éphémère. Sa destruction programmée n'altère nullement la force ni la qualité du message et de l'émotion par lequel il doit s'imposer à nos esprits. C'est ce qui amène certains à penser qu' « *il est temps de répudier le tracé actuel de nos villes par lequel s'accumulent les immeubles tassés, s'enlacent les rues étroites pleines de bruit, de puanteur, de benzine et de poussières, et où les étages ouvrent à pleins poumons leurs fenêtres sur ces saletés...* »¹⁸. Alors que la fonction du monument au sens premier du terme ne

¹⁵ OWONA NTYSAMA (Joseph), « Les usages historiques du patrimoine en question : trajectoires et les balises de réflexion à partir de la science historique », in SAME EKOBO (Muriel) et MORELLE Marie (dir.), *Le patrimoine culturel en Afrique centrale*, Enjeux N°15, FPAE, Yaoundé, avril-juin 2003, p. 14.

¹⁶ MORISSET (Lucie .K), Op.cit., p. 5.

¹⁷ LOUBES (Jean-Paul), « L'avenir de la tradition des architectures du sous-sol », *Papyrus*, N°4, 1991, pp. 25-34.

¹⁸ LE CORBUSIER, *Vers une architecture (1923)*, Paris : Les Editions G. Crès (revue et aug.), 1925, p. 43.

requiert ni le bronze ni le marbre. Les architectures merveilleuses dressées sur le passage des rois, émaillées de devises et d'emblèmes, ces colonnes destinées à frapper l'imagination. Si l'on s'en tenait au sens originel d' « avertissement » (*monere*) que délivre le monument, comme un signal, les monuments les plus caractéristiques de notre époque devraient être les annonces publicitaires géantes (en anglais « *advertisements* ») qui peuplent notre quotidien. Comme les monuments de jadis, elles s'épuisent avec leur message. Aloïs Riegl nous le rappelle justement, si la conservation du souvenir était consubstantielle au monument lui-même, on devrait laisser le temps agir sur eux, s'interdire de toute ingérence sur le souvenir intact, inviolé. Pourquoi ne pas laisser le temps nous rappeler le temps ? On sait que cette question est inopportune pour nous modernes pour qui la restauration du monument est devenue l'un des dogmes de son culte, mais on sait bien aussi que cette question cruelle a hanté les restaurateurs d'Oradour-sur-Glane, ou d'autres témoignages de nos infamies, chargés qu'ils étaient de transformer en lieu de spectacle ce qui devait demeurer un lieu de désolation¹⁹.

Le *Monde* tirait un article récent : « le patrimoine du X X e siècle coincé entre protection et sécurité ». La question est inévitable non seulement dans le cas spécial de monuments habités, mais aussi dans le cas des monuments visités, c'est-à-dire, honorés. On ne peut obliger les occupants de certains immeubles coloniaux classés ou non comme monuments historiques à vivre dans les conditions connues lors de la construction, comme dans les villages anciens reconstitués dont les guides sont en costume « d'époque »²⁰. Monument et patrimoine se contrarient encore lors que le « culte moderne du monument » impose, pour restaurer les maisons préfabriquées des nationaux et des étrangers dans un pays, d'avoir recours à des matériaux devenus introuvables et reproduits à grands frais, alors que le patrimoine qu'il s'agit de conserver et de célébrer est précisément celui d'une architecture exécutée avec des matériaux bon marché et courants. L'architecture industrielle pose ce genre de problèmes de manière presque systématique, et le posera de plus en plus, comme en témoignent les colloques consacrés à ce sujet. Mais la question n'est pas nouvelle. Que faire lorsqu'une mission d'architectes des monuments historiques se rend dans un pays pour y restaurer les peintures des églises médiévales, au titre de l'aide scientifique

¹⁹ GERARD (Bertrand F.), « Une expérience muséographique en Afrique de l'Ouest, le musée de Mengao (Burkina-Faso) », in : *Cahiers d'études africaines*, vol. 39, n°155-156, 1999, pp. 939-949.

²⁰ DOQUET (Anne), « Les masques dogon : de l'objet au musée de l'homme à l'homme objet de musée », in *Cahiers d'études africaines*, vol. 39, n°155-156, 1999, pp. 617-634.

internationale, et constate que des prêtres pleins de zèle ont déjà *rebadigeonné* leurs églises selon l'habitude rituelle, et sans aucun souci d'authenticité historique²¹. Du savant ou du croyant, qui détient le bon usage des monuments ? C'est-à-dire, le bois, la pierre, l'argile, la terre crue et la terre cuite sont des matériaux traditionnels qui ont conditionné la manière de concevoir les bâtiments et les monuments dans le monde. Par la suite, dès l'antiquité, d'autres matériaux exigeant une préparation et des processus complexes de transformation, comme la chaux ou le plâtre, obtenus par chauffage de pierres calcaires ou de gypse sont employés. Additionnés de la pouzzolane ou de briques pilées, ils permettent à la Rome antique, de réaliser les premiers bétons basés sur de la chaux, l'Opus caementicium, le fer, la fonte, l'airain, l'ivoire, l'or, l'ébène, cyprès, le sable, le ciment, des carreaux, le marbre et le verre ne sont employés que de manière marginale²².

II- FONCTIONS MORALES ET CIVILISATIONNELLES DES MONUMENTS

L'évocation du patrimoine culturel invite à appréhender celui-ci avec la notion de « lieu de mémoire », notion issue de l'historiographie française qui montre le succès de l'ouvrage collectif dirigé par Pierre Nora, François Furet et Mona Ozouf en ce qui concerne l'examen du patrimoine national. Ce vaste ouvrage collectif consacré à l'inventaire des sites, des objets et des notions à travers lesquelles s'est cristallisée l'identité nationale de la France, a fait école à l'étranger. Comme le montre l'Italie. C'est cette notion que Joseph Owona reprend pour parler de « patrimoine historique » et des « usages historiques » du patrimoine au Cameroun. Et ceci pour évoquer des « lieux de mémoire au Cameroun » comme entre autres objets, les architectes des palais de figures historiques telles que Charles Atangana Ntsama à Yaoundé ou Ibrahim Njoya à Foumban²³. La recherche de nouvelles utilisations nous conduit également à nous interroger sur la dignité des monuments. Pour mieux aborder cette mouture, il sera question de présenter les fonctions morales (A), puis celles civilisationnelles (B).

A- Fonctions morales

²¹ GAUGUE (Anne), « Musées et colonisation en Afrique Tropicale », in : *Cahiers d'études africaines*, vol. 39, n°155-156, 1999, pp. 727-745.

²² PIERRON (Alexis), « Vies des hommes illustres », 1 Charpentier, 1853, en ligne : <https://www.wikisource.cm>. Le 07 mars 2023.

²³ OWONA NGUINI (Mathias Eric), « Penser le patrimoine à partir de N. M-Granel : une relecture géopolitique d' « à chacun son patrimoine », in SAME EKOBO (Muriel) et MORELLE (Marie) (dir.), *Le patrimoine culturel en Afrique centrale*, Enjeux N°15, FPAE, Yaoundé, 2003, p. 3.

Selon Pierre Nora, « un lieu de mémoire dans tous les sens du mot va de l'objet le plus matériel et concret, éventuellement et géographiquement situé, à l'objet le plus abstrait et intellectuellement construit »²⁴. Il peut donc s'agir d'un monument, d'un personnage important, d'un musée, des archives, tout autant que symbole, d'une devise, d'un événement ou d'une institution. Les monuments comme biens à usages moraux sont recherchés pour leurs utilisations culturelles et mémorielles en tant que témoins matériels des phases de vie des communautés, pour leurs qualités exceptionnelles en tant que fruits du génie humain, pour leur force symbolique en raison de leur résonance dans les mentalités communautaires, et pour leurs pouvoirs surnaturels en tant que fétiches. Etant donné que les groupes différents peuvent attribuer des valeurs différentes ou mêmes conflictuelles à un même monument, il convient que ces groupes soient associés aux décisions relatives au devenir de ces monuments, et non seulement les professionnels du patrimoine. Quand bien même on sait que la plus part des monuments à usages moraux possèdent des valeurs culturelles et mémorielles issues des sentiments qu'éprouvent les gens à leur égard, de la compréhension qu'ils en ont et des liens qu'ils entretiennent avec eux, de leur histoire et de leur utilisation à laquelle ils ont été traditionnellement réservés²⁵. Par mesure de prudence, la nécessité de trouver d'autres utilisations pour les monuments historiques s'impose donc aux décideurs publics depuis plusieurs années. Si la réutilisation des édifices anciens est très vite apparue comme une option de sauvegarde, évitant l'abandon des monuments, ses conditions d'application ont suscité de profonds débats auprès des acteurs du patrimoine. Certains insistent sur la dignité des monuments et défendent l'idée selon laquelle, il n'est pas possible de plaquer n'importe quelle utilisation sur un édifice. D'autres, défendent le respect de l'architecture en insistant sur la nécessité de veiller à ce que la nouvelle activité ne porte pas atteinte à la structure même de l'édifice, ni à son décor. D'autres encore, n'acceptent pas l'idée selon laquelle les monuments doivent subvenir à leur entretien, les plaçant sur un piédestal²⁶. Toutefois, au-delà de tous ces freins, des entreprises ont fait de la réutilisation des monuments historiques leur spécialité et se sont distinguées dans ce domaine. En développant des activités commerciales comme l'artisanat, elles permettent non seulement de contribuer à l'entretien des monuments mais aussi

²⁴ NORA (Pierre), *Les Lieux de Mémoire*, Gallimard (Bibliothèque illustrée des histoires), Paris, 3 tomes, en ligne sur : <https://fr.m.wikipedia.org>. Le mardi 07 mars 2023.

²⁵ Ouvrage collectif, *Coalition internationale des sites de conscience : l'interprétation des sites de mémoire*, étude commandée par le Centre du patrimoine mondial de l'UNESCO et financée par la Délégation permanente de la République de Corée, le 31 janvier 2018 ;

²⁶ PANTZ (Alix), *Op.cit.*, p. 72.

de leur trouver une affectation qui corresponde aux besoins socio-économiques. L'idée d'installer des objets artisanaux dans les monuments historiques n'a pas encore connu une expérimentation et témoigne de la non volonté de rentabiliser le patrimoine. L'objectif est de trouver des activités dont les bénéfices permettront de contribuer à l'entretien des édifices. Le développement de l'artisanat patrimonial dans les monuments historiques n'a pas encore rencontré des opposants, car l'installation de ces activités impliquait la privatisation de ces édifices et la réservation de leur jouissance à un nombre restreint de personnes²⁷.

Jadis, les monuments délivraient un message, à l'occasion, souvent, d'événements mémorables. Ils marquaient le lieu d'un culte ou d'une cérémonie. Stèle, colonnes, arcades, murs contre lesquels se recueillir, croix dressées après une conquête, statues de personnes illustres, les monuments transformaient le deuil en hommage et la tragédie en triomphe. Pour ce qui est de la préservation des valeurs culturelles « la culture est certes mémoire et tradition de l'acquis, mais elle est non moins invention et quête de l'avenir »²⁸. Mais depuis longtemps les bustes sont passés de mode et l'on ne grave plus de maximes sur les frontons des monuments. Paul Valéry distinguait les édifices qui chantent, ceux qui parlent et ceux qui restent muets. Les monuments sont des édifices qui se sont tus. Pourtant, partout, il n'est question que d'eux. Le mot « monument », loin d'être inusité, est passé dans le langage commun... Tout devient monument, au gré des circonstances ou des modes. Selon Jean-Luc Godard, les monuments sont les lieux de cultes nouveaux, les lieux de rassemblement et les lieux de reconnaissance. Depuis 1913, en France, on devient monument par décret. Leur nomination s'entoure de considérations multiples et très générales, évoquant leur intérêt artistique ou historique, parfois non dites (l'économie y joue un rôle non négligeable), et n'a qu'un seul objectif : leur protection sans limite dans le temps. On devient monument comme on distribue certaines décorations, par convenance ou par précaution. Il existe donc une définition juridique du « monument historique » en France. Mais pour le cas du Cameroun, on parle plutôt de la définition juridique du « monument patrimonial »²⁹. Prenons le cas de la ville de Yaoundé, où à partir de la fin du XIXe siècle, l'administration coloniale restructure les hameaux Ewondo. Elle initie la construction d'un ensemble d'édifices au fondement

²⁷ Entretien avec le Dr NENKAM (Chamberlain), Enseignant-Chercheur en Egyptologie et civilisation africaine au département d'histoire de l'université de Yaoundé 1, le lundi 07 décembre 2020 à Yaoundé.

²⁸ MAHEU (René), *La culture dans le monde contemporain : problèmes et perspectives*, Unesco, Paris, novembre 1973, p. 7.

²⁹ Entretien avec le Professeur MBIDA MINDZIE (Christophe), Enseignant d'archéologie à l'université de Yaoundé 1, Directeur du Patrimoine Culturel au Ministère des arts et de la culture, le 13 février 2020 à Yaoundé.

du tissu urbain. Ces bâtiments aux fonctions politiques, administratives et économiques contribuent à leur tour à forger l'identité de Yaoundé. Dans les années 1950, la petite ville s'étend déjà au-delà des collines assignées au périmètre urbain réglementaire et exerce son pouvoir d'attraction sur tout le pays. Yaoundé est le siège des pouvoirs et le creuset du Cameroun. Yaoundé compte aujourd'hui plus de deux cent bâtiments remarquables par leur date de construction, leur situation géographique dans la ville, leur fonction. Certains sont connus du fait de leur charge symbolique ou de leur monumentalité. D'autres ne sont pas identifiés en dépit de leur histoire, de leur architecture. Ils portent en eux, cependant, la mémoire de la ville et de ses bâtisseurs. Tous témoignent de la capacité d'innovation et de la modernité propres à la cité des Yaoundéens³⁰. L'auto-construction domine dans le paysage urbain. Ainsi, est-il nécessaire de reconnaître ce processus de production de la ville comme un patrimoine habité, utilisé, protégé et transmis. Cela ne minimise pas le volontarisme politique qui a su solliciter architectes internationaux, artisans africains et savoir-faire local pour de grandes réalisations publiques et des immeubles de commande. Dans ce mouvement, les acteurs privés issus de la diaspora ou du Cameroun ont érigé des immeubles emblématiques de la ville globalisée, cosmopolite et multimillionnaire.³¹

B- Fonctions civilisationnelles

Le sens général donné au mot culture, par métaphore, relève d'un savoir humain qui tire la culture vers les choses de l'esprit. Ici, la culture est associée à des habitudes, des coutumes, des attitudes ou encore à des valeurs³². C'est ce sens du mot au pluriel, désignant les modes de vie de chaque groupe humain, qui est ici retenu. La culture peut à cet effet désigner un style de vie imprégnant et unifiant toutes les manifestations vitales d'un peuple. Cette appréhension de la notion de culture semble la rapprocher du sens donné à la notion de civilisation³³. Englobant toutes ces deux expressions, le monument serait donc considéré ici comme un mythe médiateur de tout ordre social. Mythe médiateur qui facilite la compréhension d'une communauté humaine, dans la mesure où chaque société façonne en communiquant à sa manière, consciemment ou non, la

³⁰ SAME EKOBO (Muriel) et al. *Promenades patrimoniales : catalogue des édifices remarquables de la capitale du Cameroun*, Yaoundé, FPAE, 2016, p. 13 ;

³¹ *Op.cit.* p. 14.

³² IRIBARNE (Philippe), *Cultures et mondialisation : gérer par-là les frontières*, Paris, Edition le Seuil, 2002, p. 257.

³³ Définition empirique de Taylor Edouard de 1871 rend identique les termes cultures et civilisations. Dans primitive culturel, ces termes désignent tous les deux une « totalité complexe qui comprend les connaissances, les croyances, les arts, les lois, la morale, la coutume et toute autre capacité ou habitude acquise par l'homme en tant que membre de la société ». Cité par WARNIER (Jean-Pierre), *La mondialisation de la culture*, Paris, La Découverte, 2003, p. 5.

manifestation de son génie artistique par l'ensemble de ses normes et de ses modèles culturels ou civilisationnels à travers les monuments. Dans les sociétés africaines, la culture c'est ce qu'on trouve en naissant³⁴, tandis que la civilisation c'est notre culture mélangée avec ce que nous prenons des autres. Si la patrimonialisation des civilisations (traditionnelle, moderne, religieuse, africaine, occidentale... Etc.) est la démarche conduisant à l'état patrimonial, elle ne serait autre qu'une dynamique, et donc un processus. Elle se réalise suivant des étapes. Skounti, la définit comme « [...] le processus pour lequel des éléments de la culture ou de la nature deviennent, à un moment de l'histoire, investis de la qualité de bien patrimonial digne d'être sauvegardé, mis en valeur au profit des générations actuelles et transmis aux générations futures » (Skounti, 2010 : 19). L'on aurait donc tort d'affirmer que la pratique de patrimonialisation est l'apanage de notre contemporanéité. Car, les prémices des pratiques de patrimonialisation remonte à l'époque pendant laquelle les grecs commencèrent à s'intéresser à la quête et à la conservation d'objets ayant appartenu à leur ascendants vers le 5^e siècle. La ruée pour la sauvegarde, la mise en valeur des biens culturels et naturels a conduit à la mise sur pied d'une machine de traitement de ces derniers. Il s'agit de les sélectionner, classer et en assurer la conservation autant que besoin y sera (Béghain, 1998)³⁵. Pour la bonne conservation de ces multiples civilisations sur les monuments, dans son rapport sur l'utilisation des monuments en 1979³⁶, Dieudonné Mandelkern prévoit qu'au début du XX^e siècle, nombre de monuments vont perdre leur affectation, tendance qui selon lui s'illustre par la baisse de la pratique religieuse, la modernisation des équipements publics et l'érosion des fortunes privées³⁷. Pour lui, l'utilisation est la meilleure protection car elle assure l'entretien du monument, sa restauration et sa réinsertion. Il distingue alors différents modes d'utilisation : les musées, la forme la plus traditionnelle ; utilisation par l'administration (lycées, bureaux, ministères) mais qui tend à diminuer devant une certaine volonté de modernité ; l'hôtellerie et enfin les utilisations culturelles (théâtre, musique, danse...). C'est à cette époque qu'est soulevée pour la première fois la question de l'installation d'hôtels dans les monuments historiques. En

³⁴ BONTE (Pierre) et IZARD (Michel), *Le Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, Paris, PUF/Quadrige, 2002, p. 190.

³⁵ DATOUAND DJOUSSOU (Jean-Marie), *Patrimoine et patrimonialisation au Cameroun : les diy-gid-giy des monts mandara septentrionaux pour une étude de cas*, Thèse de doctorat PhD, Université Laval, Québec, Canada, 2014, p. 73.

³⁶ MANDELKERN (Dieudonné), *Utiliser les monuments historiques*, Paris : Caisse Nationale des Monuments Historiques et des Sites, 1979, p. 65.

³⁷ PANTZ (Alix), *Op.cit.* p. 19.

effet, la Caisse des monuments et des sites souhaite améliorer la rentabilité des monuments qu'elle gère en y installant des hôtels³⁸.

Depuis quelques années, l'évolution des pratiques culturelles a montré le développement de l'intérêt du public pour le patrimoine monumental qui se traduit, entre autres, par une certaine réappropriation du patrimoine. La réussite du programme intitulé « conservation de l'art et de la culture camerounaise » en est un très bon exemple. En effet, ce programme propose aux camerounais une nouvelle expérience civilisationnelle, découvrir un patrimoine ordinairement fermé au public. Le patrimoine monumental est un lien social car, il est associé à des valeurs historiques, culturelles, esthétiques, des valeurs d'usage moral en particulier réunissent tous les citoyens d'une même patrie : « le patrimoine c'est un indéniable facteur de lien social transcendant tous les clivages de la société »³⁹. Les patrimoines culturel et naturel des monuments incitent à poser un regard attentif sur la sélection des bâtiments, des sites et d'ouvrages d'arts architecturaux qui racontent les usages, les époques et les générations, finalement les étapes de la construction et de la reconstruction des villes. Cependant, l'histoire culturelle de nos jours est issue de plusieurs civilisations à cause de la présence coloniale devenue en mode dans le monde. En architecture, tout édifice grandiose ou hors d'échelle peut être qualifié de « monumental », quelle que soit sa fonction. Il y'a des portes cochères, des ponts et des escaliers monumentaux. Encore cette dérive formelle du monument au monumental conserve-t-elle du sens premier une connotation démonstrative, hyperbolique, même si le prétendu monument ne tient plus aucun discours. En archéologie, au contraire, peut être considéré comme « monument » la moindre brindille, le tesson, pas même orné, d'une cruche préhistorique, le muret qui marque l'assise d'une ancienne construction. C'est l'âge qui fait le monument, et non la dimension, de manière tout aussi asymétrique. Le message a été délivré de manière implicite, une fois pour toutes : le passé nous parle même si nous ne le comprenons plus. Tout édifice ou objet, enfin, dont la fonction apparaît comme symbolique, par son usage religieux ou cérémoniel, par l'importance de son décor, le prix de ses matériaux, la prouesse de sa réalisation est, d'emblée, éligible au rang de « monument ». Dans cette liste de dignitaires figurent aujourd'hui, de plus en plus fréquemment, des objets qui ne répondent à aucun des critères les plus courants du monument : ils ne sont ni très grands, ni très

³⁸ LAURENT (Xavier), *Grandeurs et misère du patrimoine, d'André Malraux à Jacques Duhamel (1959-1973)*, Paris, Ecole Nationale des Chartes, *Collection Mémoires et Documents*, 2003, p. 287.

