

Horizons du droit

N°25

Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Directeur
scientifique

Professeur Jacques Mestre

Agrégé des Facultés de droit, Doyen honoraire de la Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille, Président de l'Association française des docteurs en droit.

Comité
scientifique

Hugo Barbier

Professeur de droit à l'Université d'Aix-Marseille.

Patrick de Fontbressin

Avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich

Professeur de droit à l'Université de Bourgogne (Dijon).

Marie-Eve Pancrazi

Professeur de droit à l'Université d'Aix-Marseille.

Béatrice Parance

Professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

Sylvio Quincey

Inspecteur Général de la Banque de France.

Responsable
graphique

Clara Rua

Designer digital en charge de l'illustration de couverture et mise en page de l'édition.

Rédacteur en
chef

Sabrina Dupouy

Maître de conférences à l'Université de Clermont-Auvergne.

→ Les demandes de publications sont à adresser à l'adresse suivante: sabrina.dupouy@uca.fr

Sommaire

Bulletin n° 25 – avril 2021

Page 5 Editorial

Jacques MESTRE et Sabrina DUPOUY

Page 7 Dix ans après ! Saison 2, Episode 1

Arnaud LATIL

Page 16 Bulletin de note de l'arbitrage (année 2021, 1^{er} semestre) : « En progrès, peut mieux faire »

Daniel TRICOT

Page 23 Droits fondamentaux : quelle place pour l'entreprise ?

Jérôme ATTARD

Page 47 Médiation et Entreprise en difficultés financières en droit OHADA

Herline-Idèle SILENIUO

Page 75 La loi applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance internationale (à propos d'un arrêt de la CJUE)

Charlemagne DAGBEDJI

Page 87 La filière francophone de droit de Beyrouth : un exemple abouti de coopération interuniversitaire

Gérard BLANC

Page 93 Le droit de grâce en matière pénale : une disgrâce de la Justice

Pierre-Claver KAMPAING

Page 119 Quelques précisions sur les pouvoirs du juge des référés dans la vie des sociétés commerciales

Jacques MESTRE

Page 126 La sanction du défaut de mise en harmonie des entreprises publiques en droit OHADA

Armand MBARGA

Page 153 Les exigences statutaires pour les organismes de régulation au Cameroun

Jean Marie Noël NDZINA NOAH

Page 186 Les membres de l'AFDD publient :

Franz VAN DER MOTTE, Général La Fayette, De la gloire à l'exil, éd.L'Harmattan (compte-rendu par Patrick DE FONTBRESSIN)

Jacques DUPOUEY, Justice, ne passe pas ton chemin – L'expérimentation de la justice transitionnelle en Asie du Sud-Est » (ouvrage à paraître)

Page 195 L'AFDD participe à des colloques :

Colloque sur la Compliance (10 juin 2021, en distanciel via Zoom)

Page 198 Table des contributions parues dans HDD, dans les 25 premiers numéros

EDITORIAL

Voici le 25^{ème} numéro de notre revue mensuelle *Horizons du Droit*, et déjà, au regard de plus de deux ans d'activité, la parution d'un ensemble important d'articles dont vous trouverez la table alphabétique en fin de numéro.

Comme d'habitude, nous accueillons ce mois-ci de très belles contributions, dont l'une, passionnante et en même temps pleine d'humour, est due à la plume de notre ancien président Daniel TRICOT qui, durant huit années, a conduit notre Association et a beaucoup œuvré pour elle. C'est ainsi pour nous une occasion privilégiée de lui rendre publiquement hommage et de lui témoigner toute notre reconnaissance.

Vous retrouverez aussi les rubriques désormais habituelles d'HDD, c'est-à-dire l'anniversaire de thèse, présenté cette fois-ci par Arnaud LATIL, et le compte-rendu de publications de nos adhérents : ce mois-ci, un ouvrage de Maître Franz VAN DER MOTTE, qui s'est intéressé au Général La Fayette, et un autre, qui doit prochainement paraître sur la Justice transitionnelle en Asie du Sud-Ouest, et pour lequel Jacques DUPOUEY, également membre de l'AFDD, sollicite notre manifestation d'intérêt.