³⁹ BADY (Jean-Pierre), *Rapport sur l'état de Parc Monumental Français*, Ministère de la culture et de la communication, décembre 2007, p. 61.

anciens, ni très ornés. Ils constituent pourtant des témoignages dont quelque chose ou quelqu'un nous dit qu'il serait prudent de les conserver.

Conclusion

Tout ceci nous amène à penser qu'il en est des monuments comme des êtres humains : ils naissent, grandissent, tombent malades, vieillissent et finissent, tôt ou tard, par disparaître et mourir. La sauvegarde du patrimoine monumental vise justement à conjurer, tout au moins à retarder, cette ultime échéance. Cette métaphore facile, nous en conviendrons, a au moins le mérite d'être claire. Au cours de son existence, tout monument peut successivement connaître des avatars heureux ou malheureux. Tout monument peut donc être assujéti à de nombreuses « utilisations », « réutilisations » ou « réaffectations ». Ces trois termes renvoient, ici, non pas au rétablissement d'un monument dans sa fonction première, mais à son emploi dans de nouvelles activités, quitte à lui inventer une vocation innovante, à lui forger carrément une nouvelle identité. La réaffectation marque donc une césure, un avant et un après. Certains monuments sont tellement uniques ou trop fragiles et délabrés pour pouvoir être réutilisés. Dans ce cas-là, il n'y a pas de mal à les restaurer et à les garder dans leur état comme repères précieux et témoins remarquables d'une époque donnée. La restauration n'aboutit pas nécessairement à une réutilisation ; même si cette dernière implique quelques opérations de restauration⁴⁰. Le développement de la culture des monuments participe à la promotion de la conscience nationale, à la construction d'une identité culturelle nationale et à la construction d'une mémoire collective à travers la protection de ses structures matérielles et significationnelles, puis la valorisation de ses fonctions morales et civilisationnelles.

⁴⁰ AYME (Lebon), « Réutilisation des monuments historiques à des fins didactiques, culturelles ou artistiques », *Pratique du patrimoine en Egypte et au Soudan*, 2009, p. 66, en ligne sur <https://journals.openedition.org>. Le mardi 07 mars 2023.

Political Transition in the Democratic Republic of Congo: a Challenging Road Map for Peace and Stability

La Transition Politique en République Démocratique du Congo : une Cadre D'Orientation

Ambitieuse pour la Paix et la Stabilité Page | 427

Par:

KOGE Samuel ESAMBE

Doctorate Student, University of Yaounde II Soa

Associate Researcher at the Research Center for Political and Strategic Studies (CREPS)

kogesamuel@gmail.com

Abstract:

The quest for political transition has remained a fundamental problem in the Democratic Republic of Congo (DRC) which carries along far reaching consequences affecting the development of the country. Transitioning from military dictatorship to democracy, peace and stability has been a major problem in the country especially as elections and the numerous arm conflicts have always created tension. Therefore, in this paper we shall be interested on the question, how can we relate political transition with peace in the DRC? Political transition characterized by irregularities and tension contributes to the socio-political crisis and instability in the DRC. With this, the aim of this scientific piece is to accounts for the poor political transition and possibly the role of the different stakeholders in upholding or not a pacific political transition in the DRC. In line with this, we are going to mobilize the systemic approach that will permit us to see the interaction of the various actors in line with the system. Meanwhile, the Realist theory will help us interpret the various transactions of actors in the political dynamics in the DRC vis-à-vis interest. That notwithstanding, the research will be limited to documentary and interview analysis.

Key Words: DRC, Political Transition, Peace and Stability

Résumé:

La quête d'une transition politique est restée un problème fondamental en République Démocratique du Congo (RDC) qui a des conséquences importantes sur le développement du pays. La transition de la dictature militaire à la démocratie, la paix et la stabilité ont été un problème majeur dans le pays, en particulier d'autant plus que les élections et les nombreux conflits armés ont toujours créé des tensions. Par conséquent, dans cet article, nous nous intéresserons à la question: comment pouvons-nous relier la transition politique à la paix en RDC? La transition politique caractérisée par des irrégularités et des tensions contribue à la crise sociopolitique et à l'instabilité en RDC. Dans cette optique, l'objectif de ce travail scientifique est de rendre compte de la mauvaise transition politique et éventuellement du rôle des différents acteurs dans le maintien ou non d'une transition politique pacifique en RDC. Pour ce faire, nous allons mobiliser l'approche systémique qui nous permettra de voir l'interaction des différents acteurs dans le cadre du système. Parallèlement, la théorie réaliste nous aidera à interpréter les différentes transactions des acteurs dans la dynamique politique en RDC en fonction des intérêts. Néanmoins, la recherche se limitera à l'analyse des documents et des entretiens

Mots-Clés : RDC, Transition Politique, Paix et Stabilité

Introduction

The global wind of change that swept across Africa in the 1990s has led to the reproduction of an abundance of literature concerning the question of political transition. Among these numerous angles of analyses developed on political transition, two seems to be more prominent regarding their originality with our title of research. That is; the general view of political transition in Africa and the particular case of political transition in the DRC. In the late 1980s and 1990s, there was a general call for political transition from dictatorial regimes to more democratic regimes of which, Africa was not exempted from the global trend. Earlier in what Huntington termed, “the third wave of democratization”⁴¹, before 1990, Democracy had been attempted in Ghana, in Nigeria, and in Sudan and in each case, it has broken down. However, from 1990, Africa experienced a rolling tide of democratic transition what Huntington termed “The second liberation”⁴². Under heavy pressure from international donors as well as their own people, most African states felt pressure at least to legalize opposition parties and open space for civil societies. Thus a continent that has been mainly composed of military and one party regimes suddenly witnessed a florescence of democratic politics as well as political transitions, for instance Ghana, Nigeria, and Senegal just to name these few. In February 1990, two seminal events launched a new wave of Democratic Transition in Africa. That is; in Benin and South Africa⁴³. Larry Diamond makes us to understand that in Benin a coalition of forces of civil society, organized in a national conference that declared itself as sovereign, seized governing power from the military Marxist who have ruled for eighteen years and launched a transition to democracy.

According to Emmanuel Pondi⁴⁴, in South Africa, the Apartheid regime seized upon the then less threatening international climate to release Nelson MANDELA from almost three decades of imprisonment and began a process of political dialogue and normalization that led to the birth of Democracy in 1994. As to Gyimah-Boadi E⁴⁵, prosperity and unity were the main goals of Ghana’s independence and no matter the hitches that Ghana passed through during her post

⁴¹Samuel P. HUNTINGTON; The Third Wave; Democratization in the late Twentieth Century (Norman), University of Oklahoma press, 1991, p.16.

⁴² Samuel P. Huntington, *ibid*, P. 4

⁴³ Larry Diamond, “Can The Whole World Become Democratic? Democracy, Development, and International Policies”. Center for the Study of Democracy. 2003, P.4, <http://repositories.cdlib.org/8/02/2018> at 1:30 pm.

⁴⁴ Jean Emmanuel Pondi, Nelson Mandela, an Example for Humanity, Yaounde-Cameroon, Africa’s Eveil, 2014.

⁴⁵Emmanuel Gyimah-Boadi, “Ghana’s Fourth Republic: Championing The African Democratic Renaissance?” Ghana Center for Democratic Development (CDD-Ghana), vol.8, number. 4, January 2008. www.cddghana.org retrieved on 23rd/April 2021 at 8:15 am.

independent era, Ghana seems to have returned to her early promise with the coming of the fourth republic in 1992. Gyimah Boadi puts Ghana's achievements in the perspective of the Ghanaian and Africa's historical quest for renewal in the 21st century. It reviews Ghana's experiences in the fourth republic since the inception of the 1992 constitution highlighting strides in democracy building and analysis to the extent that it gives hopes for sub-Saharan Africa.

However, since the coming of multiparty politics in Africa, political transition inscribed within the respect of rules, principles and institutions has been a great challenge as political transitions have rather resolved to be a source of conflict and insecurity in some parts of the continent. It is based on this that Stephanie M. Burchard affirms that over the past decades, virtually every country in Africa has held repeated multiparty elections but democratic development is progressing at an uneven pace across the continent⁴⁶. Notwithstanding, all is not completely gloomy as despite the demises recorded daily (coups d'états), the English-speaking African states amongst which we can cite Ghana, Nigeria, Tanzania, and Namibia, have remain glaring examples of democracies which today creates a sense of confidence and stability accounting for the socio-economic development of these countries. French speaking countries amongst which we can cite the Democratic Republic of Congo, Cote d'Ivoire, Mali, Gabon, Central Africa Republic amongst others are examples of countries with difficult democratic transition which has recorded thousands of dead and hundreds of thousands of displaced persons with diverse human right violations due to electoral disputes during political transitions. Experience has demonstrated that once man gets power he has a tendency of being reluctant in transmitting it. Montesquieu to this holds on "Power corrupts and absolute power corrupts absolutely"⁴⁷.

The Democratic Republic of Congo happens to be one of the French speaking states of Africa which since independence, suffers from power monopoly or the syndrome of sit-tightness, and military coups where all forms of transitions are impeded. This ties with the view point of Paul Ntungwe Ndue who believes that peace, good governance as well as democratic values cannot be held in Africa when insecurity and wars are the order of the day within the region⁴⁸. These types

⁴⁶ Stephanie M. Burchard, "Democracy Trend in Sub-Saharan Africa, 1990 to 2014", Institute For Defense Analysis. <https://www.ida.org>, Saturday 31st/03/2022, 10:35pm.

⁴⁷ Charles Louis de Secondat, Barron De Bredes et De MONTESQUIEU, *De l'Esprit de Lois*, Flammarion, 1748, p. 4-6.

⁴⁸ Paul Ntungwe Ndue, "Peace Education for the Reduction of Militarism and The Promotion of Good Governance in Africa", *Review Africain D'etudes Politique et Strategique*. No 1, 2001.

have developed political dysfunctions or structural discontinuities and discrepancies, leading to the crisis ravaging the DRC and thus hindering peace within the continent. Leonardo Baroncelli⁴⁹ reflects on the fact that despite its immense natural resources and its potential for growth, the DRC is a fragile state and a young democracy still in quest for peace and stabilization. Democratic consolidation cannot be considered in isolation from the long period of autocratic rule and wars in Congo itself and from the situation in the Great Lakes region especially in the eastern regions of the DRC bordering Rwanda and Uganda. It is on this note that Osita Afoaku, holds that, while the government under Joseph Kabila took some steps to improve state services, grave questions remained unanswered about its commitment to the basic tenets of democracy and the political will to address the wide spectrum of past failings⁵⁰.

Therefore haven had a general view on political transition in Africa which holds on a double edge sword of success and failure and particularity in the DRC, it will be but necessary to find out why the difficult political transition in a rich poor country like the DRC. To this, the paper will be centered on the question, How can we relate Political Transition with Peace and stability in the DRC? Political transition characterized by irregularities and tension contributes to the socio-political crisis and instability in the DRC. It is in line with this that, we shall first examine the Authoritarian Logic and quest for peace and stability in the DRC (I) and thereafter, the coming of political pluralism and the difficult democratic transition (II).

I- THE AUTHORITARIAN LOGIC AND THE QUEST FOR PEACE AND STABILITY IN THE DRC

With the wind of change that swept across the African continent in the 1990s, the dictatorial regime of Marshal Mobutu Sese Seko was pressured both within and without to transition the country in to a democracy. Internally, there was the prevalence of civil society groups and the population itself which were tired of the Mobutu's dictatorship and pressured the regime to copy what was happening in near bye Benin. Meanwhile, externally the end of the cold war and the emergence of the United States of America (USA) as a superpower with the implementation of Capitalist principles amongst which was democracy across the world was the bond of contention.

⁴⁹ Leonardo Baroncelli, The Political Transition in The DRC Between Achievement and Unending Process, ISPI, Analysis No. 195, August 2013.

⁵⁰OsitaAfoaku, "Democratic Republic of Congo", retrived from <https://www.reworld.org> , consulted on April 27, 2021, 3:47am.

Therefore, apprehending political transition in the DRC will be of prime importance to first examine the different Political Mutations and Democratic Reforms which have characterized the DRC from the 1990s (A) and thereafter examine the improbable transition (B).

A- Political Mutations and the Failed Democratic Reforms in the DRC

Here, this part will permit us to see the different political regimes which have marked the DRC and their characteristics. To this, our focus will be based on the leadership of President Mobutu Sese Seko, and Laurent Desire Kabila. Therefore, we shall first see the regime of Mobutu Sese Seko (1) and later that of Laurent Kabila (2).

1- The DRC Under Mobutu Sese Seko's Administration

The regime of Marshal Mobutu lasted for 32 years (1965-1997) and operated as one party state characterized by harsh repression of any form of political opposition⁵¹. After the end of the Cold War, Mobutu's autocratic regime met a more vocal opposition at home and abroad. Popular pressure made Mobutu to reintroduce a multiparty system, which was accompanied by many attempts to control and to water down the transition to democracy. This prompted the opposition and the civil society to claim the holding of a Sovereign National Conference (CNS)⁵². The conference had as purpose, bringing together all Congolese in order to discuss and analyze the situation of the country, and find out relevant solutions to the terrifying and destructive political and Socio-economic situation. The conference opened on August 7, 1991 at the "*Palias du Peuple*" in Kinshasa and was chaired by Prime Minister Crispin Mulumba Lukoji⁵³. Over 2842 delegates from registered political parties, the Congolese civil society, the Congolese army, and even delegates from the presidency attended the conference⁵⁴. The archbishop of Kisangani Laurent Monsengwo Pasinya, was appointed, as the chairperson of the National Sovereign Conference and the *Haut Conseille de la Republique Parlement de Transition* (HCR –PT) in order to lead the

⁵¹Lumumba Kasongo Tukumbi. *The rise of multipartyism and Democracy in the context of global change: the case of Africa*. Westport: Greenwood press, 1998, P.45.

⁵²Dieudonne Tshiyoyo in, "Democratic Republic of Congo: road to political transition", Electoral Institute of Southern Africa (EISA), Occasion paper No. 26, November 2004, P.4. <https://www.eisa.org>. 01/03/2022, 4:50pm.

⁵³ Pongo Kalulambi Martin, *Transition et Conflict politique au Congo Kinshasa*. Paris: editions Karthala. 2001. P. 26.

⁵⁴ Interview with Martin M. Fayulu, opposition leader, President of "LAMUKA", meaning wake up in "Lingala" and "Swahili". From Kwilu West of the DRC. 65 years old. Interviewed on the 10/11/2021 at his residence FADEN House Kinshasa at 8am.

conference⁵⁵. Though Mobutu suspended the SNC in January 1992, mass protests forced Mobutu to reopen the SNC on April 6, 1992. Etienne Tshisekedi was however elected prime minister of the transition government on 14 August 1992 in order to lead the country towards elections meanwhile the conference ended on December 6, 1992 haven established a transitional constitution, a transitional government, the High Council of the Republic and the electoral council⁵⁶.

Despite this great move with the SNC, Mobutu succeeded in negating true power exchange, consequently and significantly delaying the process of democratization in the DRC by resisting the expected changes. He formed a parallel government so he could cause chaos and have the legit government on his side. Mobutu successively used three Prime Ministers within only six weeks, from October 16, 1991 to November 25, 1991 respectively from Etienne Tshisekedi, to Mungul Diaka, and Nguz-a-Karl-I-Bond⁵⁷. He therefore derailed the reforms process and became reinstated as president of the country by preventing elections from taking place so he could not compromise his powers. As president Mobutu suffered from cancer in Morocco, a rebellion broke out in the eastern part of the country led by Kabila⁵⁸. The Mobutu fall however did not bring an end to authoritarian and repressive leadership in the DRC as we saw the emergence of another dictator Laurent Desire Kabila (2)

2- The Regime of Laurent Desire Kabila

Shortly after taking office in 1997, on the 28 of May 1997, Laurent Desire Kabila suspended and eradicated the decisions and measures democratically adopted by the Congolese people through their representatives in the CNS. Kabila dissolved the high council of the Republic's transitional parliament, and implemented his own theoretical plans and strategies. This interruption was already an early sign of an authoritarian leadership of the new Congolese leader. Just as he took power, Kabila signed a decree which annulled the Transition Act and bestowed on him the monopoly of executive, military and legislative powers until the adoption by a constituent

⁵⁵NzongolaTalaja, Georges Lee, *The State and Democracy in Africa*. Asmara: Africa world press, 1997, P. 18.

⁵⁶Malu Malu, Jean Jacques Arthur, « Le Congo Kinshasa ». Paris: Edition Karthala, 2002, P. 197-198.

⁵⁷Kabambi A. M, in "Bref Apercu Historique de la Conference Nationale Sovereaine" in Congoline,1998. <http://www.congoline.com>. 03/03/2022. 7:29am.

⁵⁸Jacque Tshibwabwa Kuditshini, Professor at the University of Kinshasa, Invited researcher at the University of Paris 8, Member of the executive committee of CODESRIA, ex-fellow a *L'instituted'etudes Avancees de Nante* from Kasai. Interviewed at Righini-Kinshasa on the 11th of November 2021 at 6pm.

Assembly of a new constitution⁵⁹. Under the said decree, all the political parties were banned⁶⁰. Meanwhile the Rwanda and Uganda's alliance with Kabila was short-lived as Kabila sort to reduce the influence of his sponsors. In July 1998, Kabila ordered all foreign troops to leave the DRC and the second insurgence broke out in August 1998, with the formation of a rebellion group called the "*Rassemblement Congolais pour la Democratie*" (RCD)⁶¹. The speedy progression of this Rwandan backed rebellion towards Kinshasa was ultimately thwarted when troops from Angola, Zimbabwe and Namibia intervened to rescue Kabila's Government⁶².

In February 1999, Uganda backed the formation of a rebel group called the "*Mouvement pour la Liberation du Congo*" (MLC), which drew its support from the *Equateur* Province, among soldiers loyal to the toppled president Mobutu⁶³. The MLC established control over the Northern part of the DRC. At this stage, the DRC was partitioned in to three administrations, each resulting from military occupation and controlled namely by the main government in Kinshasa, the RCD and MLC. The MLC, led by Jean Pierre Bemba, was initially formed by a proxy for Uganda, but also had close ties with members of the old Mobutu regime. The RCD was Rwanda's surrogate, drawing support from the *Banyamulenge* population of the East, close to the Tutsi communities living in neighboring states. The DRC government had its own supporters in the Mai-Mai militia which collaborated with former *Interhamwe* in fighting the rebel groups. By the end of 1998, Rwanda and Uganda were falling out over the attitude of Kabila. The RCD began to split into factions, which aligned themselves either with Rwanda or Uganda. These foreign interventions implied an occupation of more than half of Congolese territory. The stalemate of military positions pushed the belligerents to acknowledge the unlikelihood of a military victory and the related need of solving the conflict by negotiations.

In July 1999, the Lusaka Agreement was signed by all the states parties to the conflict, providing for the withdrawal of all foreign troops, the disarmament of the *Interhamwe* forces in the DRC. The led to the holding of an Inter-Congolese dialogue under the auspices of the

⁵⁹DieudonneTshiyoyo, "Democratic Republic of Congo: Road to Political Transition", Electoral Institute of Southern Africa (EISA), occasion Paper No 26, November 2004, P.5. <https://www.eisa.org>. 01/04/2022. 7:10 pm.

⁶⁰Leonardo Baroncelli, "The Political Transition in the DRC Between Achievements and an Unending Process", ISPI, Analysis No. 195, August 2013, P.4. <https://www.ispi.online>, 01/04/2022. 9:15 pm.

⁶¹Djoli ESENG; EKELI Jacque, parliamentarian, first vice president of the defense and security commission, professor of constitutional law UNIKIN, Politician of the MLC party of Jean Pierre Bemba, from Equateur Province, 63years old, interviewed on the 14th /11/2021 Avenue de la montagne No 7. Macampagne, Kinshasa at 9am.

⁶² Ndjoli Eseng Ekeli opcit.

⁶³ DieudonneTshiyoyo ibid P.4.

Organization of African Unity (OAU) and the creation of a UN mission in Congo (MONUC)⁶⁴. Towards the end of the 90s, Laurent Kabila created a transition Parliament in an attempt to foster political union and to legitimize his regime, before being assassinated in 2001 in mysterious circumstances and being replaced by his son Joseph Kabila⁶⁵. It is in line with this that, in the subsequent subsection of this paper, we shall be examining the improbable transition in the DRC (B)

B- Improbable Transition: Military Coups / the Congo wars

The long transition in the DRC under Mobutu and Laurent Kabila did not succeed. Therefore, it becomes imperative we examine why the improbable transition. To do this, it will be important to first see the Liberation war of 1996 which came as a result of the Spill-over effect of the Rwandan Genocide (1) as well as the occupational war of 1998.

1- The Liberation war or the Congo Crisis of 1996-1997

Around the 1990s, a period of democratic agitation commenced that brought hopes to many people in Africa. Dictators were astounded by the popular will for change in daily economic, political and social life. With this, the multiplicity of political transitions in Africa in the 1990s provided a new context to examine peace building prospects in Africa. However, with some observations made on African armed forces, focus on military intervention in politics is tilted with an objective of predicting the likelihood that, a military will seize state power. This case is not that far with the context of the DRC in which we have seen different military coups and civil wars that have marked this country. Focusing on this paper, we realize that, right from the first Congo crisis in 1996/7 ousting Mobutu, this country has been through one conflict to another just in an attempt to ensure political alternance. In this case, we see the violent nature of political transition in the DRC tracing from Mobutu Sese Seko to Laurent Desire Kabila and the difficulties faced by Joseph Kabila. After his military takeover in 1965, it is held that President Mobutu Sese Seko ruled in the DRC for 32 years. With the end of the cold war and the suspension of economic aid to Congo and global collapse of prices of raw materials in the 1980s, Mobutu began to lose grip to power.

⁶⁴ A Discussion on the role of MONUSCO in the maintenance of peace in the DRC with Eric Bertin Mbock: Political affairs officer Deputy Director Political Affairs Division MONUSCO at the MONUSCO Headquarters in Kinshasa on the 10th of November 2021 at 3pm.

⁶⁵ Eric Bertin Mbock, *opcit.*.

Following the 1994 Rwandan Genocide, Mobutu provided shelter and protection not only to the two Million Rwandan Refugees who had fled to Eastern Congo⁶⁶ but also to the Rwandan Hutu army and militias that directed the genocide. This provoked Rwanda and Uganda to invade Congo in July 1996 in pursuit of Hutu Military forces. With the instability created by Rwanda and Uganda, the ailing Mobutu was finally ousted from Kinshasa in a bloodless battle in May 1997. While on medical care in Rabat Morocco, Congolese rebel leader Laurent Desire Kabila took over the country⁶⁷.

2- The Occupational War or the Congo Crisis of 1998

Not long when Desire Kabila took over power, the war broke out again in 1998 as president Kabila attempted to gain independence from his regional backers and move to purge Rwandan elements from his government. Rwanda and Uganda reinvaded DRC supporting rebel groups against Kabila. While Rwandan forces had previously largely focused on pursuing the Hutu who conducted the genocide, both Rwanda and Ugandan forces increasingly became interested in controlling and exploiting the mineral rich eastern provinces of Congo. With the military support from Namibia, Angola and Zimbabwe, Kabila managed to stop the invasion. During this period, Congo was already a home to military forces from across the Continent, almost all of which brutalized civilians while using their deployment as a pretext to loot vast natural resources. By Mid 1999, a front line was stabilized and Congo was effectively cut in to two⁶⁸. A cease fire agreement was reached and signed in Lusaka Zambia in July 1999⁶⁹. Although a UN peacekeeping force known in its French Acronym as MONUC was authorized to monitor the agreement, the conflict continued as all sides violated the accord. As a result, due to continuous infighting, President Laurent Kabila was assassinated in January 2001 and his son Joseph assumed the Presidency.

With the coming of Joseph Kabila in 2002, he started with a re-launch of peace negotiations, and in December the same year, all Congolese belligerents, civil society groups, and

⁶⁶ The Enough Project “The Democratic Republic of the Congo: Roots to the Crisis”, Washington DC, 2018. www.enoughproject.org. 12/04/2022/, 9:00am.

⁶⁷ Serge Mukiele Bwana “ Democratic Transition in the Democratic Republic of Congo after the Cold war: Mobutu Sese Seko and Laurent Desire Kabila’s Leadership Scrutinized”, Lund University, Department of Political Science 2012, P.9-10. www.lup.lup.lu.se/studentpapers.org. 02/03/2022 at 3:49pm.

⁶⁸ Eric Bertin Mbok opcit.

⁶⁹ U.S Department of State, “Lusaka Ceasefire Agreement , July 10, 1999”, bureau of political-military affairs, Washington DC, 6/23/2006, <http://www.state.gov/t/ac/csbn/rd/22634.htm>. 12/11/2018, 10:24am.

unarmed opposition movements signed an agreement in South Africa popularly known as the “Global Inclusive Accord”⁷⁰. By the end of 2002, Uganda, Zimbabwe, Rwanda and Angola, had fully withdrawn from Congo. Despite the fact that progress was made on paper, the situation for civilians on the ground especially women, remained a call for concern. Although open fighting between the government and rebels became rare, both sides continued to use sexual violence as a military tact against civilians, using its trauma to terrorize, control and in some cases, ethnically cleanse targeted populations. Rebel groups, including members of former rebel movements and untamed militias, continued to fight the government and local enemies, often seeking to maintain or establish control over the mineral wealth. MONUC’s efforts to protect civilians were reinvigorated in September 2004 with the expansion of its forces⁷¹ from 10,800 to 16,700 troops⁷² and the granting of a more aggressive mandate that allows for more robust civilian protection. That notwithstanding, the sustained level of violence throughout 2004 coupled with the large number of people who continued to flee their homes to avoid violence led the UN in march 2005 to describe the situation in eastern Congo as the “world’s worst Humanitarian crisis”⁷³.

Thus, with the above analysis on the eras of Mobutu and Laurent Kabila, and the volatile political transition we have seen in the first part of this paper; it will also be important we proceed to see the coming of political pluralism and the difficult political transition in the DRC (II).

II-THE COMING OF POLITICAL PLURALISM AND THE DIFFICULT DEMOCRATIC TRANSITION

The DRC is one of the few African countries whose transition process is seen to be mitigated since the 1990s. In fact, the political transition in the DRC was a very long one not until when Joseph Kabila Came to power in 2002 and started the process of democratization (A) which has equally been faced by numerous difficulties (B).

A- Joseph Kabila and the Democratization process in the DRC

⁷⁰Theodros Dagne “Democratic Republic of Congo: transitional process and UN Mission”, CRS Report for Congress, March 2005, P.1. <https://www.fas.org>. 12/11/2018. 11:15am.

⁷¹ Interview with MwakaBwengeArsen, ex-Parliamentarian of Democratie Chretiene Federalist (DCF), from the 2011 to the 2018 Legislative Mandate, Professor at the University of Kinshasa, from North-Kivu Eastern part of the DRC. 62years, Interviewed on 08/11/2021 at Round Point Ngaba Kinshasa at 5pm.

⁷² Mwaka Bwanga Arsen ibid.

⁷³ U.S Department of State. Opcit.

Despite everything, Joseph Kabila is considered as the father of democracy in the DRC. This is because, it is through him that we started seeing the institutionalization of democratic principles as well as the organization of democratic elections in the DRC. To this, we shall first examine Kabila's regime (1) as well as the different elections under his reign (2)

1- Joseph Kabila's Administration in the DRC

The fall of Zaire's dictator, Mobutu Sese Seko only brought a series of wars that led to the death of millions of Congolese. It failed to bring peace not to talk of democracy to the country. His successor, Laurent Desire Kabila suspended the constitution and ruled by decree until his assassination in 2001. His young son Joseph Kabila, who was not welcomed by the Congolese people, replaced him. However over a period of time, Joseph Kabila gained popular support and he was expected to set the country back on course towards the transition to democracy and enhance peace. Shortly after taking power in 2002, young Kabila was successful in negotiating the withdrawal of Rwandan forces occupying Eastern Congo. In December 17 2002 the Global Inclusive Accord otherwise known as the Sun City Agreement was reached to put a new political order in Congo. Following his victory in the 2006 presidential elections, Joseph Kabila and his advisors insisted on a constitutional revision that would extend the president's term from five to seven years, eliminate term limit, allow the president to preside over the judiciary high council and delay the decentralization process. After the 2011 elections, the Kabila's government was to a large extent focused on the strategies to amend the constitution and delay the inevitable elections of 2016. However the prolongation of elections for two additional years led to speculations that Kabila might not pave the way for a peaceful political transition in the DRC. However, elections were finally organized in 2018 in which Felix Tshisekedi emerged victorious and there was a peaceful transition of power for the first time in the Democratic Republic of Congo though with mixed feelings by some opposition leaders like Martin Fayulu especially as the elections results were not published till date.

2- Elections and the Question of Political Transition in the DRC

After a very long road of political transition, the DRC finally held and organized her first ever "Democratic elections" on July 20th and October 29th, 2006. Over 25 million people registered for the election. This election produced Congo's first democratically elected leader in 40 years. Incumbent president Joseph Kabila was elected following a runoff election against Jean Pierre

Bemba. The first round of registered voters of the presidential elections was conducted simultaneously with the parliamentary elections on 30 July 2006, with a voter turnout of 80% reported by the *Commission Electorale Indépendante* (CEI)⁷⁴. For the presidential election, the polls were inconclusive with no winner having more than 50 percent of the vote during the first round. There was bound to be a run-off as stipulated by article 69 of the constitution⁷⁵. As such, a run-off was conducted between president Kabila and his main challenger, vice President and leader of MLC Jean Pierre Bemba, on 28 October 2006. As a result, Joseph Kabila was announced as the winner of the presidency with 68% of the vote (around 9.4 million), over Bemba's 42% (around 6.8 million)⁷⁶.

The 2011 elections were primarily funded and prepared by the DRC itself. Before the polling, the parliament passed a constitutional change abolishing the second round of presidential elections and provided for a single scrutiny and a simple majority. The change of the constitution received very little international response which was not well promising for the peaceful and fair achievement of the polling and for avoiding abuses of the electoral process as a whole. The presidential and parliamentary elections were held on November 28, 2011 under extremely difficult conditions⁷⁷. The CENI set up 10000 registration centers for voter enrolment in 2011 compared to, 9120 centers in 2005⁷⁸. 78 political parties issued a July 16, 2011 memorandum to urge the CENI to take in to consideration certain needs relating to the organization of democratic, transparent, credible and peaceful elections. The law on the financing of political parties was also set up though it was not implemented in the 2011⁷⁹ elections.

The DRC's internal commitments create significant obligations to candidates and political parties, including rights to be elected and participate in public affairs, freedom of expression, freedom of association and freedom of movement⁸⁰. The electoral law gives preference to the

⁷⁴ Gerard Mbissambu Gerard Mbisambu Mpang'De, member of the CENI. From Kwilu. Interviewed on the 13/11/2021 avenue Lulo numéro 2, Centre Liloba de prêtes, Kinshasa, at 1pm.

⁷⁵ The 2006 Constitution of the Democratic Republic of Congo amended by Law No. 11/002 of 20th January 2011

⁷⁶ Mbissambu, *ibid*.

⁷⁷The Cater Center, "Presidential and Legislative Elections in the DRC". November 28, 2011, P. 48. www.Catercenter.Org, 9/04/ 2022. 5:50 pm.

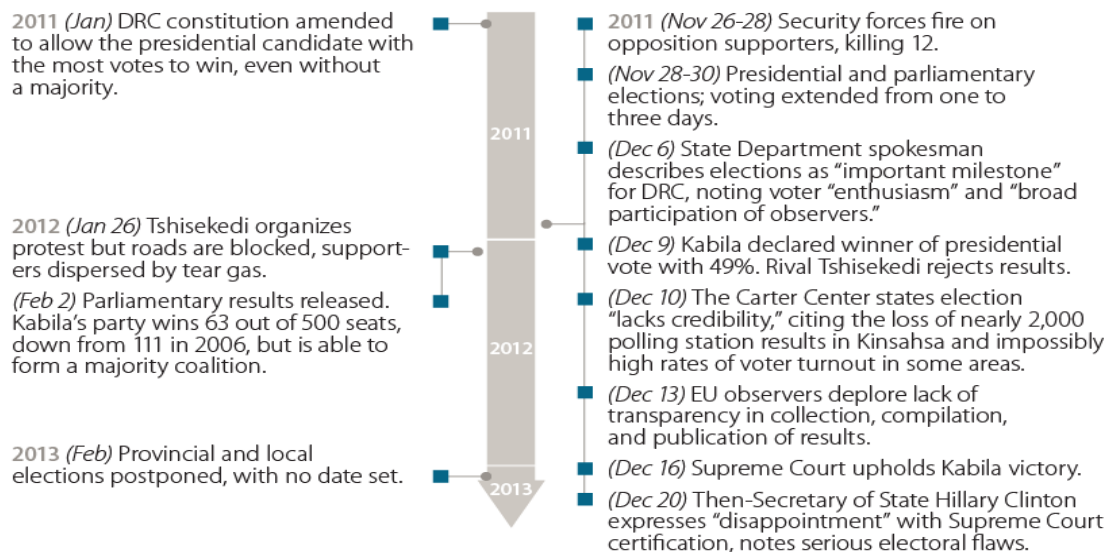
⁷⁸ European Union Elections Observation Mission, "Final Election Report", February 23rd 2007.

⁷⁹Law No. 08/005 of June 10, 2008 on Public Finance of Political Parties.

⁸⁰ The right to be elected is a universal rights requiring that states ensure that their citizens have the opportunity to stand for elected office , free from unreasonable restrictions. All citizens are guaranteed the right of equal access to the public services and property of their country, and any derogation from this right that gives advantages to a particular party or candidate may be considered discriminatory ICCPR, article 19(2), article 13(2), "everyone shall

Superior Council of Audiovisual Communication (CSAC) to oversee the activities of the media in regards to the electoral environment⁸¹. Many acts of violence and major technical flaws were reported throughout the country. Elections were extended a second day because of violence and delays in the delivery of ballot boxes. After a public hearing, the Supreme Court in the judgment of 16 December, officially declared Joseph Kabila reelected by a simple majority for a five year term with 8,880, 944 votes, or 48.95 percent. Joseph Kabila was sworn in on December 20, 2011, before the Supreme Court, which performed the oath prescribed by the constitution. The Supreme Court confirmed the Kabila's victory with a simple majority of 48.95% and about 8.8 million votes despite national and international reports of many irregularities.

Figure 3. DRC's 2011 Elections: Timeline



Source: CRS, based on reports by U.S. and U.N. agencies, news agencies, and nongovernmental organizations.

B- Challenges of political transition in the DRC

The challenges of political transition in the DRC can be seen at two levels. First at the internal level, where we see the behavior of actors vis-à-vis the transition process (1) as well as the external

have the right to freedom of expression; this right shall include , freedom to seek, to receive, and in part information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice". ICCPR, art 19 (2).

⁸¹Article 33. CSAC replaced *Haughte Authorite de Media* (HAM) On August 19, 2011 as the official media regulating body. It was officially established on October 11/2011.

challenges where we see the too much influence of the external actors like Uganda, Rwanda and the USA in the domestic affairs of the DRC (2).

1- Internal Challenges

Page | 441

Talking about political transition in any country, political parties are basically the most important stakeholders. From 1990, the DRC has been headed by four prominent leaders. These include; Mobutu Sese Seko with his “*Mouvement Populaire de la Revolution (MPR)*” formed on May 2, 1967, Laurent Desire Kabila with the “*Alliance des Forces Democratique pour la Liberation du Congo-Zaire (AFDL)*” formed in 1996, Joseph Kabila son of the late Laurent Kabila and now Felix Antoine Tshisekedi. Prominent opposing parties like the Union for Development and Social Progress (UDPS) of Etienne Tshisekedi, the Union for the Congolese Nation (UNC), of Vital Kamerche, Union of Forces of Change of Leon Kengo Wa Dondo, just to name these have equally contributed to the difficult political transition the DRC has been witnessing. For instance, prior to the 2018 elections and in a bit to form a coalition, just a day after the opposition leaders formed “*LAMUKA*”, leaders such as Felix Tshisekedi and Jean Pierre Bemba break away from the movement, thereby making the opposition weak⁸².

In the DRC, we see how leaders have succeeded in confiscating power thereby paving a fertile ground for a violent political transition. For instance, to be promoted as a high ranged officer in the judiciary functions, and other key government positions, defense, interior security, diplomacy and finance, during the Mobutu era, it all depended on the degree of militancy a person had within the MPR. These positions were placed under the direct control of the president, through the most loyal to him, basically, close friends, and family members which all boils down to neo-patrimonialism. The interference and omnipresence of the executive in the judiciary has led to impunity because justice was no longer an independent authority. On his part, for Laurent Kabila to will much power and increase his longevity in power, he decided to satisfy most of his external friends (partners) from the Great Lakes Region. On his loyalty with his Rwandese partners Kabila provided many key positions for them in his government⁸³. Some of them include, James

⁸² Martin M. Fayulu, Main opposition leader, President of “*LAMUKA*”, meaning wake up in “*Lingala*” and “*Swahili*”. From Kwilu West of the DRC. Interviewed on the 10/11/ 2021 at the *FADEN House* 8am.

⁸³ Georges Nzongola Talaja, *From Zaire to the Democratic Republic of Congo*, 2nd edition. Goteborg: Elanders Infologistvs Vast. 2004, P. 14.

Kabarebe; Kabila's army chief of staff, Deogracias Bugera as secretary of AFDL, Moise Nyarugabo, Azarias Ruberwa, Bizima Kahara, as Kabila's foreign Ministers meanwhile his son, Joseph Kabila, and his cousin Mwenze Congolo as the minister of interior. All these held key positions not only to secure Kabila's long lasting leadership, but even in order to tackle democratic reforms to take place in the DRC. From the above, we see that the obsession to power of leaders is one of the elements that have contributed to the difficult political transition in the DRC.

Ethnic violence is no respecter of international boundaries. It produces refugee problems, spreads diseases, and triggers proliferation of fighters and weapons as well as facilitating the growth of trafficking and terrorist networks. Most often than not, conflict in one African country has the probability of spreading to other countries. This problem largely succeeds in pushing refugees across borders, upsetting the ethnic balance in a neighboring state and worsening tensions between the two states. Since independence, The DRC has experienced numerous ethnic tensions, especially in the eastern part of the country. The period between 1996 and 2001 in particular saw the most notable incident when a massive influx of Hutu refugees fled from Rwanda into both North and South of the DRC. It is estimated that up to 1.2 million refugees settled in camps around Goma, Bukavu and Uvira.

Generally, the military as an actor is a fundamental force in the maintenance of stability and the legitimization of a state's authority. For decades, the military has been at the base of the difficult political transition in the DRC. Since and even before 1990, the DRC has been characterized, by military coups and civil wars which have always impeded the political stability of the country hence making difficult reforms for a peaceful political transition in the country. Military culture is a critical factor in explaining the success and failures of a peaceful democratic as well as political transition. As coined by Posen, military culture affects the security of the state that it holds and is also critical in identifying security threats to a state and its allies. There is the wanton disregard of the country's institutions by both rebels and state security agents in most part of the country especially in the northern territories of Goma, Gbadolite, Muhanga and Kisangani in the Kivu and Ituri. Due to the weak nature of these institutions and violent armed conflicts, rebels turn to by-pass these institutions and form their own rebel groups based on their own rules. Apart from these internal challenges, external challenges has also influenced so much in the poor political transition in the DRC.

2- External Related Challenges

The DRC includes most of the Congo Basin, and area of enormous wealth in terms of biodiversity, timber and the mineral resources. The two major Western powers involved in the region are the United States and France. Both countries have real vested interest in the mineral resources of the DRC. They, therefore, like to see their transnational corporations have access to these resources⁸⁴. For the fear that such resources might fall in wrong hands, such as international terrorist groups, they could not afford to remain indifferent as to who holds state power in the various countries of the Great Lakes region⁸⁵. This fear by the West was particularly prompted after it was alleged that the al-Qaeda terrorist group was involved in diamond purchase in Sierra Leone and the Democratic Republic of the Congo to fund its activities⁸⁶. More importantly, the global interests of the United States as a superpower and France's neo-colonial alliances with stakes in Central Africa required that they remain engaged in the Great Lakes region. A number of multinationals are holding the grip on the DRC, especially as they are constantly accused of fuelling conflicts in the DRC just in a bit to continue exploiting the enormous mineral wealth and natural resources of the land. Ngbanda claims that most of the foreign interventions in the domestic political reforms of the DRC have been hypocritical in nature⁸⁷. To Michel Kifinda Ngoy, foreign actors pretended to preserve peaceful political transition in the DRC, but in the real sense, they fuel civil unrest so as to create a conducive environment that can open room and facilitate their massive exploitation of natural resources in the DRC⁸⁸. The climate of hostilities created by these foreign forces had weekend the political stability and created an unbalanced structure in the good governance of the DRC. This has evidently distorted the political transition in the DRC under the leadership of Mobutu, Laurent Kabila, Joseph Kabila and even with Tshisekedi.

The Spillover effects of instability and poor leadership from DRC's neighbors is equally an external challenge for the difficult political transition in the country. The political instability in the Great Lakes region of Africa has negatively influenced the political transition in the DRC. Involvement of neighboring countries like; Rwanda, Bururndi, Uganda, and Angola in the DRC's

⁸⁴ Georges Nzongola Ntalaja. The Congo from Leopold to Kabila: A people's History. Zedbooks, London and New York, 2002. P. 2.