Vous pourrez également prendre connaissance d'un prochain colloque soutenu par l'AFDD, et qui, le 10 juin, portera sur la compliance. Un mois de juin qui s'annonce très riche puisque, le 8 de ce même mois, l'Ecole doctorale de Rouen nous invitera elle-même à participer à une journée sur le thème original et inédit de la Lenteur en Droit (il en sera question dans le n°d'HDD de mai, avec les modalités d'inscription, le programme et l'interview de l'une des organisatrices), et que le 24 juin, l'AFDD organisera une manifestation en visio-conférence avec la section brésilienne de l'AFDD, à l'initiative très heureuse de notre correspondant Brésil, Juliano BARRA ! Là encore, le numéro de mai d'*Horizons du Droit* vous donnera toutes les

informations pour y participer mais vous pouvez dès à présent retenir toutes ces dates où, avec votre aide, celle des Ecoles Doctorales et celle de nos correspondants étrangers, toujours plus dynamiques et innovants, l'AFDD continuera à vivre, malgré les difficultés du moment, et même à rayonner au-delà de frontières aériennes provisoirement fermées !

Sabrina DUPOUY

Jacques MESTRE

Dix ans après ! Saison 2, épisode 1

Arnaud Latil- Maître de conférences HDR à Sorbonne Université - Chercheur au
CERDI - Université Paris-Saclay

J'ai soutenu ma thèse de droit privé portant sur la *Création et les droits fondamentaux* (publiée chez LGDJ, coll. bib. dr. priv., t. 554, 2014) le vendredi 18 novembre 2011, à 14h, à l'Université Lyon 3, salle Caillemer. Il y a donc dix ans. La proposition de l'*Association française des docteurs en droit* de réaliser un bilan des dix années après la soutenance n'est pas banale. Outre l'introspection personnelle qu'elle suppose, cette invitation implique surtout de porter un regard prospectif, donc critique, sur le destin de sa propre thèse. Mais un docteur n'est-il pas la personne la moins bien placée pour juger de ses propres travaux ? Pourtant, le défi méritait d'être relevé. Pourquoi ? D'abord car la soutenance n'est pas seulement l'aboutissement de travaux de recherche : elle représente le point de départ de nouvelles recherches. Ce bilan permet ainsi de mesurer la portée d'une thèse dans le parcours d'un chercheur. Il permet aussi de juger de sa date de péremption. Ensuite, d'un point de vue plus personnel, un tel exercice entre en résonance avec mon intérêt pour l'histoire et la sociologie des sciences. Les ouvrages de Bruno Latour m'ont particulièrement marqué ces dernières années. Sans prétendre réaliser ici une étude de cette nature, l'exercice s'apparente de loin à un examen épistémologique d'une thèse de doctorat en droit, dix ans après sa soutenance. De ce point de vue, au-delà de l'évocation de mon expérience personnelle, l'exercice proposé par l'*Association des docteurs en droit* permet de mettre en lumière une forme d'expérience commune – je n'ose dire un *droit commun* – de l'expérience du doctorat en droit.

Dix années après, que reste-t-il d'une thèse de doctorat en droit ? Avant de tenter quelques réflexions systématisées, il me semble important de rappeler, au risque de la banalité, que la durée de la thèse de doctorat est d'abord l'occasion de faire de nouvelles rencontres et de créer de solides amitiés. Car loin de l'image du scribe solitaire qui colle souvent à la peau des thésards, cette période de recherche fut, pour moi en tout cas, la source de nombreuses rencontres dont la décennie passée me permet à présent de mesurer la richesse. Il faut dire que j'ai réalisé ma thèse en Convention CIFRE : j'ai donc eu la chance de pouvoir tisser des liens dans des cercles distincts, celui de l'entreprise dans laquelle j'ai exercé pendant trois ans, et

celui des Universités dans lesquelles j'ai enseigné et, plus généralement, dans le monde de la recherche.

Pourtant, dans les Universités, les lieux de sociabilité sont comptés. Si bien que les occasions de rencontrer d'autres thésards et des chercheurs installés ne sont pas toujours fréquentes : salles de lecture de bibliothèques, salles des profs lorsqu'elles existent, colloques et événements scientifiques. Bref, pas vraiment de baby-foot, ni de week-end d'intégration ! Les lieux manquent, mais ils existent toutefois. Pour moi, ce fut sans conteste la salle O de la Bibliothèque de nationale de France : la BNF. La fréquentation de l'aréopage des habitués a constitué pour moi la condition essentielle de l'achèvement de ma thèse. Je ne saurais trop remercier toutes les personnes que j'ai côtoyées dans ce temple du savoir. Impossible à mon avis de soutenir une thèse sans un solide entourage. Dans son ouvrage *La familia grande* Camille Kouchner, docteure en droit, ne manque d'ailleurs pas de rendre hommage à ses deux « *sœurs de thèse* ». La thèse est un combat contre soi-même qui ne peut se mener seul.