⁸⁵ Michel Kifinda Ngoy, Permanent representative of MONUSCO in Parliament who doubles as journalist of Radio Okapi, from Tanganyika, interviewed on the 08/11/2021 at Armee, Kinshasa 11am.

⁸⁶ International Rescue Committee, "Mortality in the Democratic Republic of Congo: Results from a Nationwide Survey", 2003. P.2.

⁸⁷ N'gbanda Nzambo Ko Atumba Honore, « Aïnssi Sonne le Glass; les Deniers Jour de Marchal Mobutu », Paris: Editions Gideppe, 1998, P. 88.

⁸⁸ Michel Kifinda Ngoy, *ibid*.

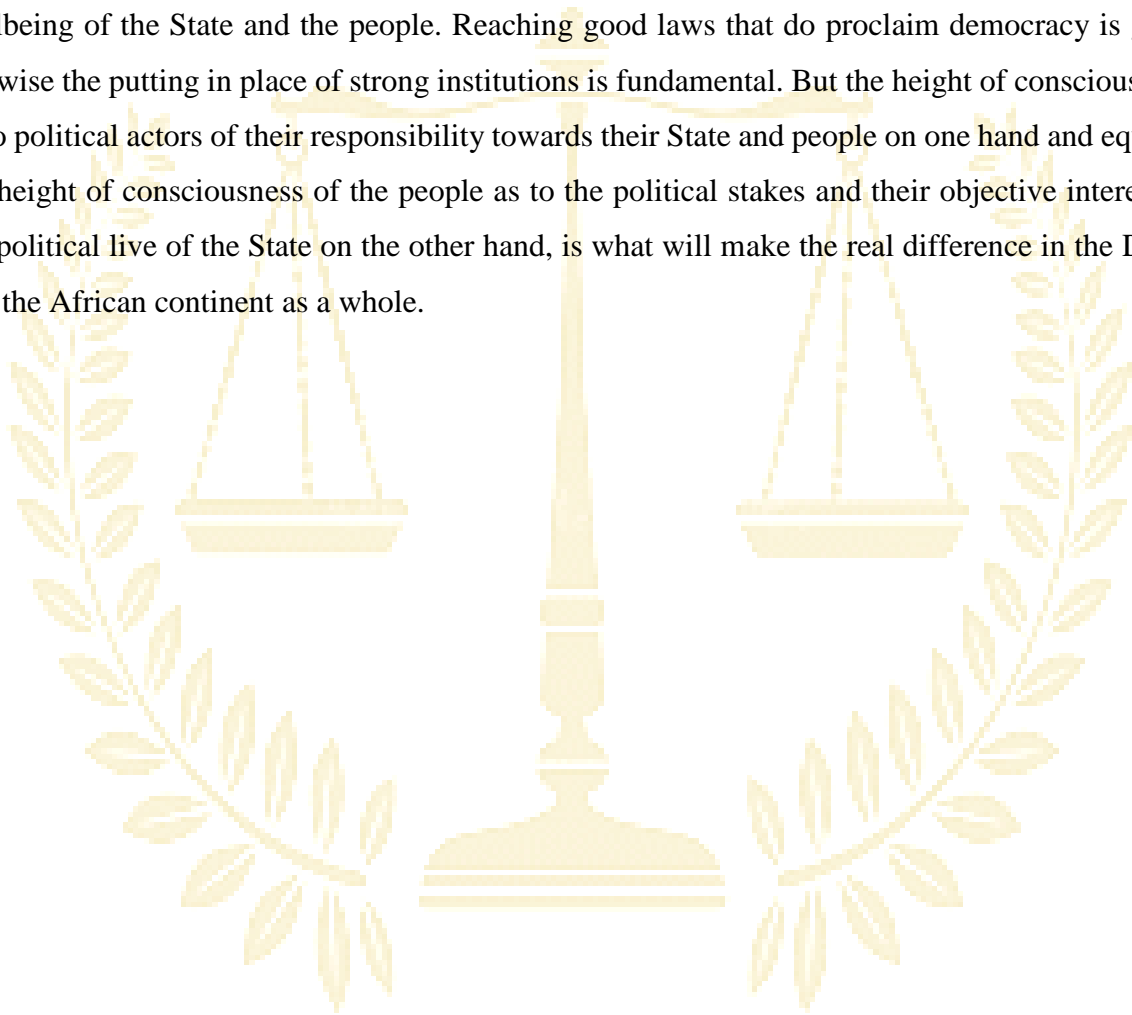
internal system, have certainly weekend significant attempt to the peaceful political transition in the DRC. The Rwanda genocide is perhaps the genocide of the century. During the genocide, the Hutu immigrants in the DRC were very instrumental in launching attacks against Rwanda. In response to that, Rwanda paved the way and supported AFDL rebel movement that consequently, ousted Mobutu. This was achieved by a logistic support from the United States of America and its allies who supported Kabila as the next leader of the DRC. Neighboring Uganda also got involved with all the needed support in terms of Troops and military bases. Kabila's AFDL received full backing of president Museveni. Even Burundi, Tanzania and Angola melted in. We need to note that, during the Mobutu leadership, Angola was undergoing a civil war that saw the clash between the Angolan governments led by president Eduardo Dos Santos, against the National Union for the Total Independence of Angola (UNITA) led by Jonas Savimbi. Hence the Angolan regime found a prejudice of fuelling hostilities in the DRC in order to overthrow Mobutu's regime. This external influence deactivated and destroyed any possible path leading to a peaceful political transition in the DRC. Kabila came to power with a promise of spearheading democracy in the DRC which did not go anywhere with him at all. Thus the chaotic nature of the transition in the DRC influenced by the countries of the Great Lakes Region make a greater challenge for any peaceful political transition in the DRC.

Conclusion

In its Constitutive Act of 11/07/2000, the AU article 4 (p), "condemnation and rejection of unconstitutional changes of governments". It believes in the respect of democracy and democratic principles which she holds as prerequisite for human development, thus encouraging republican values among member States in order to develop the continent. Upholding these democratic values is the path way to the process of democratic transition which the Harvard political scientist Samuel P. Huntington termed the "third wave of democratization" in the modern world⁸⁹. Political transition we have seen in the DRC has been very much problematic putting in to question peace and stability. Political transition can either be reached through the respect of democratic principles or not which in return conditions the security and development of any society. This paper thus was interested in relating political transition with peace in the DRC in which we observe that inscribing political transition within democratic and republican values will be a fundamental prerequisite for

⁸⁹ Shaheen Mozaffar, "Democratic Transition in Africa ", Bridgewater Review,1997, <http://ve.bridgew.edu>. 11/ 03/ 2022. 11:00pm.

development, good governance, equality, justice and progress for all. It was therefore important we consider the different explanations which could account for this political holdup and see how the constitutional order can be respected in order to see an environment void from militia incursions or security threats which do deny the development of the society. Certainly the reasons accounting for this anti-constitutional take of power remains of internal and external considerations which are highly inscribed within the absence of a democratic culture and of political socialization necessary to uphold an objective perception of national interest, the wellbeing of the State and the people. Reaching good laws that do proclaim democracy is good likewise the putting in place of strong institutions is fundamental. But the height of consciousness as to political actors of their responsibility towards their State and people on one hand and equally the height of consciousness of the people as to the political stakes and their objective interest in the political live of the State on the other hand, is what will make the real difference in the DRC, and the African continent as a whole.



La construction de la zone de libre-échange continentale africaine : regard croisé sur les modes d'actions cognitives et normatives des États enclavés du sahel

The construction of the African Continental Free Trade Area : a cross-view on the cognitive and normative modes of action of the landlocked States of the Sahel

Page | 446

Par :

ABDÉRAMANE Mahamat Moumine

Doctorant en Science Politique à l'Université de Dschang-Cameroun

Membre du Centre de Recherche et d'expertise en Gouvernance, Relations Internationales et Stratégiques en Afrique -CREGRISA-

Chercheur associé à l'unité de Recherches Politiques, Stratégiques et Sociales -URPOSSOC-

Résumé :

La présente étude s'intéresse à la contribution des États enclavés du sahel à la construction de la zone de libre-échange continentale africaine -ZLECAf- à partir des approches cognitives et normatives. Grâce à la théorie constructiviste et sa reconnaissance de la dimension « performative » du discours, nous montrons que la ZLECAf n'est pas donnée, c'est-à-dire qu'elle n'a pas de sens « en soi », mais qu'elle est une construction des États à travers leurs représentants. De ce fait, les attitudes discursives des acteurs étaient toutes essentielles à sa construction. En outre, au regard des préjugés autour de la participation des États enclavés (comme étant des « pays défavorisés » dans ce processus) et l'assimilation de la ZLECAf à un dépotoir des pays industrialisés, l'étude tente de déconstruire et montrer qu'elle n'est pas une structure de plus, mais plutôt une structure avec un plus, car il existe une kyrielle de normes qui régulent cette organisation et donnent la possibilité à tout État Partie de tirer son épingle du jeu. Au-delà du constructivisme, la scientificité de cette étude repose sur les enquêtes de terrain, renforcées par des entretiens.

Mots clés : États enclavés du sahel, Zone de Libre-Échange Continentale Africaine (ZLECAf), Communauté Économiques Régionales (CERs), Communauté Économique Africaine (CEA), Zone de libre libre-échange (ZLE), Organisation de l'unité Africaine (OUA), Union Africaine (UA).

Abstract :

This study focuses on the contribution of landlocked States of the Sahel to the construction of the African Continental Free Trade Area (AfCFTA) based on cognitive and normative approaches. From constructivist theory and its recognition of the "performative" dimension of discourse, we show that the AfCFTA is not given, that is, it has no meaning "in itself", but it is a construction of states through their representatives. As a result, the discursive attitudes of the actors were all essential to its construction. In addition, in view of the prejudice around the participation of landlocked states (as "disadvantaged countries" in this process) and the assimilation of the AfCFTA to a dumping ground for industrialized countries, the study tries to deconstruct and show that it is not just another structure, rather a structure with a plus, because there are a series of norms that regulate this organization and give the possibility to any State Party to play its role. Beyond constructivism, the scientificity of this study is based on field surveys, reinforced by interviews.

Keywords: Landlocked States of the Sahel, African Continental Free Trade Area (AfCFTA), Regional Economic Community (REC), African Economic Community (AEC), Free Trade Area (FTA), Organization of African Unity (OAU), African Union (AU).

Introduction

L'idée d'une intégration africaine date du lendemain des indépendances avec le premier regroupement des États nouvellement indépendants, à la suite de la situation sociopolitique caractérisée par l'oppression des noirs résultant des trois siècles de traite d'esclaves¹. Cette intégration est manifestement motivée par la recherche d'une indépendance vis-à-vis du dehors, d'une interdépendance et autosuffisance africaine par le renforcement de leurs relations économiques². De l'organisation de l'unité Africaine (OUA), Union Africaine (UA), on voit à travers multiples initiatives une volonté des dirigeants africains de sortir le continent de la misère, de l'isolement et de la marginalisation dont il fait l'objet sur la scène internationale. Ceci afin de le positionner comme acteur déterminant, plutôt qu'un objet des relations internationales. Car, à la base, l'idéologie panafricaine était de regrouper le continent africain autour d'un idéal commun aussi bien sur le plan économique que politique. C'est dans cette mouvance qu'il faut inscrire le contexte d'action des États enclavés du Sahel dans le processus de la zone de libre-échange continentale (ZLECAf). Lancée lors du 25^e Sommet de l'UA en juin 2015, la ZLECAf est une politique pensée pour conduire l'Afrique vers son intégration et son autonomie « totale » dans le contexte actuel de la mondialisation. Cette zone de libre-échange (ZLE) vise à établir un marché unique libéralisé et la réduction des tarifs douaniers pour 90 % des produits à l'échelle du continent pour les biens et services, incluant la libre circulation des personnes et des capitaux. La signature de l'accord officialisant sa création a eu lieu à Kigali en 2018³ puis entrée en vigueur en mai 2019 à Niamey au Niger⁴. Son architecture est construite autour de plusieurs protocoles dont le protocole sur le commerce des marchandises, le protocole sur le commerce des services et le protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends⁵. Rappelons toutefois que, même si l'opérationnalisation de cette ZLECAf « est la plus rapide de toute l'histoire des négociations au sein de l'organisation continentale africaine »⁶, la volonté des États à l'origine de la ZLECAf est

¹ PONDJI (J-E), « L'évolution de l'idéal panafricain sur le continent depuis 1963 », in KAMTO (M), et al., *L'OUA : Rétrospective et Perspectives africaines*, Paris, Economica, 1990, p. 117.

² Voir à ce sujet les dispositions préambulaires de la Charte de l'OUA et de l'Acte constitutif de l'UA.

³ Voir Union Africaine, « Décisions, Déclarations et Résolutions de la 18^e Session de la Conférence ordinaire de l'Union », Kigali, 21 mars 2018.

⁴ Voir Union Africaine, « Décisions, Déclarations et Résolutions de la 12^e Session de la Conférence extraordinaire de l'Union », Niamey, du 7 juin 2019.

⁵ Cf. Accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine.

⁶ Affirmation du Président nigérien Mahamadou ISSOUFOU à l'ouverture du sommet sur la ZLECAf, Niamey, le 7 juillet 2019. [En ligne], sur URL : <https://au.int>. Consulté le 01/02/2022 à 14h 09.

dynamique et complexe dans sa construction. Quoiqu'on dise, la construction de la zone de libre-échange continentale est un processus qui a vu l'implication et la participation de tous les États africains regroupés au sein de l'UA. L'engagement des États enclavés retient particulièrement notre attention au regard de leur situation géographique qui, pour plus d'un, ne serait pas à leur avantage à cause de l'enclavement. Cet article vise à analyser la participation desdits États à la construction de la ZLECAf à partir de la question suivante : comment les États enclavés du sahel contribuent-ils à la construction de la ZLECAf ? Il postule que les États enclavés du sahel contribuent à la construction de ce processus au travers des attitudes discursives et normatives dans une logique constructive et bénéfique aux parties.

Le corpus méthodologique de cette réflexion s'appuiera sur le constructivisme et l'enquête de terrain renforcée par des entretiens. Le constructivisme étant cette approche qui prend en compte la signification et la dimension « *performative* » du discours, nous permettra de rendre compte du rôle des États dans la construction de la ZLECAf, c'est-à-dire, faire remarquer que la ZLECAf n'a pas de sens « *en soi* », mais qu'elle est construite socialement par les États à travers leurs représentants. Car au regard de sa trajectoire, la ZLECAf est en partie déterminée et construite par des structures cognitives et les récits⁷ des acteurs notamment les États et/ou leurs représentants (I). Quant à la dimension normative, elle nous permettra de montrer que les États sont aussi les principaux acteurs de construction et de diffusion des normes sur la ZLECAf (II).

I- LA PARTICIPATION DES ETATS ENCLAVES DU SAHEL A LA CONSTRUCTION COGNITIVE DE LA ZLECAf

Pour les constructivistes, le système international est en partie construit par des « pratiques cognitives » des acteurs⁸. Les idées et croyances, l'attachement émotif à une culture identitaire, l'acceptation ou rejet des normes créées par les régimes internationaux, sont ainsi des variables explicatives de la construction de la réalité⁹. Comme quoi, la réalité sociale est d'abord

⁷ Les récits sont définis comme « *des scénarios qui ont moins pour objet de dire ce qui devrait arriver, que ce qui va arriver si les événements surviennent ou si les situations évoluent comme prévu* », KÜBLER (D), DE MAILLARD (J), *Analyser les politiques publiques*, Grenoble, PUG, 2009, p. 165.

⁸ ÉTHIER (D), *Introduction aux Relations internationales*, 4^e éd., Montréal, PUM, 2010, pp. 15-74.

⁹ *Ibid.*

« intersubjective »¹⁰ et dépend du sens que lui donnent les acteurs¹¹. Cela peut se justifier dans les attitudes discursives des différents acteurs qui ont concouru à la construction de la ZLECAf, car ils mobilisent l'instrument discursif pour exprimer leurs idées et croyances, leurs aspirations et attachement à la culture identitaire africaine commune, et parfois leur rejet des normes créées par les régimes commerciaux internationaux qui leur sont défavorables (A). Le rejet desdites normes par l'instrument discursif a produit des effets performatifs en ce qu'il a façonné les pratiques et a conduit à la constitution de la ZLECAf (B).

A- La construction discursive de la ZLECAf par les États enclavés du sahel

Qu'il soit sous sa forme orale ou écrite, le discours est le principal médium des actions et interactions des acteurs sociaux. Car, « les décideurs politiques, les gestionnaires publics (...) ont en effet fait recours au langage pour faire entendre leur voix, c'est-à-dire pour se positionner face à leurs adversaires, pour défendre leurs intérêts, et pour tenter d'influencer [les institutions] »¹². Relativement à la tradition aristotélicienne, le discours est constitutif du fait politique¹³. Il est mobilisé par les États-acteurs-dirigeants comme un instrument d'action et d'interaction, mais aussi comme un moyen d'agir et d'interagir. Ainsi, comme toute réalité sociale, la ZLECAf est le fruit d'une construction discursive des acteurs qui multiplient des actions moins pratiques, mais qui étaient essentielles à son essence. Si pour les constructivistes les réalités sociales sont appréhendées comme des constructions historiques et quotidiennes des acteurs individuels et collectifs en ce sens où l'action des États dans une structure est construite à partir des *pré-constructions passées*¹⁴, il est d'autant plus pertinent d'observer que, l'idée de construire une union économique continentale en Afrique est datée. Elle est consécutive à la création de la première organisation africaine de par les

¹⁰ ONUF (N) et WENDT (A), cité par BATTISTELLA (D), *Théorie des Relations internationales*, Paris, PFNSP, 2003, p. 272.

¹¹ NOUR TANNOUS (M), PACREAU (X), *Les Relations Internationales*, Paris, La Documentation Française, 2020. Consulté en ligne <https://www.vie-publique.fr/fiches/269844-theories-relations-internationales-realiste-liberale-constructiviste>, le 19/01/2022.

¹² DAIGNEAULT (P-M), PETRY (F) (dir.), *L'analyse textuelle des idées, du discours et des pratiques politiques*, CAPP, Presses de l'Université Laval, 2017, p. 1.

¹³ SCHMIDT (V), CRESPIY (A), cité par BOUSSAGUET (L) et al., *Dictionnaire des politiques publiques*, Paris, P.F.N.S.P, 2014 (4e éd.), pp. 350-359.

¹⁴ PICARD (M-A), « Les nouvelles sociologies (Philippe CORCUFF) », [Compte rendu], *Réseaux, Communication, Technologie, Société*, N°75, 1996, pp. 202-203.

attitudes discursives observées chez les différents acteurs dont ceux du sahel (1). Cette volonté s'est poursuivie sous l'Union Africaine (2).

1- La construction discursive de l'Union économique africaine, un processus ancré dans la formation de la première organisation africaine -OUA-

Page | 451

Le discours politique étant une démonstration d'autorité et une indication d'un idéal collectif¹⁵, l'on est amené à constater avec la création de la ZLECAf qu'il a participé (et participe encore) à la (re)reconstruction d'un *ordre de priorités*. Autant dire, la ZLECAf est une construction des États parmi lesquels ceux du sahel qui s'illustrent par leur volonté d'apporter des réponses aux attentes des masses populaires africaines. Sa construction débute avec la création de l'OUA à travers les deux tendances en présence aux discours divergents¹⁶. En effet, pratiquement tous les États sont d'accord quant à la création d'une union économique africaine, mais c'est la démarche qui divise. Alors que la tendance maximaliste tient un discours en faveur d'une unité politique comme préalable à l'Union économique continentale, celle minimaliste prônait plutôt le contraire. Il est donc indispensable de passer en revue ces deux options, en ce sens qu'elles ont marqué et façonné la construction d'espaces régionaux et sous-régionaux de libre-échange en Afrique.

- **La construction discursive maximaliste**

De prime à bord, rappelons que dans les discours des acteurs maximalistes, l'on ne voit nulle part une opposition à la création d'une union économique continentale des États pour le libre-échange ; sauf qu'ils privilégient *apriori* l'Union politique de l'Afrique. Les discours maximalistes de l'unité africaine sont d'inclination politique. Pour les leaders du groupe de Casablanca « *unioniste* », les pays africains ne peuvent guère se développer sur la base des nationalismes étriqués. Entrepreneurs d'une intégration politique continentale, ils défendent l'idée d'une union politique africaine comme condition préalable de création des structures économiques, indispensables au développement et à la survie de l'Afrique en tant qu'entité et nation autonomes. Ce groupe regroupait en son sein les chefs d'États dits « *progressistes* » à l'instar de Modibo KÉÏTA du Mali, Kwamé NKRUMAH, Sékou TOURÉ, le Roi Hassan II, Gamal Abdel NASSER et Ahmed Ben BELLA,

¹⁵ LAKEHAL (M), *Dictionnaire de science politique*, 4e éd., Paris, L'Harmattan, 2009, p. 141.

¹⁶ Voir ZERBO (Y), « « La problématique de l'unité africaine. (1958-1963) », *Guerres mondiales et conflits contemporains*, n° 212, 2003, p. 113-127.

respectivement du Ghana, de la Guinée, du Maroc¹⁷, de la République Arabe Unie d’Egypte et de l’Algérie. Ils sont considérés comme « *maximalistes* » en raison de ce que leurs discours privilégiaient la constitution d’une sorte des « *États-Unis d’Afrique* », une construction sur le modèle américain.

Du côté malien, à travers ses discours politiques, M. KÉÏTA incarne la cause de son pays le Mali par sa lutte pour l’Union continentale. Dans sa quête de l’unité africaine, M. KÉÏTA fait passer la cause africaine avant la souveraineté de son pays. Il suffit pour preuve de jeter un regard sur son discours le plus marquant du 24 mai 1963 à Addis-Abeba à l’occasion de la création de l’OUA dont voici la teneur : « *au nom des peuples qui ont leur confiance en nous pour les guider vers leur unité, au nom de l’humanité à qui notre rencontre redonne un nouvel espoir, au nom aussi de notre honneur et notre fierté d’Africains, face à ceux qui continuent de nous dénier toute capacité de nous entendre, de nous diriger nous-mêmes, et d’élever en commun un édifice durable, la République du Mali apportera sa contribution positive, en ayant présentes à l’esprit ces obligations* »¹⁸. Ainsi, il se positionne comme leader-promoteur de l’unité et l’intégration africaine. Pour lui, « *pour promouvoir et construire l’Afrique Unie, nous nous laisserons hanter volontiers par les dangers que recèle une Afrique divisée. Il n’est pas possible de laisser subsister plus longtemps l’opposition savamment encouragée entre les groupes d’Etats (...)* »¹⁹. Dans sa posture maximaliste, M. KÉÏTA entend même dépasser les considérations territoriales et souverainistes. Car, « *l’on peut sans doute deviner la volonté du Mali de ne point exciper de la position privilégiée que lui confère l’article 48 de la Constitution du Mali qui prescrit l’abandon partiel ou total de souveraineté au profit de toute construction africaine viable (...). Il s’agit [là] de mettre en commun nos possibilités et nos potentialités, pour aller de l’avant* »²⁰.

La position du Mali trouve son sens dans la pensée du leader K. NKRUMAH²¹ selon laquelle, pour une réparation rapide des torts causés à l’Afrique, « *les jeunes États africains ont*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Discours prononcé par le premier Président malien Modibo KÉÏTA à la première conférence de l’OUA à Addis-Abeba le 24/05/1963. [En ligne], URL : <https://modibo-keita.site/discours-et-interventions-de-modibo-keita>. Consulté le 01/02/2022 à 7h 29 minutes.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ Même si le Ghana ne constitue pas notre cadre d’analyse, nous accordons y un intérêt particulier au regard de la position de son leader. Pour nous, il serait prétentieux que d’évoquer l’option maximaliste sans se référer, même en filigrane, à la personne de Kwamé NKRUMAH alors qu’il est le leader de cette tendance.

besoin d'une nation forte et unie, capable d'exercer une autorité centrale pour mobiliser l'effort national et coordonner la reconstruction et le progrès. (...) »²². Dans son discours intitulé « Un gouvernement de l'Union pour une Afrique unie » prononcé à l'OUA le 25 mai 1963, le Ghanéen « insistait sur la nécessité d'une unité politique immédiate du continent (dans un délai de 6 mois) et considérait que l'intégration progressive par étapes, prônée par la majorité de ses pairs, serait indubitablement un échec »²³. Cette position s'est vu controverser par les tendances minimalistes.

- ***La construction discursive minimaliste***

Si dans les discours maximalistes/progressistes l'Union politique de l'Afrique est un préalable, les tenants du discours minimaliste estiment plutôt que l'Union économique du continent est une condition préalable aux considérations maximalistes. C'est la tendance dite de « Monrovia », celle dont les tenants sont hostiles au gouvernement continental. Une hostilité qui s'expliquerait non seulement par les intérêts divergents des Chefs d'Etats²⁴, mais aussi « par le fait que dans leur grande majorité, ces pays qui n'avaient pas une conviction panafricaniste affirmée recevaient les ordres de Paris, Londres, Bruxelles ou Washington »²⁵. Signalons que dans ce groupe, figurent le Tchad de François TOMBALBAYE²⁶ et le Niger de Hamani DIORI²⁷. Car, « les partisans de l'intégration minimaliste, réunis au sein du « groupe de Monrovia », se recrutaient au sein des chefs d'Etat dits « modérés », tels que Léopold Sédar Senghor du Sénégal, Hamani Diori du Niger, [François TOMBALBAYE du Tchad] et Félix Houphouët-Boigny de Côte d'Ivoire, qui préféraient une intégration graduelle et ne voulaient pas d'une perte de souveraineté de leurs États respectifs »²⁸. Le Niger et le Tchad, seuls États enclavés du sahel dans ce groupe, ont milité pour que l'Union économique du continent soit un préalable. Dans la philosophie des défenseurs de la cause économique, si la politique économique est bien pensée, le reste s'en suivra naturellement. Ils étaient

²² NKRUH (K), *L'Afrique doit s'unir*, Paris, Présence africaine, 1994, p. 246.

²³ LECOUTRE (D), « Vers un gouvernement de l'Union africaine ? Maximalistes vs gradualistes », *Note de l'institut d'étude de Sécurité*, Paper 147, Juin 2007, p. 1.

²⁴ DIPAMA (W-V. A), « *La politique et la stratégie de l'organisation de l'unité Africaine-Union Africaine pour l'intégration et l'Union du continent 1963-2019* », Thèse de Doctorat en Histoire économique et Relations internationales, Université Joseph Ki-ZERBO, Ouagadougou, 2021, p. 101.

²⁵ ADUAYOM (A. M), cité par DIPAMA (W-V. A), *op.cit.*, p. 101.

²⁶ TOMBALBAYE François (1918-1975) est un homme d'Etat tchadien, figure de l'indépendance et premier Président de la République du Tchad en 1960.

²⁷ DIORI Hamani est un homme d'Etat nigérien. Figure de l'indépendance du pays et premier Président de la République en 1960, né le 6 juin 1916 à Soudouré et mort le 23 avril 1989 à Rabat. Voir biographie DIORI Hamani, sur <https://www.jesuismort.com/tombe/hamani-diori#general>, consulté le 01/02/2022 à 13h 28 minutes.

²⁸ GAZIBO (M), *Introduction à la politique africaine*, Montréal, PUM, 2010, p. 239.

alors défavorables à tous processus de fédération ou de confédération. Pour le nigérien, toute forme institutionnelle continentale rigide semble prématurée, car, selon lui, il ne faut pas perdre de vue de la grande diversité de l'Afrique pour penser une union politique du continent. Ainsi dit-il : « Une vision réaliste de la conjoncture africaine nous permet de percevoir cette première évidence : la grande diversité des situations à l'intérieur du continent qui est le nôtre. Peuples de race noire, blanche, brune, aux modes de vie, aux langues, aux croyances ethniques très différentes, alternativement séparés, opposés, confrontés, parfois même regroupés par les accidents de l'histoire »²⁹. Selon ce dernier, « si l'on veut vraiment s'unir, c'est à travers l'unification économique qu'on y parviendra. Rien de dynamique ne pourrait se faire sans une économie forte. Bien que c'est la politique qui fait l'économie, n'oublions pas que nos États ont leurs réalités, nos populations aussi. Celles-ci ne s'intéressent guère à la forme de leur État ni à la situation politique du continent lorsqu'il s'agit de subvenir à leur besoins sociaux quotidiens, mais plutôt à comment subvenir à ces besoins quotidiens inhérents à tous individus »³⁰. Au regard de la position de Hamani DIORI, et en faisant un parallèle avec l'engagement actuel du Niger dans le processus de la ZLECAf, on peut constater que ce pays a jusque-là défendu et réconforté sa position de départ. En tout état de cause, au regard de la prolifération des organisations (sous)régionales et les tendances ayant conduit à la création de la ZLECAf, on peut affirmer sans risque de se tromper que l'option adoptée est celle dite minimaliste/gradualiste.

Les attitudes discursives des États suivent leur cours même sous l'Union Africaine.

2- Les attitudes discursives structurant la construction de la ZLECAf sous l'Union Africaine

L'attitude discursive est « un moyen mis en œuvre par un locuteur afin d'agir sur son environnement en l'informant de quelque chose, en lui demandant quelque chose, en l'incitant à faire ou à ne pas faire une chose et en le convaincant de faire ou de ne pas faire une chose »³¹. Cette approche est au cœur des actions des acteurs, parmi lesquels le Président Mahamadou ISSOUFOU qui

²⁹ Propos du Président Hamani DIORI cité par DIPAMA (W-V. A), *op.cit.*, p. 98.

³⁰ *Ibid.*

³¹ PONTBRLAND (J), *Le processus de construction de normes internationales pour la reconnaissance du droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit international des droits de l'homme et de violations graves du droit international humanitaire*, Mémoire de Maîtrise en Sc. po, Université du Québec à Montréal, février 2010, p. 17.

a joué un rôle déterminant au cours des négociations en marge de la création de la ZLECAf. Selon le S.G de la ZLECAf Mene WAMKELE, « *sans le leadership du Président Mahamadou ISSOUFOU et celui du Niger, la ZLECAf n'aurait pas réussi* »³².

Nous nous intéresserons aux attitudes discursives des acteurs qui sont favorables à la ZLECAf et légitiment le projet des pionniers de l'OUA/UA.

- ***Les attitudes discursives des acteurs publics favorables à la ZLECAf***

Dans plusieurs discours, les représentants des États essaient de convaincre de la nécessité d'adopter la ZLECAf. Ainsi, à l'occasion du lancement des échanges commerciaux de la ZLECAf, le Président ISSOUFOU déclare : « *Je demande à tous les africains, jeunes ou vieux, femmes ou hommes de s'approprier notre commune ambition de réaliser l'Afrique que nous voulons, une Afrique en paix, unie, prospère (...)* »³³. Dans le même sens que ses homologues sahéliens, l'ex-chef d'Etat burkinabé, Roch Marc Christian KABORÉ, s'est fait remarquer par sa position favorable à la ZLECAf. Lors du 5^e Forum International Afrique Développement à Casablanca, il a plaidé en faveur de la ZLECAf et a appelé à « *concrétiser le projet de ZLEC, pour accélérer la libre circulation des personnes et des biens* »³⁴. On a aussi remarqué son engagement lors de sa visite au Gabon en 2021, il appelle son homologue gabonais à « *ménager tous les efforts pour concrétiser l'ambitieux projet de l'Union en donnant des instructions à leurs ministres en charge des Affaires étrangères, de se mettre à la tâche, pour la réussite de la ZLECAf et dégager leurs priorités* »³⁵. Car, « *l'Afrique a le potentiel nécessaire pour se satisfaire et se suffire elle-même, il faut juste de la volonté politique des différents pays africains afin que ce marché africain soit une réalité* »³⁶.

³² C'est en ces termes que le Secrétaire Général de la ZLECAf s'est exprimé à la sortie d'un entretien qu'il a eu avec le chef de l'Etat nigérien Mohamed BAZOUM le 22 mars 2021. Propos rapporté par l'organe de presse Niger News le 23/03/2021, URL : <https://niger-news.com>. Consulté le 30 Janvier 2022 à 16h 34 minutes.

³³ Discours du Président nigérien Mahamadou ISSOUFOU à l'occasion de la Cérémonie de lancement du démarrage des échanges commerciaux de la ZLECAf le 1^{er} janvier 2021.

³⁴ SIDIGUITIEBE (C), « À Casablanca, le président burkinabé plaide pour une zone de libre-échange continentale », dans *Telquel-économie*, Mars 2017, [En ligne] sur <https://telquel.ma>. Consulté le 15/08/2022.

³⁵ Extrait des Propos du Président R. M. KABORÉ lors du tête-à-tête avec Ali Bongo à Libreville le 26/02/2021.

³⁶ Propos du Président du Faso, Roch Marc Christian KABORÉ, face à la presse burkinabè, Direction de la Communication de la présidence du Faso, 2019.

Du côté du Tchad, en félicitant l'initiative, le Président Idriss DEBY ITNO a rassuré, au cours du sommet extraordinaire de l'UA au Niger, de la position favorable des États du Sahel : « *Nous les États membres de la CEN-SAD sommes pleinement engagés pour jouer notre partition dans l'atteinte de l'ensemble des objectifs fixés dans le cadre de l'agenda 2063 de l'Union Africaine pour faire de l'Afrique un continent ingéré, prospère et en paix* »³⁷. Selon lui, « *c'est un truisme que de rappeler l'importance d'une telle initiative, d'où la nécessité de saluer l'avancée majeure dans l'engagement collectif des États africains dans la voie de l'intégration économique du continent comme gage de développement et de prospérité* »³⁸.

Pour sa part, le Président M. ISSOUFOU, conscient des efforts à fournir, en sa qualité de leader désigné de la ZLECAf, a multiplié des actions discursives dans plusieurs circonstances pour convaincre la communauté africaine à s'appropriier le projet continental. Lors d'un entretien, il laisse entendre : « *il faut que les citoyens [africains] s'approprient le projet, de même que les leaders économiques. (...) À ce titre il y a encore un travail de sensibilisation à faire au niveau de l'opinion publique (...) pour que [tout le monde] adhère pleinement à cette zone de libre-échange* »³⁹. Poursuit-il : « *J'appelle tous les États membres de l'UA à signer et à ratifier l'Accord établissant la ZLECAf afin que grâce au marché unique ainsi créé soient attirés des investissements accrus essentiels à la création d'emplois (...)* »⁴⁰. Car, « *si l'on dit que l'Union fait la force, c'est bien un argument supplémentaire pour accélérer le processus de la ZLECAf* »⁴¹. Selon ce dernier, si l'entrée en vigueur de la ZLECAf est la plus rapide de toute l'histoire des négociations au sein de l'OUA/UA, « *cela prouve, s'il en est besoin, l'intérêt que nos peuples et nos États attachent à l'accroissement des échanges intra-africains (...)* »⁴². Dans ce processus, le Niger semble garder sa proposition de départ incarnée par ses représentants à la naissance de l'OUA. Les propos du Président ISSOUFOU illustrent bien lorsqu'il dit, « *le peuple Nigérien est profondément*

³⁷ AL WIHDA Info, « Zone libre échange : Idriss Déby inquiet du sort des pays enclavés et vulnérables », *Info Alwihda*, 8 Juillet 2019. En ligne] sur URL : <https://www.alwihdainfo.com>. Consulté le 17/08/2022.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Propos du Président M. ISSOUFOU cité par RAS (R), « La zone de libre-échange continentale. L'objectif c'est janvier 2019 selon M. ISSOUFOU », *Jeune Afrique*, Mars 2018, [En ligne] sur URL : <https://www.jeuneafrique.com>. Consulté le 30/07/2022.

⁴⁰ Allocution de SEM. M. ISSOUFOU, Session de haut niveau - semaine de l'industrialisation de l'Afrique.

⁴¹ Discours de S.E.M. Mahamadou ISSOUFOU à l'occasion du Webinaire de Haut niveau : Post Covid-19 – Relation d'Affaires Afrique-Canada.

⁴² Discours du Président M. ISSOUFOU à l'ouverture du 12^e Sommet Extraordinaire de l'UA sur la ZLECAf, Niamey, le 7 juillet 2019, p. 5. Disponible sur le site de l'UA, URL : <https://au.int/>. Consulté le 01/02/2022.

attaché aux valeurs panafricaines parce qu'il est convaincu que l'unité africaine est la seule voie qui permettra d'assurer la renaissance, la dignité et le progrès pour chacun de nos pays et pour l'ensemble du continent. Voilà pourquoi le Niger, représenté par son premier Président, le Président Diouri Hamani, fut, en 1963, parmi les membres fondateurs de l'organisation de l'Unité Africaine (OUA). Voilà pourquoi un de ses enfants, Monsieur Idé Oumarou, soutenu par le Général Seyni Kountché, en fut Secrétaire Général de 1985 à 1989. En fin, voilà pourquoi j'ai accepté l'honneur que vous m'avez fait (...), d'être champion de la zone de libre-échange continentale africaine »⁴³.

Ces différentes postures amènent à remarquer que certains acteurs légitiment le projet des « leaders » fondateurs de l'UA.

- ***Une construction discursive légitimant le projet des pionniers de l'OUA/UA***

Nombre de dirigeants des pays faisant l'objet d'étude montrent que leur posture s'inscrit dans la continuité de la dynamique panafricaine amorcée par les leaders-précurseurs de l'OUA/UA. Pour le Niger, si ce pays se trouve en première ligne de ce processus, c'est parce que « *le peuple Nigérien est profondément attaché aux valeurs du panafricanisme, valeurs qui ont été portées par plusieurs générations de panafricanistes (...)* »⁴⁴.

En ce qui concerne le Tchad, le Président DÉBY a rappelé combien il est important pour lui et pour son pays de contribuer au parachèvement du projet panafricain cher aux pères fondateurs de l'organisation continentale africaine. Selon ses termes, « *participer à la mise en place d'une telle structure, c'est accorder du crédit aux initiatives des leaders panafricains qui ont bien pensé que l'Union africaine est la seule voie pour la libéralisation et l'indépendance des États* »⁴⁵. Ce dernier rappelle qu'une telle attitude est de nature à légitimer et à saluer les multiples efforts des leaders panafricains au profit de la construction d'un marché africain⁴⁶. Dans le même sens que son homologue tchadien et en se réjouissant de l'initiative, le Président burkinabè n'a pas manqué d'affirmer que, « *la création de la ZLECAf est une grande victoire et historique pour l'Afrique, elle est une concrétisation d'une vision des pères fondateurs de l'UA* »⁴⁷. Du côté malien, on a remarqué les mêmes attitudes de la part des acteurs politiques. Le Ministre de l'intégration

⁴³ Allocution du Président ISSOUFOU au 12^e Sommet Extraordinaire de l'UA sur la ZLECAf, *op.cit.*

⁴⁴ Allocution du Président ISSOUFOU au 12^e Sommet Extraordinaire de l'UA sur la ZLECAf, *op.cit.*

⁴⁵ Propos tenus à l'occasion du Sommet de l'Union Africaine tenu à Kigali au Rwanda en 2018.

⁴⁶ AL WIHDA (I), *op.cit.*

⁴⁷ Propos du Président du Faso, Roch Marc Christian KABORÉ, face à la presse burkinabè, Direction de la Communication de la présidence du Faso, 2019.

africaine qui affirme que « *le Mali est particulièrement heureux de participer à l'accomplissement du légitime vieux rêve africain que les pères fondateurs de l'Union africaine ont voulu pour l'Afrique, notamment l'intégration continentale à travers un seul marché commun* »⁴⁸.

En effet, à force d'être répétés, les discours ont produit des effets performatifs, en ce sens qu'ils façonnent les pratiques des États et ont conduit à la constitution de la ZLECAf.

B- La constitution de la zone de libre-échange continentale

Toutes réalités internationales étant « *co-constituées* »⁴⁹, on est tenté d'affirmer que la ZLECAf est une construction/constitution des États dont on trouve ses prémices dans le rassemblement d'Abuja (1), quoique les aspirations soient définies sous l'égide de l'UA (2).

1- Les prémices de zone de libre-échange continentale africaine

De prime abord, rappelons que dans la dynamique constructive de l'unification économique africaine par les leaders (pan)africains, l'on ne voit nulle part mentionner la notion de « *zone libre-échange continentale africaine* ». L'idée s'est exprimée à travers la (re)construction des Communautés Économiques Régionales (CERs), à la suite de l'adoption du Traité d'Abuja instituant la Communauté Économique Africaine (CEA), où il a été mentionné pour la première fois l'idée du *marché commun africain*. Cette volonté s'est traduite par la construction de la zone de libre-échange tripartite, CAE⁵⁰-COMESA⁵¹-SADC⁵², considérée par les États comme le pilier définitionnel de la ZLECAf.

- ***De l'institution de la CEA à la construction/reconstruction des CERs***

⁴⁸ Propos de Me BABER Gano, Ministre de l'intégration africaine du Mali, lors du 12^e Sommet de l'Union africaine au Niger. Voir ORTM, « Sommet UA : Le Mali va se préparer à l'avènement de la zone de libre-échange continentale », in <https://www.dailymotion.com>, consulté le 12/07/2021.

⁴⁹ Pour les constructivistes comme KATZENSTEIN, KEOHANE et KRASNER, la réalité des relations internationales est construite ou « *co-constituée* » par l'interaction des comportements individuels et des institutions. Les structures ou institutions déterminent les identités, les intérêts et le comportement des individus mais ces derniers à leur tour créent, reproduisent et changent les structures institutionnelles de la société internationale. Lire à ce sujet ÉTHIER (D), *op.cit.* ; BATTISTELLA (D), *op.cit.*

⁵⁰ Communauté de l'Afrique de l'Est.