En plus de se constituer un cercle amicalo-scientifique, je crois que mener à terme une thèse implique aussi de bien choisir ses « lieux d'écriture ». Cet ancrage territorial m'a été indispensable. Il faut dire que la BNF se prête à merveille à l'expression d'une certaine *foi* dans la recherche. L'inspiration religieuse de l'architecture du site vise exactement à créer cet effet : la lente procession depuis la rue jusqu'à sa place, en passant par divers couloirs et escalators ; les variations des revêtements du sol : d'abord le métal, rigide, puis le bois, souple, et enfin la moquette, accueillante ; le fameux cloître d'inspiration monacale, où j'ai maintes fois tourné en rond (ou plutôt en *carré*) pour mettre mes idées au clair ; les quatre tours encadrant un jardin, symbolisant la nature apprivoisée par la culture... Bref, la BNF m'a offert un cadre quasi-religieux, propice à l'écriture d'une thèse de doctorat.

La compagnie d'autres thésards s'avère indispensable aux travaux de thèse. Cela afin de comprendre l'exercice demandé, apprendre les « trucs et astuces » et se familiariser avec les codes de la recherche en droit. Une thèse en droit doit se

conformer aux canons de la discipline tout en vivant avec son temps. Les thèses des années 1990 m'ont par exemple souvent paru d'un volume déraisonnable. La démocratisation de l'ordinateur y était certainement pour quelque chose. Les thèses soutenues en Belgique, en général moins structurées, semblent assez baroques à nos yeux de français. Une bonne thèse ressemble à une *tortue*, m'a-t-on dit un jour, cette formation militaire des romains, que tout lecteur d'*Astérix* a déjà vu : il ne faut surtout pas offrir à quiconque l'occasion de s'infiltrer dans une faille ! Par « faille », il faut certes entendre les *faiblesses techniques*, mais aussi les *manquements aux règles canoniques*. La méconnaissance d'une coutume n'est-elle d'ailleurs pas de nature à dégénérer en faute ? Le travail de doctorat en droit comporte une part d'imitation, de passages obligés, de rites initiatiques, de lignes à ne pas franchir. Le plan en deux parties / deux sous-parties, l'équilibre de leur volume, la prohibition du « je », les titres qui se répondent, l'absence de schéma (pourtant essentiels), etc...sont autant de coutumes qu'il convient de connaître, pour mieux s'en affranchir, pourquoi pas, mais en connaissance de cause.

Sur le fond, la période de thèse est un moment unique où, pour la première fois et sans toujours en prendre pleinement conscience, la liberté de lire est totale. Capitant constatait déjà, dans un petit ouvrage paru en 1926, *Comment il faut faire sa thèse de doctorat en droit*, que les étudiants n'avaient pas le temps de lire les « classiques » dans le texte, d'Aubry et Rau à Demolombe. Presque un siècle plus tard, les choses n'ont certainement pas beaucoup changé. Le doctorat offre l'occasion unique d'approfondir la culture juridique que ni licence ni le master de droit ne permettent pas d'acquérir entièrement, et qu'une carrière de « praticien » n'autorise qu'exceptionnellement. Pour cela, la période de doctorat représente un moment unique de pure recherche. Mais le portrait du thésard ne serait toutefois pas complet si l'on omettait aussi de souligner les difficultés matérielles et financières qui assaillent souvent les doctorants, sans compter les incertitudes relatives à l'achèvement du projet et à l'obtention d'un poste à l'Université pour ceux qui le souhaitent.

Au-delà de l'acquisition d'une culture commune, **dix ans de recul** permettent aussi de mesurer la méthode acquise grâce à la thèse. La science juridique partage des méthodes avec d'autres sciences humaines et sociales. Mais elle possède aussi certaines qui lui sont propres. Une des principales difficultés rencontrées par les thésards (pour ma part en tout cas) réside dans l'articulation de la tentation de l'essentialisme et celle de l'empirisme, entre le *jus naturalisme* et le positivisme. Pour ma part, je n'ai eu de cesse de naviguer entre ces deux contrées pendant toute ma thèse. La tentation d'essentialiser une notion est très forte. Le célèbre débat ayant opposé Rivero et Chenot dans les années 1950 au sujet de la définition du service public me semble bien illustrer ce problème ancien mais toujours vif. Toute la difficulté consiste à exprimer une *opinion juridique* en distinguant clairement ce qui relève du dogmatisme et ce qui provient de l'expérimentation.