⁵¹ *Common Market for Eastern and Southern Africa*, (le Marché commun de l'Afrique orientale et australe).

⁵² *Southern African Development Community* (la Communauté du Développement de l'Afrique Australe).

Selon le programme 2063 de l'UA, c'est plus précisément à partir du Traité d'Abuja que les États posent les bases de la création d'une CEA⁵³. Celle-ci permettrait d'intégrer pleinement les économies des États membres de l'UA pour créer une institution économique continentale ayant pour objectif la transformation de toutes les économies du continent en une seule union économique et monétaire, avec une monnaie commune, la libre circulation des capitaux et des travailleurs⁵⁴. En effet, l'institution de la CEA à la suite du rassemblement d'Abuja avait en définitive pour finalité de créer un marché commun africain en utilisant les CERs comme éléments de base pour y parvenir⁵⁵. En tant que piliers de l'UA, les CERs sont des regroupements régionaux d'États africains ayant pour but de faciliter l'intégration économique régionale entre les membres de chacune des régions et au sein de la CEA⁵⁶. Toutes ont été constituées avant le lancement de l'UA et elles se sont développées individuellement avec des rôles et des structures différentes⁵⁷. En créant les CERs, les États posaient déjà les bases de la création d'un espace de libre-échange continentale⁵⁸. Car, « *en tant que composantes de l'intégration économique africaine, les CERs poursuivent un objectif graduel pour parvenir à la création d'une zone de libre-échange, une union douanière, un marché commun et enfin une union monétaire et économique* »⁵⁹. Pour ce faire, il est demandé aux États de créer des CERs dans les régions où elles n'existent pas⁶⁰, ce qui est une étape indispensable à l'aboutissement du processus. Pendant ce temps, dans les cinq grandes régions africaines (Nord, Est, Ouest, Centre et Sud), on constate d'une part qu'en Afrique du nord, il y a l'Union du Maghreb Arabe (UMA) qui se limite à cinq membres et n'inclut pas l'Égypte⁶¹. D'autre part, l'Afrique orientale et l'Afrique australe ne disposent pas encore d'une CER ; par conséquent, les États devraient contribuer à en créer⁶². D'où le bien-fondé de la construction de la ZLE tripartite CAE-COMESA-SADC, pilier de la ZLECAF.

⁵³ Union Africaine, *Agenda 2063 : l'Afrique que nous voulons*, Addis-Abeba, Mai 2014, 118 p.

⁵⁴ Union Africaine, *Résumé analytique du rapport sur l'État de l'intégration régionale en Afrique*, Février 2019, p. 1.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ Union Africaine, *Communautés Économiques Régionales*, Addis-Abeba, [En ligne] sur URL : <https://au.int/fr/organes/cer>, consulté le 30/06/2022 à 12h 44.

⁵⁷ Union Africaine, *Communautés Économiques Régionales*, *op.cit.*

⁵⁸ Union Africaine, *Indice de l'intégration régionale en Afrique*, Rapport 2022.

⁵⁹ CAPC, *Les processus de création du marché commun africain : une vue d'ensemble*, Commission Économique pour l'Afrique, Juin 2004, p. 2.

⁶⁰ MAHIOU (A), « La Communauté économique africaine », in *Annuaire français de droit international*, Vol. 39, 1993, pp. 798- 819.

⁶¹ MAHIOU (A), *op.cit.*, p. 801.

⁶² *Ibid.*

- ***La construction de la zone de libre-échange tripartite CAE-COMESA-SADC, pilier définitionnel de la zone de libre-échange continentale africaine***

C'est l'étape préliminaire au processus de la ZLECAF qui doit regrouper en plus de la zone tripartite, l'Afrique centrale et l'Afrique de l'Ouest. La zone tripartite vise à rapprocher les zones de libre-échange du COMESA, de la CAE et de la SADC. En effet, l'entrée en vigueur de la zone de libre-échange tripartite suppose qu'elle reste ouverte à d'autres pays de l'UA⁶³, ce qui était considéré comme un point de départ vers la ZLECAF eu égard à la taille et la composition de ce marché⁶⁴. Selon l'UA, on ne pourrait définir ou parler de la ZLECAF sans prendre en compte la zone de libre-échange tripartite CAE-COMESA-SADC, qui constitue un des principaux piliers de cette structure. Car, « *la création d'une ZLEC est également impulsée d'autre part par la décision prise en juin 2011 des chefs d'Etat et du gouvernement des États membres du COMESA, de la CAE et de la SADC d'établir pour 2014 une zone de libre-échange tripartite qui englobera les 27 États membres de ces trois CERs, soit près de la moitié des pays membres de l'UA* »⁶⁵. D'où l'intérêt de la constitution de la ZLECAF aux aspirations diverses et variées.

2- La définition des aspirations de la zone de libre-échange continentale africaine

Eu égard aux aspirations et à la définition qu'en donnent les États, au-delà d'être un simple espace d'échanges des biens et services, la zone de libre-échange continentale africaine est non seulement un processus d'intégration continentale à long terme, mais aussi un processus d'intégration continentale aux multiples facettes.

- ***La ZLECAF, un processus d'intégration continentale africaine à long terme***

Parler de la ZLECAF comme un processus d'intégration à long terme, c'est reconforter la place qui lui est conférée par l'ensemble des États de l'UA y compris ceux du sahel. Car, pour les dirigeants africains, sa création constitue une première étape vers l'objectif à long terme d'une

⁶³ CRECK (B. M), « Quel futur pour la zone de libre-échange tripartite à la lumière des enseignements tirés de la Communauté de l'Afrique de l'Est ? », *Organisation Mondiale des Douanes*, [En ligne] disponible sur URL : <https://mag.wcoomd.org>. Consulté le 02/06/2022 à 11h 15 minutes.

⁶⁴ Ce dernier « regroupe 26 pays africains, comptant 530 millions d'habitants pour un produit intérieur brut total de 630 milliards de dollars des États-Unis et représentant plus de 50% de la production économique de l'Afrique. Cette initiative a de fait ravivé l'intérêt porté par les responsables africains à un plus grand élargissement de la zone de libre-échange continentale ». Commission Économique pour l'Afrique, *État de l'intégration régionale en Afrique V. Vers une zone de libre-échange continentale africaine*, Addis-Abeba, 2012, 160 p.

⁶⁵ Voir SIDIBE (O), « La zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAF) : Présentation, enjeux, défis et Avenir », *IOSR Journal Of Humanities And Social Science*, Vol.24, Issue 6, Juin 2019, pp. 09-23.

CEA⁶⁶. La ZLECAf s'inscrit alors dans leur volonté de participer à la construction de l'intégration du continent, laquelle volonté s'est matérialisée dans l'Agenda 2063. Cet Agenda englobe non seulement leurs aspirations pour l'avenir, mais identifie également les activités clés à entreprendre ainsi que les principaux programmes phares qui peuvent stimuler la croissance économique et le développement de l'Afrique et conduire à la transformation rapide du continent⁶⁷. De ces activités et programmes, se trouve la ZLECAf. Elle est définie comme un instrument d'action collective permettant de réaliser à long terme les aspirations et les programmes phares institués dans l'agenda⁶⁸. Elle constitue un tremplin pour leurs ambitions grâce à ses dividendes : celles-ci renvoient aux bénéfices et/ou bienfaits de l'intégration. Car, selon la Banque Africaine de Développement, « *les dividendes de l'intégration à l'aune de la ZLECAf devraient, à terme, permettre aux États de se nourrir eux-mêmes, alors qu'ils importent actuellement plus de 30 Milliards US en produits alimentaires chaque année* »⁶⁹. Avec sa création, « *les États comptent créer un bloc commercial qui devrait générer un PIB estimé à plus de 3.000 milliards de dollars et permettre la création de 300.000 emplois directs et plus de 2 millions d'emplois indirects. L'UA estime que la ZLEC permettra d'augmenter de près de 60% d'ici à 2022 le commerce intra-africain* »⁷⁰. Elle est alors considérée comme un outil politico-économique du développement durable. Car les États conçoivent la ZLECAf comme cet instrument qui leur permet de réaliser leurs objectifs sans nécessairement faire des matières premières les seules sources de revenus et de création de richesse⁷¹. Le développement durable ici, tel que défini dans le rapport Brundtland, répond aux besoins du présent sans toutefois compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs.

Au-delà de ces considérations, la ZLECAf reste un processus aux multiples facettes.

- ***La ZLECAf, un processus d'intégration aux multiples facettes***

⁶⁶ Entretien avec KOURMA Abakar Kourma, Directeur Union Africaine et intégration continentale au Ministère des affaires étrangères du Tchad, effectué le 07 Octobre 2022 à Ndjama.

⁶⁷ Voir pour détails, Union Africaine, *Agenda 2063, vue d'ensemble*, Addis-Abeba, 2015.

⁶⁸ Voir GAMBOTTI (C), « Comprendre les enjeux de l'agenda 2063 », *Géoéconomie*, vol. 76, N°4, 2015, pp. 127-128 pour ce qui concerne les piliers de l'agenda 2063.

⁶⁹ BAD, « Intégration africaine : un levier prioritaire de croissance économique pour la Banque africaine de développement », mis en ligne le 02/02/2021. Consulter le 30/07/2022 sur URL : <https://www.afdb.org>. Consulté le 10/11/2022.

⁷⁰ MARTOR (B), « ZLECAf : un marché commun continental africain sur les rails ? », *Revue Juridique et Politique*, 2020, N° 2, pp. 131-139.

⁷¹ Entretien avec MAHAMAN BALARABE Maman Laminou, Directeur Général du Commerce et Négociateur en chef du Niger pour la ZLECAf, effectué le 24/08/2022 à Niamey.

Fondamentalement, les ZLE africaines sont avant tout des instruments de facilitation de l'intégration africaine⁷². Car l'idée qui s'y dégage est de « *mettre en place un vaste marché commun entre les 55 États africains, du Nord au Sud et de l'Est à l'Ouest en s'appuyant sur les différentes CERs actuellement existantes reconnues par l'UA, à savoir l'UMA, le COMESA, la CEN-SAD, la CAE, la CEEAC, la CEDEAO, l'IGAD, et la SADC* »⁷³. Mais, la définition que les États donnent à la ZLECAf va au-delà de la dimension libre-échangiste. Ils y voient en la ZLECAf cet instrument politico-économique dont il faut se servir pour atteindre la vision 2063 *l'Afrique que nous voulons à l'horizon*. Si la ZLECAf est perçue comme un processus aux multiples facettes, c'est aussi parce que ses objectifs se recoupent avec les aspirations des États définies dans l'agenda⁷⁴. Eu égard à la définition donnée ci-haut, on s'aperçoit qu'au-delà de sa dimension économique, la ZLECAf est considérée comme un instrument de promotion de légalité de genres. Il est question de tirer parti de la ZLECAf pour accélérer l'autonomisation économique des femmes en étant un maillon essentiel de ladite égalité⁷⁵. Rien ne se faisant sans règles, les États ont tenu à élaborer des normes en la matière, non seulement pour instituer cette structure, mais également pour la réguler.

II-LA PARTICIPATION DES ETATS ENCLAVES DU SAHEL A LA CONSTRUCTION NORMATIVE DE LA ZLECAf

Toute action organisée exige des règles, même si elles n'ont pas toutes le même contenu ni la même signification⁷⁶. Autant, toutes politiques publiques, nationales ou internationales, sont d'abord un ensemble de décisions formalisées dont la forme la plus noble est un texte de loi, c'est-à-dire la norme⁷⁷. Celle-ci est définie comme un mode de comportement approprié pour un acteur

⁷² RIEBER (A), THI ANH-DAO (T), « Intégration régionale sud-sud et répartition intra-zone des activités », *Revue Économique*, Vol. 55, 2004, pp. 41-64.

⁷³ KALIEU ELONGO (Y. R), « Comprendre la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf) », in *Je m'entretiens*, blog personnel, le 02 Juillet 2020, [En ligne], <https://kalieu-elongo.com>. Consulté le 30/07/2022.

⁷⁴ Voir Union Africaine, *Agenda 2063. L'Afrique que nous voulons*, Addis-Abeba, CUA, Éd. Final, 2015.

⁷⁵ HASHAM (N), MOYU' TAGNE (Y), « Genre et ZLECAf », Webinaire-CEA, 4 Janvier 2021, p. 5.

⁷⁶ CROZIER (M), FRIEDBERG (E), *L'acteur et le système. Les contraintes de l'action collective*, Paris, Éditions Seuil, 1981, pp. 200-201.

⁷⁷ LASCOUMES (P), « Normes », in BOUSSAGUET (L) et al. *Dictionnaire des politiques publiques*, PFNSP, « Références », 4^e éd., 2014, pp. 391-397.

ayant une identité donnée⁷⁸. Ainsi, « *les normes, [et les] principes (...) revêtent un caractère superstructurel et leur raison d'être est d'aider un groupe d'Etat à réaliser leurs buts communs* »⁷⁹. En revanche, l'adoption des normes de conduite ne fait pas de celles-ci le tout de l'action étatique, mais elles constituent des moments de cristallisation du processus plus ou moins lents ou plus ou moins volontaristes, et l'expression condensée des choix politiques⁸⁰. Si toute organisation est soumise à des normes structurelles censées organiser et réguler son fonctionnement⁸¹, on est tenté d'affirmer avec les constructivistes que les normes sont adoptées dès lors qu'elles apparaissent comme des attentes partagées⁸². On s'inscrit ici dans la pensée du *constructivisme étatique* de M. FINNEMORE qui soutient que « *la politique étrangère des États n'est pas uniquement déterminée par leurs intérêts objectifs, c'est-à-dire leurs capacités militaires, politiques et économiques ou leur puissance relative par rapport aux autres États. Elle est également façonnée par les normes (...) qui structurent les relations internationales* »⁸³. Elle définit les normes comme « *un ensemble d'accords intersubjectifs facilement apparents qui adressent aux acteurs une demande de comportement* »⁸⁴. Les constructivistes distinguent trois types de normes à savoir les normes constitutives, prescriptives, et régulatrices⁸⁵. Elles sont toutes l'œuvre des acteurs de l'organisation⁸⁶. Ramener à la trajectoire de la ZLECAf, les États enclavés du Sahel ont participé aux côtés de leurs pairs à la construction des normes prescriptives (A), constitutives et régulatrices (B). Ils ont adopté ces normes et les intérioriser en les insérant dans leurs corpus normatifs internes. À l'aune de l'accord-ZLECAf, ils ont mis au goût du jour toutes ces normes.

A- La construction des normes prescriptives sur le marché continental africain

⁷⁸ À ce sujet, voir FINNEMORE (Martha), SIKKINK (Kathryn), « Taking Stock. The Constructivist Research Program in International Relations and Comparative Politics », *Annual Review of Political Science*, 2001, pp. 391-416.

⁷⁹ KNIGHT Andrew, « Multilatéralisme ascendant ou descendant : deux voies dans la quête d'une gouverne globale », *Études internationales*, vol. 26, n°4, pp. 685-710, 1995, p. 686, précisément.

⁸⁰ LASCOUMES (P), *op.cit.*

⁸¹ SCHEMEIL (Y), *Introduction à la Science politique. Objets, méthodes, résultats*, 2^e éd., Paris, PFNSP-Dalloz, 2012, p. 129.

⁸² NOUR TANNOUS (M), PACREAU (X), *op.cit.*

⁸³ Cité par ÉTHIER (D), *Introduction aux Relations internationales*, *op.cit.*

⁸⁴ FINNEMORE (M), *Defining national interest in international society*, Ithaca, New York, Cornell University Press, 1996, pp. 22-23.

⁸⁵ FINNEMORE (M) et SIKKINK (K), *op.cit.*

⁸⁶ FINNEMORE (M), *op.cit.*

Les normes prescriptives sont un ensemble de standards internationalement admis qui déterminent, prescrivent, recommandent et indiquent ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire dans la conduite des acteurs sur la scène internationale⁸⁷. Seront considérées ici comme normes prescriptives, toutes les dispositions prises par les États et qui participent à la construction du marché commun. S'agissant précisément de la ZLECAf, les années 1970 et 1980 marquent le point de départ de la construction desdites normes afin de relancer et/ou de créer les institutions d'intégration économique⁸⁸. Ainsi, en lien avec leurs attentes, la détermination des États à participer au démantèlement des entraves au commerce s'est matérialisée par une série de normes qui prescrivent la démarche à suivre à l'effet de créer le marché commun.

1- La construction des normes prescriptives sous l'OUA

Tel que relevé par l'ex-président du Niger M. ISSOUFOU, « *le [sommet] d'Abuja constitue un repère fort dans l'évolution économique et politique du continent. Il est l'affirmation de la volonté de l'Afrique de s'unir, de mettre en valeur ses énormes potentialités et d'affirmer sa dignité dans le contexte mondial* »⁸⁹. C'est alors au cours de ce Sommet que les États ont contribué à poser les bases de la création d'un espace de libre-échange à l'échelle africaine⁹⁰, ainsi que les mesures à prendre pour la réalisation de leurs objectifs⁹¹.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ CAPC, *Les processus de création du marché commun africain : une vue d'ensemble*, op.cit., p.1.

⁸⁹ Allocution d'ouverture du Forum des Affaires sur ZLECAf 2019 par S.E. ISSOUFOU Mahamadou, Président de la République du Niger et Champion de la Zone de libre-échange continentale africaine (ZLECAf). Disponible sur le site de la présidence du Niger <https://www.presidence.ne/discours-du-president/2019/7/6/>, consulté le 17 Juin 2022 à 06h 56 minutes.

⁹⁰ Union Africaine, *Indice de l'intégration régionale en Afrique*, Rapport 2022.

⁹¹ Les États ont défini comme objectifs :

- « Promouvoir le développement économique, social et culturel ainsi que l'intégration des économies africaines en vue d'accroître l'autosuffisance économique et favoriser un développement endogène et auto-entretenu ;
- Créer à l'échelle continentale, un cadre pour le développement, la mobilisation et l'utilisation des ressources humaines et matérielles de l'Afrique en vue d'un développement auto-suffisant ;
- Promouvoir la coopération et le développement dans tous les domaines de l'activité humaine en vue d'élever le niveau de vie des peuples africains, de maintenir et de promouvoir la stabilité économique, d'instaurer des relations étroites et pacifiques entre les États membres et de contribuer au progrès, au développement et à l'intégration économique du Continent ; et
- Cordonner et harmoniser les politiques entre les communautés économiques existantes et futures en vue de la mise en place progressive de la Communauté ». Voir Traité d'Abuja en son Article 4, Paragraphe 1 et ses alinéas.

- ***La construction des premières normes prescriptives au sommet d'Abuja de 1991***

Le rassemblement d'Abuja a été un moment décisif dans la construction des premières normes prescriptives⁹². La session extraordinaire de l'OUA qui s'est soldée par l'adoption en 1990 du Plan d'Action et l'Acte final de Lagos, pose alors les bases de la construction d'une structure d'intégration économique plus poussée sur le continent⁹³. La participation des États du sahel à ce Sommet était remarquable, notamment au travers des contributions et les recommandations faites à la Conférence. Lors dudit rassemblement, les États enclavés du sahel, aux côtés de leurs pairs, ont discuté du processus de l'intégration africaine et la nécessité de prescrire les normes, les phases et le calendrier pour la consolidation de l'intégration économique continentale⁹⁴. Le Niger, le Mali, le Burkina Faso et le Tchad, étant tous des « non PMA »⁹⁵, ont milité pour qu'un cadre normatif soit établi et qui prend en compte les spécificités et le niveau de développement de chaque État pour parachever l'intégration africaine, en consolidant les économies de l'ensemble des pays africains en un seul marché continental à travers un processus progressif⁹⁶. Connaissant leur situation géographique et économique, certains pays ont exigé l'octroi de traitements particuliers et l'adoption de mesures spéciales en faveur des États membres les moins avancés, enclavés, semi-enclavés et insulaires⁹⁷. Cela a conduit à la prescription de plusieurs normes dont l'adoption, en juin 1991, du Traité d'Abuja instituant la CEA⁹⁸. Le Plan d'Action de Lagos (PAL), le Traité d'Abuja et la mise en place des CERs sont de ce fait considérés comme les fondations du processus de l'intégration économique continentale⁹⁹. C'est dire que dès le PAL et le Traité d'Abuja, les États s'engageaient déjà à la création d'un marché continental africain. Car, « *le Plan d'Action de Lagos pour le Développement de l'Afrique [1980] et le Traité d'Abuja [1991] prévoyaient la création de*

⁹² Propos du Président du Niger à l'ouverture du Forum des Affaires sur ZLECAf 2019, *op.cit.*

⁹³ CAPC, *Les processus de création du marché commun africain : une vue d'ensemble, op.cit.*

⁹⁴ Entretien avec BOUBACAR Ballo, Conseiller Technique au Ministère du Commerce du Mali, Chevalier de l'ordre National, Expert et Point focal ZLECAf au niveau national, effectué le 13/09/2022 à Bamako. Voir également à ce sujet : CAPC, *Les processus de création du marché commun africain : une vue d'ensemble, op.cit.*

⁹⁵ PMA signifie : Pays Moins Avancés.