Qualifier juridiquement une notion figurait précisément au centre de mon travail de thèse. Il s'agissait en effet de cerner l'encadrement juridique d'un fait, la *création*. Pour y parvenir, je me suis fondé sur la technique de la mise en balance des droits fondamentaux, alors balbutiante en droit privé (sauf en droit de la presse). La notion de création artistique était impossible à essentialiser. Les philosophes ne sont en effet jamais parvenus à proposer une définition utile des expressions artistiques (et pour cause) et il n'était évidemment pas question que je m'y attèle. Dès lors, comment étudier une notion qui *existe* mais qui demeure fuyante, en tout cas rétive à toute définition ? La technique de la mise en balance des droits lors du débat judiciaire m'avait semblé constituer un terrain propice. J'ai donc proposé une sorte de phénoménologie du traitement judiciaire des expressions créatives.

J'ai soutenu ma thèse juste avant le déferlement doctrinal relatif au contrôle de proportionnalité in concreto. Peu avant ma soutenance la Cour de cassation venait de rendre son arrêt du 15 avril 2011 relatif à l'inconventionnalité du régime de la garde à vue. Elle rappelait que les États ne devaient pas attendre d'être condamnés par la Cour européenne des droits de l'homme pour appliquer sa jurisprudence. Avec dans mon jury le Professeur Jean-Pierre Marguénaud qui avait qualifié cet arrêt de « révolution du 15 avril » dans les colonnes de la *RTD Civ.*, j'avais alors le

sentiment de me trouver au cœur du réacteur ! Un peu plus de deux ans après ma soutenance, la Cour de cassation rendit le fameux arrêt du 4 décembre 2013 au sujet de la nullité du mariage de la femme ayant épousé le père de son ex-mari. La haute juridiction judiciaire appliquait alors pour la première fois de manière éclatante le contrôle de proportionnalité in concreto en mettant en balance le droit à la vie privée de la requérante et l'interdiction du mariage entre co-alliés. Les éléments factuels de l'espèce, la durée du mariage et son absence de contestation, étaient alors érigés éléments du raisonnement de la Cour de cassation. Perçu par certains comme un outil trop relativiste, ce contrôle de proportionnalité faisait alors craindre la ruine des qualifications juridiques. Pourtant, dix ans plus tard, la catastrophe annoncée n'a pas eu lieu et le thème de l'insécurité juridique a laissé place à des débats plus apaisés au sujet de la place des *faits* dans le raisonnement juridique. L'opération de qualification juridique révélait au grand jour sa face existentialiste, qui a certes toujours existé, notamment s'agissant des standards (bonne foi, fraude, raisonnable, etc.).

La réception des *faits* par la doctrine ne me semble toutefois pas encore achevée. Un éminent collègue, m'interrogeant sur ma thèse, m'a récemment soutenu – sans doute avec un brin de provocation – que le contrôle de proportionnalité supposait de mettre en balance deux droits et, « *pouf* » (c'est son mot), le résultat apparaissait ! Ce « pouf », cet « abracadabra », mérite justement une analyse approfondie dont les chercheurs en droit doivent se saisir. L'interdisciplinarité demeure ici le meilleur des outils à notre disposition. J'avais proposé dans ma thèse de mieux rendre compte de cette opération de mise en balance des droits d'auteur et de la liberté d'expression. Il m'avait semblé que les travaux du philosophe du droit Ronald Dworkin sur les *principes de justice* permettaient de bien rendre compte de ce mécanisme. L'opération de mise en balance des droits se trouve en effet au carrefour du droit et de la morale. Je regrette de ne pas avoir davantage détaillé cette dimension de philosophie juridique de la mise en balance. Dix années après, la dimension *phénoménologique* m'apparaît avec beaucoup plus de clarté. Il me semble en un sens que *l'expérience juridique* pourrait se définir comme la connaissance des faits, techniques et humains, entourant un domaine donné. Mes

travaux portent aujourd'hui notamment sur le droit du numérique : dans cette matière, comment les juristes pourraient-ils prétendre comprendre les objets étudiés (Internet, les réseaux, les algorithmes, demain l'ordinateur quantique) sans l'aide d'experts en informatique ? Non qu'il faille subordonner le traitement juridique des objets techniques aux experts, mais la connaissance technique demeure primordiale pour envisager un encadrement juridique. A ce titre, les laboratoires pluridisciplinaires que l'on voit se constituer un peu partout pourraient permettre de relever ce défi. Mon recrutement juste après ma thèse dans une Université dépourvue d'UFR en sciences juridiques a sans doute contribué à faire croître ce sentiment.