⁹⁶ Entretien avec MAHAMAN BALARABE Maman Laminou, Directeur Général du Commerce et Négociateur en Chef du Niger pour la ZLECAf, *op.cit.*

⁹⁷ Entretien avec BOUBACAR Ballo, Conseiller Technique au Ministère du Commerce du Mali, Chevalier de l'ordre National, Expert et Point focal ZLECAf au niveau national, *op.cit.*

⁹⁸ CAPC, *Les processus de création du marché commun africain : une vue d'ensemble, op.cit.* p. 3.

⁹⁹ *Ibid.*

Communautés Économiques Régionales dans l'optique d'une intégration régionale et éventuellement continentale »¹⁰⁰.

Selon ce qui ressort de ce sommet, la CEA sera progressivement mise en place au cours d'une période de transition de trente-quatre (34) années au maximum subdivisées en six (6) étapes de durées variables. À chaque étape est assignée un ensemble d'actions spécifiques qui doivent être envisagées et poursuivies simultanément :

Pour la première étape : il sera procédé au renforcement du cadre institutionnel des CERs existantes et à la création de nouvelles Communautés là où il n'en existe pas, durant une période de cinq ans au maximum à partir de la date d'entrée en vigueur du Traité.

Pour la deuxième étape : il sera engagé au niveau de chaque CER, pour une période de huit ans maximum, une opération de stabilisation des barrières tarifaires et non tarifaires, des droits de douanes et des taxes intérieures existant à la date d'entrée en vigueur du Traité ; l'élaboration et l'adoption d'études afin de fixer le calendrier pour l'élimination progressive des barrières tarifaires et non-tarifaires entravant le commerce régional et intra-communautaire, ainsi que pour l'harmonisation graduelle des droits de douanes vis-à-vis des États tiers. De même, sera engagé un processus de renforcement de l'intégration sectorielle aux niveaux régional et continental, de tous les secteurs d'activité, en particulier dans les domaines du commerce, de l'agriculture, de la monnaie et des finances, des transports et communications, de l'industrie et de l'énergie. Enfin, une coordination des activités entre les CERs existantes et futures est envisagée.

Pour la troisième étape : au niveau de chaque CER, sur une période de 10 ans au maximum, une ZLEC sera créée suivant l'application d'un calendrier pour l'élimination progressive des obstacles tarifaires et non tarifaires au commerce intra-communautaire et à la mise en place d'une Union douanière par l'adoption d'un tarif extérieur commun.

Pour la quatrième étape : au cours d'une période de deux ans au maximum, les systèmes tarifaires et non-tarifaires devront être harmonisés et coordonnés entre les CERs en vue de la mise en place d'une Union douanière au niveau continental, par l'adoption d'un tarif extérieur commun.

Pour la cinquième étape : au cours d'une période de quatre années au maximum, il sera question de l'établissement d'un Marché commun africain grâce à l'adoption d'une politique commune dans un certain nombre de domaines tels que l'agriculture, les transports et communications, l'industrie, l'énergie et la recherche scientifique ; l'harmonisation des politiques

¹⁰⁰ Union Africaine, *Indice de l'intégration régionale en Afrique*, Rapport 2022.

monétaires, financières et fiscales ; la mise en œuvre du principe de la libre circulation des personnes ainsi que l'application des droits de résidence et d'établissement ; et la création de ressources propres à la Communauté.

Pour la sixième étape : elle concerne la consolidation et le renforcement de la structure du Marché Commun Africain et l'intégration de tous les secteurs à travers la mise sur pied d'une banque centrale africaine et une seule monnaie africaine, la création d'une union monétaire et économique africaine, la création et l'élection du premier parlement panafricain. Tout ceci au cours d'une période de cinq (5) années maximum¹⁰¹.

Pour ce faire, les États se sont engagés à prendre un certain nombre de mesures.

- ***Les dispositions prises au sommet d'Abuja en matière d'intégration continentale***

La stratégie d'intégration régionale adoptée par les États lors du sommet d'Abuja est basée sur le recours aux CERs¹⁰² comme « jalons » pour le bloc commercial continental final¹⁰³. C'est au cours de ce sommet que l'on mentionne pour la première fois la notion du ***marché commun africain***, pour aspirer à l'amélioration de leur situation et leur position dans le concert des Nations. De ces mesures prises à Abuja, on peut lire à l'article 4 paragraphe 2 du Traité d'Abuja instituant la CEA que la Communauté devra assurer par étapes : « Le renforcement des CERs existantes et la création d'autres là où il n'en existe pas ; la conclusion d'accords en vue d'harmoniser et de coordonner les politiques entre les Communautés Économiques Sous-Régionales et Régionales existantes et futures ; la promotion et le renforcement de programmes conjoints d'investissement dans la production et la commercialisation des principaux produits et des intrants dans le cadre d'une autonomie collective ; la libéralisation des échanges par élimination, entre les États membres, des droits de douane à l'importation et à l'exportation des marchandises et l'abolition, entre les États membres, des barrières non-tarifaires en vue de la création d'une ZLE au niveau de chaque CER ; l'harmonisation des politiques nationales en vue de la promotion d'activités communautaires, notamment dans les domaines de l'agriculture, de l'industrie, des transports et des communications, de l'énergie, des ressources naturelles, du commerce, de la monnaie et des finances, des ressources humaines, de l'enseignement, de la culture, de la science et de la technologie ; l'adoption d'une politique commerciale commune à

¹⁰¹ Voir le Traité instituant la Communauté Économique Africaine de 1991 notamment en son article 6.

¹⁰² Les CERs sont des regroupements régionaux des pays africains ayant pour objectif de faciliter l'intégration économique parmi les États membres de l'organisation continentale africaine.

¹⁰³ KOROMA (S) et al., *Vers un marché commun africain pour les produits agricoles*, FAO, Rome, 2008, p. 27.

l'égard des États tiers ; la création et le maintien d'un tarif extérieur commun ; la création d'un marché commun ; la suppression progressive, entre les États membres, des obstacles à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux ainsi qu'aux droits de résidence et d'établissement ; (...) ; l'octroi de traitements particuliers et l'adoption de mesures spéciales en faveur des États membres les moins avancés, enclavés, semi-enclavés et insulaires ; l'harmonisation et la rationalisation des activités des institutions multinationales africaines existantes et la création de nouvelles institutions, au besoin, en vue de les transformer éventuellement en organes de la Communauté ; la création d'organes appropriés pour l'échange de produits agricoles et culturels, de minéraux et de métaux, de produits manufacturés et semi-finis au sein de la Communauté ; l'établissement de contacts et la promotion d'échanges d'informations entre les organisations commerciales telles que les sociétés commerciales d'Etat, les organisations de promotion des exportations et de commercialisation, les Chambres de commerce, les associations d'hommes d'affaires et les centres de publicité et d'(in)formations commerciales ; (...) ; et toute autre activité visant à atteindre les objectifs communautaires que les États membres pourraient, le cas échéant, décider d'entreprendre en commun »¹⁰⁴.

Certaines de ces normes ont été entérinées par la Conférence des Chefs d'Etat lorsqu'il était question de passer de l'OUA à l'UA, avec d'autres prescriptions normatives.

2- La construction des normes prescriptives sous l'Union Africaine

La naissance de l'UA a été à la fois « le point de départ » et le parachèvement de la réalisation de la vision des États de créer la zone de libre-échange continentale africaine amorcé sous la bannière de l'OUA à Abuja¹⁰⁵. Quoiqu'il soit antérieur à l'UA, c'est sous l'impulsion de celle-ci que ce processus est acté. Car, à l'occasion du sommet de Syrte (9 septembre 1999), le Tchad, le Niger, le Mali et le Burkina Faso, appelaient de tous leurs vœux aux côtés de leurs pairs, à l'accélération du processus de l'intégration, et ce, par la création de l'UA¹⁰⁶. C'est donc en application de la résolution adoptée le 9 septembre 1999¹⁰⁷ que la nouvelle organisation est créée le 9

¹⁰⁴ Voir l'article 4 paragraphe 2 du Traité d'Abuja instituant la Communauté Économique Africaine.

¹⁰⁵ Entretien avec Dr. FALOU Samb, Expert ZLECAf et enseignant à l'Université Cheikh Anta Diop et à l'institut Africain des Politiques Commerciales au Sénégal, effectué le 26/08/2022 à Niamey au Niger.

¹⁰⁶ Entretien avec BOUBACAR Ballo, Conseiller Technique au Ministère du Commerce de la République du Mali, Chevalier de l'ordre National, Expert et Point focal ZLECAf au niveau national, *op.cit.*

¹⁰⁷ Il s'agit ici de la déclaration de Syrte qui pose le principe de la transformation de l'OUA en UA.

juillet 2002, à Durban en Afrique du Sud. Au cours de sa création, les États ont prescrit leurs priorités en matière d'intégration ainsi que les principes directeurs de celle-ci.

- ***La prescription des priorités en matière d'intégration***

Si l'action des États s'inscrit dans la vision « *d'une Afrique intégrée, prospère et pacifique, dirigée par ses propres citoyens et représentant une force dynamique sur la scène internationale* », il va de soi que leurs priorités soient orientées vers réalisation de cette vision. Cela dit, au cours du sommet du 19 juillet 2002, celles-ci ont fait l'objet d'une prescription dans l'Acte Constitutif qui, au-delà d'être l'acte de naissance de de l'UA, est l'instrument normatif dont ses dispositions créent une certaine obligation envers les États parties. Étant la principale norme qui régit leurs actions et interactions, l'on y trouve la prescription de la vision de tous les États, transcrite en terme de priorités et/ou d'objectifs. Ces priorités touchent plusieurs domaines de la vie des États mais nous retenons celles qui relèvent de l'intégration régionale. Ainsi, le déploiement de tous les États dans le cadre des initiatives de l'UA vise impérativement à : « *Réaliser une plus grande unité et solidarité entre les pays africains et entre les peuples d'Afrique ; (...); Accélérer l'intégration politique et socio-économique du continent ; Promouvoir et défendre les positions africaines communes sur les questions d'intérêt pour le continent et ses peuples ; (...); Créer les conditions appropriées permettant au continent de jouer le rôle qui est le sien dans l'économie mondiale et dans les négociations internationales ; Promouvoir le développement durable aux plans économique, social et culturel, ainsi que l'intégration des économies africaines ; Promouvoir la coopération et le développement dans tous les domaines de l'activité humaine en vue de relever le niveau de vie des peuples africains ; Coordonner et harmoniser les politiques entre les CERs existantes et futures en vue de la réalisation graduelle des objectifs de l'Union (...)* »¹⁰⁸. Ce sont là les priorités des États transcrites sous forme des normes, lesquelles priorités devraient être encadrées par des principes directeurs prescrits dans cet Acte.

- ***Les principes directeurs prescrits au cours du sommet de Durban***

Nous retenons quelques principes directeurs censés encadrer les initiatives de l'organisation en matière d'intégration et de coopération africaines. Il est prescrit entre autres comme principes : « *(...) Interdépendance de tous les États membres de l'Union ; Respect des frontières existant au*

¹⁰⁸ Acte constitutif de l'Union Africaine, Art. 3 et ses alinéas.

moment de l'accession à l'indépendance ; Participation des peuples africains aux activités de l'Union (...) ; Promotion de l'autodépendance collective, dans le cadre de l'Union ; Promotion de l'égalité entre les hommes et les femmes (...) ; Promotion de la justice sociale pour assurer le développement économique équilibré (...)»¹⁰⁹.

Il faut dire que, c'est l'ensemble de dispositions a contribué à la construction des normes constitutives et régulatrices de la ZLECAf.

B- La construction des normes constitutives et régulatrices de la ZLECAf

La construction des normes constitutives et régulatrices de la ZLECAf a été un processus participatif et interactionniste dans l'esprit du multilatéralisme d'action¹¹⁰. Tout commence par la volonté des États de lancer le projet de ZLECAf et le processus de négociation sur de ses normes constitutives et régulatrices. Ainsi, dès janvier 2012, la décision de lancer le projet de ZLECAf est prise à la faveur de la 18^e session ordinaire de la Conférence de l'Union¹¹¹. Le processus de négociation sur les normes constitutives et régulatrices quant à lui est lancé en juin 2015 à Johannesburg lors de la 25^e session ordinaire de la Conférence de l'UA¹¹². Depuis son lancement, trois grands forums de négociation de la ZLECAf étaient organisés, respectivement en février 2016, mai et octobre de la même année. Le premier forum de négociation tenu à Addis-Abeba « *a couvert les questions relatives aux travaux préparatoires et documents de référence pour les négociations de la ZLECAf. Elles concernent les règles de procédure des institutions de négociation de la ZLECAf, le programme de travail du FN-ZLECAf ainsi que les termes de référence des groupes de travail technique* ». En collaboration avec les Nations unies et l'UA, le deuxième forum tenu en mai 2016 à Nairobi au Kenya, visait à définir les contours de la ZLECAf, il était question de discuter du projet de l'accord-cadre de la ZLECAf¹¹³. Au cours du troisième

¹⁰⁹ Acte constitutif de l'Union Africaine, Art. 4.

¹¹⁰ Entretien avec BOUBACAR Ballo, Conseiller Technique au Ministère de l'industrie et du Commerce de la République du Mali, *op.cit.*

¹¹¹ Entretien avec BOUBACAR Ballo, Conseiller Technique au Ministère de l'industrie et du Commerce de la République du Mali, *op.cit.*

¹¹² PASSERELLES, « L'Afrique entame la négociation de sa zone de libre-échange continentale », in *International Centre for Trade and Sustainable Development*, 29 février 2016, Internet Archive, URL : <https://web.archive.org>. Consulté le 20/10/2022.

¹¹³ PASSERELLES, « Les pays africains organisent le deuxième forum de négociation de la ZLEC », in *International Centre for Trade and Sustainable Development*, octobre 2016, Internet Archive, URL : <https://web.archive.org>. Consulté le 20/10/2022.

forum, « les représentants des États (...) ont abouti à un accord sur les termes de référence pour une série de groupes de travail techniques couvrant des aspects tels que les obstacles techniques au commerce et les barrières non tarifaires, les mesures sanitaires et phytosanitaires, les règles d'origine, les recours commerciaux, les procédures douanières et la facilitation des échanges »¹¹⁴.

En tout état de cause, au cours des différents forums de négociation successifs, lesdits États ont clarifié officiellement leur position, en tant que pays non PMA, en proposant notamment la prise en compte des spécificités de chaque État dans les différentes résolutions de ce processus afin d'aboutir à des normes bénéfiques à toutes les parties¹¹⁵. Ce qui a permis la construction des normes constitutives et régulatrices. Même si les deux sont interdépendantes les unes aux autres, les normes constitutives de la ZLECAf (1) diffèrent des normes régulatrices (2). Les premières créent la structure, alors que les secondes la régulent.

1- La construction des normes constitutives de la zone de libre-échange continentale africaine

Pour les constructivistes, les normes constitutives sont des standards internationalement reconnus qui créent les nouvelles catégories d'acteurs, d'intérêts ou d'actions¹¹⁶. Elles sont à la base de la création ou la constitution d'une structure¹¹⁷. Pour la ZLECAf, il s'agit de l'Accord portant sa création. Il est constitutif de la politique des États à conduire le continent vers une union économique complète.

- ***La construction de la principale norme constitutive de la ZLECAf***

La construction de l'Accord-ZLECAf, principale norme constitutive, est l'œuvre des interactions entre l'ensemble des États de l'UA parmi lesquels ceux du sahel. Des interactions au cours desquelles, les États se sont engagés à prendre toutes les mesures appropriées pour assurer l'adoption et la diffusion des textes législatifs nécessaires à l'exécution des dispositions énoncées dans le Traité en matière d'intégration¹¹⁸. Tout commence en 2012 où les dirigeants ont convenu de créer la ZLECAf. Ils ont de ce fait adopté le Plan d'action pour la stimulation du commerce

¹¹⁴ PASSERELLES, « La troisième session de négociation sur la ZLEC s'achève sur des avancées limitées », in *International Centre for Trade and Sustainable Development*, 16 juin 2016 (version du 4 juin 2016 sur l'Internet Archive), URL : <https://web.archive.org>. Consulté le 20/10/2022.

¹¹⁵ Entretien avec BOUBACAR Ballo, Conseiller Technique au Ministère de l'industrie et du Commerce de la République du Mali, *op.cit.*

¹¹⁶ FINNEMORE (M), SIKKINK (K), *op.cit.*

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Art. 4 alinéa 2 du Traité d'Abuja relatif à l'engagement Général des États.

intra-africain et la feuille de route de la création de la ZLECAf, sans pour autant compromettre les acquis des CERs considérées comme précurseurs de la ZLECAf¹¹⁹. Dès le sommet de 2015 tenu à Johannesburg, les Chefs d'Etat ont convenu de la nécessité d'entamer le processus des négociations pour la création de cette structure.

De 2015 à 2018, plusieurs sessions de négociations ont eu lieu, dont le premier forum de négociation auquel le Tchad, Niger, Mali et le Burkina Faso ont pris part en février 2016 et qui a tenu huit réunions consacrées aux dites négociations¹²⁰. Au cours du 26^e sommet ordinaire de l'UA en 2016, les États réaffirment leur volonté d'accélérer le processus de création de la ZLECAf. Cette volonté s'est matérialisée par la tenue de quatre réunions des groupes de travail techniques dès février 2017 ; les questions techniques ont été discutées et prises en compte dans le cadre de ce processus¹²¹. Ce qui a conduit à la finalisation de la première phase des négociations et l'adoption de l'Accord portant création de la ZLECAf et ses protocoles additionnels, respectivement en 2017 et 2018¹²². Ce traité est entré en vigueur en 2019 au Niger, avec le lancement de la première phase opérationnelle de la ZLECAf¹²³. C'est par cet Accord que les États ont signifié leur détermination à renforcer leurs relations économiques en s'appuyant sur leurs droits et obligations respectifs en vertu de l'Acte constitutif de l'UA, du Traité d'Abuja, et, le cas échéant, de l'Accord de Marrakech de 1994 portant création de l'OMC¹²⁴. Ils y définissaient dans les articles 3 et 4 les aspirations de la ZLECAf¹²⁵. Dans la réalisation des aspirations énoncées, tous États parties, y compris ceux du Sahel enclavés, sont amenés à engager des réformes juridiques, politiques et institutionnelles pour qu'ils « *éliminent progressivement les barrières tarifaires et non-tarifaires au commerce des marchandises ; libéralisent progressivement le commerce des services ; coopèrent en matière d'investissement, de droits de propriété*

¹¹⁹ Il s'agit entre autres de la CAE, le COMESA et la SADC. Au regard du rapport de la CEA de 2012, (« État de l'intégration régionale en Afrique V : vers une zone de libre-échange continentale africaine », p. 19 à 23.), on peut bien se rendre compte de l'état d'avancement dans ces CERs qui a véritablement impulsé la ZLECAf.

¹²⁰ Entretien avec BOUBACAR Ballo, Conseiller Technique au Ministère de l'industrie et du Commerce de la République du Mali, *op.cit.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Le sommet de mars 2018 tenu au Rwanda marque la signature de l'accord de libre-échange, la Déclaration de Kigali et le Protocole sur la libre circulation des personnes.

¹²³ Voir Union Africaine, « Décisions, Déclarations et Résolutions de la 12^e Session de la Conférence extraordinaire de l'Union », Niamey (Niger), du 7 juin 2019. Disponible sur le site de l'UA www.au.int.

¹²⁴ Voir Union Africaine, *Accord portant création de la ZLECAf*, Kigali, 21 mars 2018, dans ses dispositions préambulaires.

¹²⁵ Voir les articles 3 et 4 pour ce qui est des aspirations de la ZLECAf.

intellectuelle et de politique de concurrence ; coopèrent dans tous les domaines liés au commerce ; coopèrent dans le domaine douanier et dans la mise en œuvre des mesures de facilitation des échanges ; établissent un mécanisme de règlement des différends concernant leurs droits et obligations ; et établissent et maintiennent un cadre institutionnel de mise en œuvre et de gestion de la ZLECAf »¹²⁶.

Au-delà de cet Accord, les résolutions d'Abuja ayant abouti à la ZLECAf ont conduit les États à harmoniser leurs normes nationales aux standards régionaux, de nature à n'en point constituer une entrave aux initiatives régionales. Dans ce sens, certaines dispositions du Traité d'Abuja, notamment les articles 3 (c) et (d), 4 (1) (d), et 5 (1), obligeaient les États membres à coopérer dans l'harmonisation des normes. Dans son article 5 (1) par exemple, il est clairement fait mention que : « *Les États membres s'engagent à orienter leurs efforts pour réunir les conditions favorables au développement de la Communauté et à la réalisation de ses objectifs, notamment par l'harmonisation de leurs stratégies et politiques. Ils s'abstiennent de prendre une quelconque mesure unilatérale susceptible d'en compromettre la réalisation* »¹²⁷. C'est ainsi que dès le lendemain du rassemblement d'Abuja, les dispositifs normatifs nationaux des États ont été harmonisés favorablement à ce processus.