Au-delà, les faits semblent avoir conquis le monde du droit. Outre le contrôle de proportionnalité, dont nous venons d'observer la forte dépendance aux faits, la *soft law* marque aussi la prépondérance des faits sur les règles de droit. Ainsi par exemple en matière de *cookies*, ces petits programmes informatiques déposés sur les appareils accédant à Internet, il faut admettre que les avis, *guidelines* et recommandations des autorités de régulation, de nature essentiellement technique, ont fait largement progresser la matière. Plus encore, l'avènement des faits dans la science juridique résulte encore de la pratique des *bacs à sable* et du *legal design*, inspiré justement du monde informatique. Dix années de recul m'ont fait prendre conscience de l'importance de former des juristes ouverts sur le monde. J'ai le sentiment que le futur de la recherche en droit sera résolument orienté vers les questions d'effectivité et d'efficacité des règles de droit, d'un point de vue plus pragmatique, moins essentialiste, sans toutefois oublier ce qui fait la culture juridique.

Dix ans de respiration permettent naturellement d'avoir anticipé certaines mutations dans son propre domaine d'étude. S'agissant du mien, le droit d'auteur, les arrêts *Klasen* et *Dialogues des carmélites* rendus après ma soutenance par la Cour de cassation en matière de mise en balance des droits d'auteurs m'ont pourtant, et très paradoxalement, presque laissé insensible ! Ils étaient tellement prévisibles que loin de m'apparaître comme des « révolutions », ils m'ont semblé ne

constituer qu'une suite logique et immuable de l'évolution du droit en la matière. L'adoption de la loi *Liberté de création* du 7 juillet 2016 me fit le même effet. Le travail de thèse peut parfois rendre myope à force d'observer son sujet de si près. Il faut aussi dire que cinq années de thèse peuvent créer une certaine lassitude pour son sujet et une soif d'aller étudier ailleurs.

Cette envie d'ailleurs peut se rencontrer dès la thèse soutenue. L'expérience de doctorat représente ainsi un atout méthodologique dans le cadre d'une activité d'avocat ou de conseil juridique. La thèse ne remplacera certes jamais une expérience professionnelle en cabinet ou ailleurs (qui peut toujours s'acquérir) mais permettra de mieux naviguer dans les matières du droit, à condition de ne pas couper les cheveux en quatre, péché originel des docteurs en droit !

Au plan de la postérité scientifique, une thèse est parfois une grande œuvre, immédiatement saluée. D'autres fois, il peut s'agir d'un travail solide et sérieux mais sans éclat particulier. Max Planck affirmait par exemple que « *l'effet de [s]a thèse sur les physiciens de [son] époque fut égal à zéro* » ! A l'inverse, un sujet trop à la mode, qui fera peut-être grand bruit, risque de mal vieillir. L'historien des sciences Thomas Kuhn a justement démontré le rôle central des *modes* et des *tendances* dans l'évolution des sciences. S'opposant sur ce point à Karl Popper, Thomas Kuhn considère que la science avance par saccades et non de manière linéaire. Les changements de *paradigmes* apparaissent selon lui comme le résultat d'un environnement où le génie personnel est relégué au second plan. Sur ce thème, on ne saurait que trop conseiller la lecture de *Magellan* par Stefan Zweig.

De ce point de vue, la postérité d'une thèse s'avère toujours relative. On peut d'ailleurs reprocher au doctorat à *la française* un trop fort déterminisme sur le plan des carrières universitaires. Conçue aujourd'hui comme une œuvre majeure, fortement déterminante pour la carrière universitaire, la thèse mériterait certainement d'être reconsidérée, et peut-être l'est-elle déjà un peu, comme un travail de recherche *en construction*, un canevas sur lequel broder de futures

recherches. Dix années de recul permettent de prendre conscience des lacunes béantes, des intuitions laissées en jachère et des maladresses évidentes dans sa propre thèse... Mais une fois en poste à l'Université, le temps manque pour retrouver un tel espace de liberté. Pourtant, dix ans après la thèse, l'expérience acquise mériterait d'être mise de nouveau à profit. Comme pour d'autres disciplines universitaires, exiger la rédaction d'une seconde thèse serait certainement un exercice stimulant au plan individuel et sans doute bénéfique au plan collectif. Dix années après la fin de la saison 1, voici venu le temps de la saison 2 ?

**Bulletin de note de l'arbitrage (année
2021, 1^{er} semestre) :**
« En progrès, peut mieux faire »

Daniel TRICOT - Arbitre et médiateur en affaires

Le bulletin n°2 d'avril 2021 de « Signatures internationales » consacre un important dossier thématique à l'arbitrage. Sur plus de 220 pages, des praticiens de l'arbitrage échangent idées et constatations sur l'état de l'arbitrage en 2021. Cette remarquable contribution à la connaissance et à la promotion de l'arbitrage est riche et opportune dans un pays qui connaît tant de défiance envers ce mode de règlement des litiges.

Voici le bulletin de note de l'arbitrage du premier semestre de l'année en cours :

Sciences et techniques : *sens de l'efficacité*

Né des besoins du commerce international, l'arbitrage prospère en Europe et dans le monde. Ainsi, l'Union Européenne et le Royaume-Uni n'ont pu parvenir à un accord que grâce au recours à deux instances arbitrales dédiées au règlement des litiges d'interprétation et d'application des conventions du Brexit. Cette méthode s'est imposée dès lors qu'après son retrait de l'Union, le Royaume-Uni refusait toute intervention de la Cour de Justice de l'Union Européenne.

Histoire contemporaine : *désordonné*

En France, le succès de l'arbitrage est plus contrasté, notamment depuis l'affaire ADIDAS plus souvent désignée sous le nom de l'arbitrage Tapie. Dans un premier temps, la cour d'appel de Paris, statuant en matière civile, a décidé, le 17 février 2015, que la sentence arbitrale rendue le 7 juillet 2008 contre les sociétés CDR au profit des liquidateurs judiciaires de M. et Mme Tapie avait été obtenue par un concert frauduleux ayant existé entre l'un des arbitres et M. Tapie et qu'en conséquence, le recours en révision de cette sentence était recevable. Le pourvoi formé contre cette décision a été rejeté par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation le 30 juin 2016 (15-13.755 ; 15-13.904 ; 15-14.145).

Pourtant, statuant sur des poursuites pour escroquerie engagées contre un certain nombre d'acteurs de l'arbitrage par le Parquet national financier, le tribunal correctionnel de Nanterre, par un jugement du 9 juillet 2019, a prononcé une relaxe générale du chef d'escroquerie. Le silence est retombé depuis ce jour car l'agence Médiapart, qui s'était largement engagée pour rendre compte des reproches formés contre cet arbitrage, a subitement changé de cible le 10 juillet 2019 en focalisant, avec succès, l'attention sur les homards qu'un homme politique, devenu ultérieurement ministre, avait fait servir à des invités à une époque où il était président de l'Assemblée nationale.

Sens de la communication : à développer

Ce n'est que partie remise puisque l'instance d'appel va reprendre et révélera les pratiques relationnelles d'un arbitrage dont le compromis fut âprement discuté au plus haut niveau et dont le déroulement et les suites sont désormais finement analysés.

Il est exceptionnel qu'une contradiction aussi flagrante oppose les instances civiles qui ont caractérisé le concert frauduleux à l'instance pénale qui, provisoirement, a écarté toute escroquerie ; les débats se poursuivront avec virulence et si le jugement de Nanterre est confirmé en appel, le droit de l'arbitrage s'enrichira de nouveaux développements. Quoi qu'il en soit, ces décisions méritent d'être connues et publiées tant elles révèlent ce que sont les pratiques courantes de l'arbitrage.

Sécurité juridique : les fondamentaux sont enfin assimilés

Le monde de l'arbitrage surprend parfois. On a ainsi pu entendre lors d'une conférence publique, il y a quelques années, , un arbitre internationalement reconnu déclarer qu'il ne convenait pas que les arbitres relèvent d'office des moyens tirés d'une violation éventuelle de l'ordre public car ce serait les soumettre au risque de ne plus jamais être choisis. Depuis, la Cour de cassation, par une série

d'arrêts, a mis bon ordre pour éviter de telles tentations contraires à l'exercice de la fonction juridictionnelle, qu'il s'agisse d'arbitrage interne ou d'arbitrage international.

Indépendance (cours théorique) : excellent

Naguère, on se demandait encore si l'arbitre désigné par l'une des parties n'était pas légitimement un porte-parole de celui qui l'a choisi plus qu'un juge. La question de son indépendance et de son objectivité a été tranchée, en théorie du moins.

Indépendance (travaux pratiques) : les bonnes techniques restent à acquérir

Car la pratique révèle des comportements qui doivent être décryptés.