- ***L'harmonisation des normes nationales des États aux standards régionaux***

L'harmonisation des lois fondamentales des États aux standards régionaux est l'un des faits marquants de la volonté des États à s'arrimer à la vision africaine d'intégration continentale. L'ensemble des États ont adapté leurs cadres normatifs, en les aménageant, pour ainsi s'arrimer aux initiatives de l'Union africaine en matière d'intégration continentale. Que ce soit dans la Constitution tchadienne, nigérienne, malienne ou burkinabè, les dispositions prises et consacrées en matière d'intégration ne souffrent d'aucune anomalie. Tous les États se sont accordés sur les initiatives en matière de l'intégration continentale, quitte à un « *abandon partiel ou total* » de leurs souverainetés. Contrairement aux autres pays, la République du Tchad ne prévoit pas un tel scénario, mais a institué toutefois qu'« *elle peut créer avec des États des organismes de gestion commune, de coordination et de coopération dans les domaines économiques (...)* »¹²⁸.

¹²⁶ Voir Article 3 de l'accord et ses alinéas.

¹²⁷ Art. 5 alinéa 1^{er} du Traité d'Abuja, disposition relative à l'engagement Général des États.

¹²⁸ Art. 221 de la Constitution tchadienne de 4 mai 2018.

En outre, on peut lire à l'article 146 de la Constitution Burkinabè qui dispose que, « *le Burkina Faso peut conclure avec tout État Africain des accords d'association ou de communauté impliquant abandon partiel ou total de souveraineté en vue de réaliser l'unité africaine* »¹²⁹.

La posture malienne est plus perceptible dans la réalité à travers la concrétisation et la consécration, dans les dispositions constitutionnelles du pays, d'une prescription de l'abandon de sa souveraineté pour une construction unie du continent. Cette disposition est consacrée dans la Constitution en son article 117 : « *La République du Mali peut conclure avec tout État Africain des accords d'association ou de communauté comprenant abandon partiel ou total de souveraineté en vue de réaliser l'unité africaine* »¹³⁰. Enfin, pour ce qui est du Niger, les normes inscrites dans la constitution sont encore d'une pertinence particulière, car plus détaillées et explicitées. À partir de ces dispositions, l'on comprend « le pourquoi de l'engagement et le leadership » de ce pays qui s'est illustré aux premières heures : le choix et l'acceptation du Président M. ISSOUFOU en tant que Champion de la ZLECAf à l'effet de conduire les négociations du processus, en est une illustration. En effet, l'article 172 de cette constitution dispose que : « *La République du Niger peut conclure avec tout État africain des accords d'association ou de communauté emportant abandon partiel ou total de souveraineté en vue de réaliser l'unité africaine (...), peut conclure des accords de coopération et d'association avec d'autres États. Elle accepte de créer avec ces États des organismes intergouvernementaux de gestion commune, de coordination et de libre coopération. Ces organismes peuvent avoir notamment pour objet : - l'harmonisation de la politique économique, financière et monétaire ; - l'établissement d'unions visant à l'intégration économique par la promotion de la production et des échanges ; - la création de fonds de solidarité ; - l'harmonisation de plans de développement ; - l'harmonisation de la politique étrangère (...)* »¹³¹. L'ensemble de ces normes instituées ont participé à la construction et à l'adoption de l'accord portant création de la ZLECAf.

À côté des normes constitutives de la ZLECAf, il y a une autre catégorie des normes à savoir les normes régulatrices.

2- La construction des normes régulatrices de la zone de libre-échange continentale africaine

¹²⁹ Art. 146 du Titre XII de l'Unité Africaine, Constitution Adoptée par le Référendum du 2 juin 1991, révisée par la loi N°033-2012/AN du 11 juin 2012 et promulguée par le Décret N°2012-616/PRES du 20 juillet 2012.

¹³⁰ Art. 117 du Titre XV de l'Unité Africaine, Constitution de la République du Mali.

¹³¹ Voir l'article 172 du Titre XI, Constitution nigérienne du 25 novembre 2010.

Les normes régulatrices chez les constructivistes sont celles qui définissent les règles du jeu (...) et le rôle des États dans le *policy making*¹³². Selon M. FINNEMORE et K. SIKKINK, elles sont un ensemble de règles vouées à générer les disciplines et la conduite à tenir par les acteurs¹³³. Ces normes obéissent aux intérêts et relèvent de la volonté des acteurs en présence à donner satisfaction la plus adéquate à leurs aspirations ; c'est ce qui les amène à construire et à instituer les règles disciplinaires et de conduite. Dans le cadre de la ZLECAf, tous les États ont participé à la définition des règles du jeu et le rôle des parties prenantes pour le fonctionnement harmonieux de celle-ci. Les différents protocoles additionnels et les annexes consolidées à l'accord créant la ZLECAf, constituent les normes régulatrices de ladite zone ; ils sont les instruments d'application de la ZLECAf faisant partie intégrante de l'Accord. Trois protocoles et neuf annexes accompagnent cet Accord, parmi lesquels quelques normes régulatrices seront retenues dont la construction a été l'œuvre de plusieurs assises : il s'agit notamment des règles d'origine et les normes sur les préférences continentales, la non-discrimination et celles relatives au règlement des différends dans la ZLECAf.

- ***La construction des règles d'origine, principales normes régulatrices de la ZLECAf***

La construction des règles d'origine est l'œuvre de plusieurs négociations, les plus importantes sont celles effectuées au sein et entre des CERs : CEDEAO/UEMOA pour les cas du Niger, du Mali et du Burkina Faso ; CEEAC/CEMAC pour le Tchad. Il faut toutefois relever à ce niveau que, le Mali et le Burkina Faso n'ont pas participé à ce processus, étant sanctionnés et exclus des instances de l'UA à cause des coups d'État : « *toutes les négociations étaient conduites au nom de la CEDEAO mais dans le dos du Mali* »¹³⁴, nous confie M. Boubacar Ballo à Bamako. C'est aussi le cas avec le Burkina Faso¹³⁵. En effet, au cours des négociations, l'une des questions à l'ordre du jour était celle relative à « *l'honnêteté des acteurs* » et à l'identification des produits originaires des États parties. Cette question est essentielle dans tous processus de libre-échange et surtout dans le contexte africain, où certains pays ont parfois recours à des pratiques inappropriées

¹³² COMAN (R), « Les nouveaux États membres et « les vieux malentendus » de l'intégration européenne », *Politique européenne*, n° 38, 2012, pp. 70-92.

¹³³ FINNEMORE (M), SIKKINK (K), « Taking Stock. The Constructivist Research Program in International Relations and Comparative Politics », *op.cit.*

¹³⁴ Entretien avec BOUBACAR Ballo, Conseiller Technique au Ministère de l'Industrie et du Commerce de la République du Mali, *op.cit.*

¹³⁵ Entretien avec OUARMA Pégani, Directeur du Développement International et du Partenariat à la Chambre de Commerce et d'Industrie du Burkina Faso, effectué le 21/09/2022 à Ouagadougou.

mettant en mal les politiques économiques des autres États¹³⁶. Parmi ces pratiques, la fraude était l'une des principales questions au cœur des débats, car elle est récurrente dans les processus commerciaux et fait partie des causes de la concurrence déloyale ; elle est de fois la cause de la réticence de certains pays à s'ouvrir à la ZLECAf. D'où le bien-fondé des règles d'origine comme normes régulatrices : elles viennent réguler les actions et interactions des États. Elles sont définies comme « *les dispositions spécifiques appliquées par un pays pour déterminer l'origine des marchandises et faisant appel à des principes établis par la législation nationale ou par des accords internationaux* »¹³⁷. Aux termes desdites règles, pour que les marchandises soient qualifiées comme étant originaires de la communauté africaine intégrée, elles doivent être entièrement produites dans la zone ou doivent subir une transformation selon les exigences en vigueur dans cet espace. C'est ainsi que les États sont convenus de « *la nécessité d'établir des règles claires, transparentes, prévisibles et mutuellement avantageuses pour régir le commerce des marchandises et des services, la politique de concurrence, l'investissement et la propriété intellectuelle entre les États parties, en résolvant les problèmes posés par les régimes commerciaux multiples et qui se chevauchent afin d'assurer la cohérence des politiques, notamment dans les relations avec les parties tierces* »¹³⁸.

L'objectif visé par les règles d'origine est de « *contribuer à la construction et la consolidation du marché régional en neutralisant les effets négatifs induits par l'importation de produits de pays tiers pouvant rentrer en concurrence avec les produits locaux et de créer des distorsions sur les marchés* »¹³⁹. Ces règles ont des enjeux économiques et fiscaux importants dans la mesure où elles permettent de s'assurer que les préférences ou avantages tarifaires octroyés aux biens, se limitent strictement aux produits originaires des États membres concernés¹⁴⁰. En tant que critère permettant de déterminer l'origine d'un produit, elles jouent la fonction de « *passport* »¹⁴¹ et permettent aux biens de circuler en franchise des droits de douane à l'intérieur de la zone

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ TUYISHIME (R), *Guide pour comprendre les règles d'origine*, Bujumbura, OBR, 2017, p. 5.

¹³⁸ Union Africaine, *Accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine*, *op.cit.*, p. 1.

¹³⁹ JACQUEMOT (P), « Les dix enjeux de la zone de libre-échange continentale africaine », *Dossier-Willagri Pierre*, Juillet 2019, p. 11.

¹⁴⁰ TOURE (P), « Afrique de l'ouest : Un Atelier sur les règles d'origine communautaires UEMOA-CEDEAO s'ouvre à Dakar », Décembre 2016, in *Le Journal de l'Économie Sénégalaise*. Consulté en ligne <https://www.lejecos.com>, le 20/07/2022.

¹⁴¹ Nous empruntons cette expression de la CNUCED. Voir ONU, « La ZLECAf : l'ONU appelle à simplifier les règles d'origine des produits », consulté en ligne sur : <https://news.un.org>, le 31/07/2022.

intégrée, sous condition qu'ils soient originaires des pays membres de la zone. Selon Ibrahima DIA, dans le commerce international, les règles d'origine jouent un rôle déterminant car elles permettent d'établir les taxes douanières et d'instaurer des politiques commerciales qui s'appliquent aux marchandises échangées¹⁴².

Pour le cas de la ZLECAF, selon le rapport sur le développement de l'Afrique de la CNUCED, les règles d'origines pourraient jouer un rôle décisif dans la réussite de ce processus (ZLECAF). En ce sens, « pour déterminer si les produits sont « made in Africa », les États ont besoin des règles d'origine car elles sont la pierre angulaire des politiques commerciales efficaces et créent des opportunités pour les petites entreprises du continent »¹⁴³. Cela dit, « si la libéralisation préférentielle du commerce n'était pas confortée par des règles d'origine bien conçues et appliquées, bon nombre de ces gains pourraient être minorés »¹⁴⁴. À cette fin, les États ont élaboré des critères conférant l'origine des produits¹⁴⁵. Par conséquent, un produit est considéré comme originaire d'un État Partie s'il a été entièrement obtenu dans ledit État ou s'il y a subi une transformation substantielle¹⁴⁶.

Quant aux produits qui ne sont pas entièrement obtenus, ils sont considérés comme suffisamment transformés lorsqu'ils remplissent l'un des critères suivants : la valeur ajoutée ; la teneur des matières non originaires ; le changement de position tarifaire ou des processus spécifiques¹⁴⁷. Selon les normes établies, pour attester l'origine des produits échangés, un certificat d'origine est délivré par l'autorité compétente désignée du pays exportateur sur demande écrite établie par l'exportateur ou, sous la responsabilité de celui-ci, par son représentant habilité¹⁴⁸. En d'autres termes, si une entreprise compte faire le commerce des produits industriels en franchise dans la zone, elle a besoin d'un certificat d'origine. L'obtention du certificat est conditionnée par la conformité du produit aux règles d'origines. Le « Certificat d'origine » est « le document

¹⁴² DIA (I. J), « Union Africaine : Les règles d'origines de la ZLECAF, un véritable instrument pour stimuler le développement industriel et agricole », *Financial Afrik*, Juin 2018, [En ligne], <https://www.financialafrik.com>. Consulté le 27/06/2022 à 23h 22.

¹⁴³ Voir CNUCED, *Rapport sur le développement économique en Afrique*, 2019.

¹⁴⁴ EL (M), « ZLECAF : Les règles d'origine, un aspect clé », [En ligne], 02/9/2020, consulté le 26 Juin 2022.

¹⁴⁵ Pour les types de produits considérés comme entièrement obtenus dans un État Partie lorsqu'ils sont exportés dans un autre État Partie, voir : Union Africaine, *Annexes consolidées à l'accord ZLECAF*, notamment l'article 5 de l'annexe 2 sur les règles d'origine.

¹⁴⁶ Voir Union Africaine, *Annexes consolidées à l'accord*, notamment en son article 4.

¹⁴⁷ *Ibid.*, art. 6 de l'annexe 2 sur les règles d'origine.

¹⁴⁸ *Ibid.*, art. 21 de l'annexe 2.

prouvant l'origine, délivré par une autorité compétente désignée, confirmant qu'un produit donné est conforme aux critères d'origine s'appliquant aux échanges préférentiels »¹⁴⁹. Le certificat d'origine est donc ce document qui est exigé pour autoriser l'entrée d'une marchandise dans un territoire douanier ou lui faire bénéficier d'un certain nombre de privilèges¹⁵⁰. Tout ceci n'aura de sens que s'il existe des normes régulatrices sur les préférences continentales, la non-discrimination, la sauvegarde et le règlement de différends au sein de la zone intégrée.

- ***La construction des normes régulatrices sur les préférences continentales, la non-discrimination, la sauvegarde et le règlement de différends***

Que ce soit les normes régulatrices sur les préférences continentales ou celles sur la non-discrimination, la sauvegarde et le règlement de différends, elles sont toutes la conséquence des différentes sessions de négociations à l'instar du premier forum de février 2016 auquel le Tchad, Niger, Mali et le Burkina Faso ont pris part et qui s'est soldé par la tenue des quatre réunions des groupes de travail en février 2017, où les questions techniques ont été discutées et prises en compte dans le cadre de ce processus. Les normes sur les préférences sont des standards reconnus pour réguler les échanges entre les zone de libre-échanges et les tierces parties. Pour la ZLECAf, les préférences continentales telles que définies, sont le caractère des pratiques ou des politiques commerciales qui privilégient les facteurs de production du marché intérieur de la zone par rapport à ceux du reste du monde extérieur. C'est dire que dans la mise en œuvre de la ZLECAf, les États s'accordent, sur la base de la réciprocité, des préférences qui ne sont pas moins favorables que celles accordées aux tierces parties¹⁵¹.

Autant les préférences continentales régulent les transactions entre les États parties à la zone et les tiers-États, autant elles ont un rôle *défensif* vis-à-vis du monde extérieur à la zone, car les barrières commerciales sont ajustées ou supprimées uniquement pour les pays membres de la ZLECAf. Par conséquent, les biens et services des États membres de la ZLECAf bénéficient tous du principe de la « *Nation la Plus Favorisée -NPF-* » pratiqué dans les accords de libre-échange depuis l'OMC. Dans la philosophie du principe de la NPF, « *tous avantages, faveurs, privilèges ou immunités accordés par une partie contractante à un produit originaire ou à destination de tout autre pays, seront, immédiatement et sans condition, étendus à tout produit similaire*

¹⁴⁹ Voir Art premier de l'Annexe 2 sur les règles d'origine.

¹⁵⁰

¹⁵¹ Voir Union Africaine, *Accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine*, *op.cit.*

originnaire ou à destination du territoire de toutes les autres parties contractantes »¹⁵². C'est un principe qui concerne les droits de douane et les impositions de toute nature perçus à l'importation ou à l'exportation ou à l'occasion de l'importation ou de l'exportation¹⁵³. Cela veut dire concrètement que chaque État membre accordera immédiatement et sans conditions aux biens, services et fournisseurs de services de tout autre Membre, un traitement non moins favorable que celui qu'il accorde aux biens, services et fournisseurs de services similaires de tout autre pays¹⁵⁴.

Quant aux normes sur la non-discrimination, elles régulent les transactions intra-inter-États Parties sur la base du traitement mutuel de *la NPF*. Autrement dit, sur la base de ce principe, « *le Ghana, par exemple, ne peut pas accorder un traitement spécial au seul Tchad dans le cadre de la ZLECAf. Le Ghana doit appliquer les mêmes tarifs à tous les pays qui font partie de l'Accord* »¹⁵⁵. Les tarifs doivent être appliqués réciproque, cela signifie qu'un pays ne peut bénéficier d'une réduction tarifaire que s'il accorde la même réduction tarifaire¹⁵⁶.

En effet, si le libre-échange consiste à libéraliser les échanges pour le bien des États membres de la zone intégrée, il ne doit pas être de nature à causer de dommage important, à mettre en mal ou constituer une menace pour une branche de production nationale¹⁵⁷ : en étant, par exemple, une cause de retard dans l'établissement d'une industrie d'un des États membres. D'où le sens de la régulation de cette ZLE par des normes de sauvegarde appelées aussi mesures de sauvegarde. Celles-ci sont des « *mesures adoptées par un État partie de la ZLEC aux termes de laquelle, un produit est importé sur son territoire en augmentant les quantités absolues ou relatives à sa production nationale, et dans des conditions susceptibles de causer un préjudice grave à son industrie nationale qui produit des produits similaires ou directement concurrents* »¹⁵⁸. Il faut souligner que c'est depuis l'OMC que ces mesures sont pensées. Les États membres ont recours

¹⁵² OMC, *Les Accords de l'OMC. L'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce et ses Annexes*, Edition mise à jour des normes de l'OMC, Lausanne, 2017, p. 21.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 407.

¹⁵⁵ MARIE (D), *Les syndicats et le commerce en Afrique. Zone de libre-échange continentale africaine*, Guide sur la ZLECAf, 2021, p. 10.

¹⁵⁶ MARIE (D), *op.cit.*, p. 10.

¹⁵⁷ Par « Branche de production nationale » il faut entendre : les producteurs du produit similaire (ou des produits directement concurrents dans les mesures de sauvegarde) dans l'État partie importateur de la ZLEC dont la production collective représente une partie importante de la production nationale de ce produit. Voir UA, *Annexes consolidées à l'accord créant la ZLECAf*, *op.cit.*, article premier de l'annexe 2 sur les règles d'origine.

¹⁵⁸ *Ibid.*, art. 1^{er} (b).

lorsqu'ils font face aux effets économiques défavorables des pratiques commerciales déloyales et de la libéralisation du commerce. Dans la ZLECAf, on parle des mesures correctives pour renvoyer aux mesures de sauvegardes, donc des normes régulatrices de la ZLECAf. Dans cette politique commerciale, les États pourraient faire recours aux clauses qui préconisent des mesures correctives commerciales en cas de dommages causés par une pratique déloyale. C'est une norme qui régule et protège les marchés africains, les petites et moyennes entreprises contre le « *Dumping* ». Le *Dumping* désigne « un produit introduit sur le marché d'un autre État partie, à un prix inférieur à la valeur normale, si le prix à l'exportation du produit exporté d'un État partie vers un autre est inférieur au prix comparable, au cours d'opérations commerciales normales, pour le produit similaire lorsqu'il est destiné à la consommation dans l'État partie exportateur »¹⁵⁹.

En revanche, dans la mise en œuvre du processus, il n'est pas exclu qu'un différend puisse surgir entre les États parties à la ZLECAf. Raison pour laquelle, pour mieux réguler cette politique libre-échangiste, les États ont pensé nécessaire d'instituer des normes sur le règlement des différends qui s'appliquent au règlement des différends entre les États parties. Celles-ci s'appliquent conformément au Protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends, lequel établit entre autres un Organe de règlement des différends¹⁶⁰.

Conclusion

Au terme de l'étude, quelques éléments peuvent retenir notre attention. D'abord, la participation des États du sahel à la création de la ZLECAf s'inscrit dans la vision de l'Union Africaine de construire un espace de *sens* en Afrique. Ensuite, dans cette participation à la création de la ZLECAf, connaissant leur état d'enclavement, les États ont clarifié leur position et leurs aspirations en matière d'intégration. Enfin, contrairement à ce que l'on pense de cette structure et de la participation des États enclavés, il existe des règles de conduite à l'actif de tous les États parties à ce processus. Les plus importantes sont les normes prescriptives et régulatrices. Ces dernières régulent les préférences continentales, la non-discrimination, la sauvegarde et le règlement des différends dans la ZLECAf ; bref, elles régulent les transactions intra-inter-États de la zone sur la base du traitement mutuel de la *Nation la Plus Favorisée*.

¹⁵⁹ Union Africaine, *Annexes consolidées à l'accord créant la ZLECAf*, *op.cit.*, art. 1^{er} (c).

¹⁶⁰ Voir pour détails, le Protocole sur les règles et procédures relatives au règlement des différends, en annexe.

R.I.D.S.P

REVUE INTERNATIONALE DE DROIT ET SCIENCE POLITIQUE

Une revue mensuelle dédiée à la recherche approfondie