Il y a d'abord l'arbitre qui se présente avec des idées arrêtées. Il ne faut pas le condamner d'emblée car son attitude peut procéder d'une méconnaissance de la fonction de juge et de la manière de juger. S'il est sincère, il découvrira, avec l'aide de ses collègues, que le juge, pour demeurer objectif, doit se garder de hiérarchiser les informations qu'il reçoit des parties et qu'il ne doit pas les trier par ordre de préférence ou de vraisemblance. Le juge expérimenté sait qu'il doit absorber l'entier dossier qui lui est présenté par écrit et oralement, sans chercher à ordonner ou classer les faits ou les arguments. Le juge expérimenté sait aussi que son cerveau va naturellement, après une maturation inconsciente, lui restituer, à force de questionnements, les éléments utiles à la décision pour peu qu'il ait pris le temps d'explorer l'intégralité du dossier. La collégialité et la confrontation qui en résultent lors du délibéré feront le reste. Si le tribunal arbitral fonctionne de façon harmonieuse, la décision collégiale ne sera pas prise à la majorité mais à l'issue d'une construction de l'unanimité qui se fait étape par étape, tout au long du processus de la motivation et qui permet de trouver ensemble les voies les plus solides parmi les éléments de preuve puisés dans l'entier dossier.

Philosophie : *bonne aptitude au bonheur*

La complicité respectueuse et vivifiante d'un collège d'arbitres pratiquant l'échange et la confrontation des points de vue à seule fin de bien juger est une satisfaction incomparable pour chaque arbitre. Le délibéré est un moment d'heureuse synthèse entre l'ouverture d'esprit, la maîtrise des compétences et la grandeur humaine.

Relations humaines : *bon sens à développer ...*

Le juge arbitre comprend cela d'instinct et détecte dès lors aisément le co-arbitre pressé d'obtenir un résultat prédéfini parce qu'il a décidé d'être là à cette seule fin. La collégialité de trois arbitres permet de trouver aisément la parade à ce gêneur dès lors que les deux autres exercent leur fonction avec loyauté et compétence. J'ai connu des délibérés à deux arbitres, flanqués d'une potiche inaudible, qui ont fonctionné très harmonieusement et produit une sentence motivée et équitable après la mise hors-jeu de l'inconvenant.

... vis-à-vis des arbitres

Il est vrai que la fréquentation des arbitres anglo-saxons est parfois surprenante tant ils divergent, face aux arbitres de culture continentale, dans leur méthode de lecture et d'exploitation du dossier. Les arbitres continentaux sont profondément attachés à la recherche de la vérité des faits et de leur interprétation, recherche qu'ils fondent sur tous les éléments du dossier, d'où qu'ils viennent dès lors que le principe de la contradiction a été respecté. Les juges arbitres anglo-saxons, habitués à une rigoureuse pratique professionnelle des avocats qui fuient toute suspicion d'injure faite au juge par des exposés imprudents, ont pour premier réflexe de vanter leur degré de confiance dans les divers avocats : ils disent ainsi ouvertement, lors du délibéré, quelle est leur préférence parmi les conseils pour accorder foi à l'un et émettre des réserves envers l'autre. Quand le juge continental cherche la vérité judiciaire dans l'exploitation des ressources du dossier, le juge anglo-saxon tient pour vrai que tout ce qu'il dit est, par nature, l'énoncé de l'exacte

vérité. Ces oppositions de méthode donnent souvent lieu à des débats étonnants lors du délibéré mais elles ne nuisent pas à la qualité de la sentence dès lors qu'elles sont précisément identifiées par les arbitres des deux écoles.

... vis-à-vis des parties et de leurs Conseils

Dans la pratique encore, nombre de Conseils des parties ont des difficultés à comprendre que l'arbitre qu'ils ont choisi doit demeurer en dehors de leur tactique d'argumentation. Il est bon de préciser, dès le début du processus de constitution du tribunal arbitral, que si les échanges entre l'arbitre choisi et le Conseil d'une partie s'imposent pour parvenir à la désignation du président du tribunal arbitral, il en ira différemment dès que le tribunal sera constitué. Pour autant, lorsque le Conseil joint l'arbitre, s'il convient de refuser courtoisement d'entrer dans l'échange, il est permis d'écouter l'observation ou la recherche d'information à la seule condition – impérieuse – d'en rendre compte fidèlement aux autres arbitres le plus rapidement possible. Certains malentendus peuvent être ainsi évités et cette attention est parfois nécessaire face à des Conseils peu formés à l'arbitrage.

Transparence : *de grandes faiblesses faciles à corriger*

La pratique révèle surtout que la fraude la plus sournoise dans l'arbitrage résulte du caractère occulte des réseaux. Lorsque deux arbitres se comportent pour ne faire qu'un dans le déroulement de l'arbitrage et en particulier lors du délibéré, le troisième arbitre doit développer une énergie immense pour éviter le pire. Heureusement de tels comportements sont rares mais ils sont réels parce que les intérêts sont si importants que le retour de service antérieur et la poursuite d'une liaison occulte sont très tentants.

La parade face à ces comportements est simple et elle entrera nécessairement en application un jour. Si l'arbitrage est confidentiel, la pratique de l'arbitrage par des professionnels, qu'ils soient magistrats, universitaires, avocats, experts-comptables ou techniciens est connue et affichée. Il suffirait donc que, dans leur

déclaration d'indépendance, les arbitres soient tenus d'indiquer avec quelles personnes et combien de fois, ils se sont trouvés dans un arbitrage soit comme Conseil, soit comme Arbitre au cours des trois ou cinq dernières années. Il conviendrait que cette information soit assortie de l'indication du Cabinet auquel les uns et les autres appartiennent ou ont appartenu et qu'en outre, chaque arbitre indique le nom de l'organisme financier auquel il délivre des consultations sur les chances de succès des arbitrages financés. Les recoupements d'informations et les contrôles éventuels des organismes professionnels seraient de nature à dissuader les arbitres de pratiquer l'omission dans leurs déclarations d'indépendance.

Une telle exigence serait d'autant plus aisée à mettre en place que le monde de l'arbitrage est plus perméable qu'on ne le pense. On connaît assez bien ceux ou celles dont la pratique est douteuse, celles ou ceux avec lesquels on refuserait de conduire un arbitrage, même s'ils ne sont que les Conseils des parties. Lors du choix des arbitres et de la composition du tribunal arbitral - phase particulièrement délicate pour les parties et leurs Conseils - il est de règle que plusieurs noms soient proposés et il est certain qu'il y aura beaucoup moins de personnes choisies que de personnes sollicitées. Ayant l'expérience d'un magistrat, d'un universitaire et d'un avocat, je suis soulagé d'entendre que, par principe, ma qualité de magistrat a pu provoquer une mise à l'écart ; n'était-on pas à la recherche d'un arbitre un peu influençable ou peut-être malléable ? Allez savoir. Il en faut pour tout le monde et l'intransigeance sur le principe d'indépendance n'est quand même pas l'apanage des seuls magistrats !

Paris, le 15 avril 2021

Droits fondamentaux : quelle place pour l'entreprise ?

Jérôme ATTARD - Maître de conférences HDR - Codirecteur du Master Droit de
l'entreprise à la Faculté de droit de Douai et à l'ISDI Lomé - Membre du Centre Droit
Éthique et Procédures et de l'Association Française des Docteurs en Droit

Peut-on établir un lien entre les droits fondamentaux et l'entreprise ? La première difficulté tient sans doute à l'appréhension des termes par le droit. La notion de droit fondamental est « empreinte d'une charge émotive qui semble défier toute rigueur¹. Selon MM Badinter et Genevoix, ces droits seraient caractérisés par leur rapport à l'homme « fondement de tout droit »² dont ils assureraient l'épanouissement. Ils constitueraient le socle indispensable à la communauté humaine³. Ils protégeraient d'abord l'homme contre les dérives autoritaires de la puissance publique ce qui justifie leur promotion depuis la fin de la seconde guerre mondiale. Les textes leur servant de source sont divers : en droit interne, ces droits se fondent sur le bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire, la Constitution de la Vème République, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la Charte constitutionnelle de l'environnement⁴, ainsi que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Il faut ajouter à ces sources, certaines supra nationales. Si on laisse de côté les traités qui ont une portée catégorielle, on doit encore citer la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, les protocoles additionnels à cette dernière ; la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne du 7 décembre 2000⁵ ; la Déclaration universelle des droits de l'homme⁶ ; les pactes des Nations Unies du 16 décembre 1966⁷.

L'entreprise quant à elle est un concept inspiré des sciences économiques⁸ : elle apparaît comme « une unité reposant sur une organisation préétablie, fonctionnant

¹ J. Raynaud, « Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés », préface E. Garaud, PUAM 2003 n°5 p. 21

² Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux, RFD adm. 1990 p.317

³ M.-L. Pavia, « Eléments de réflexion sur la notion de droits fondamentaux », LPA du 6 mai 1994 n°34 p.6

⁴ Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1^{er} mars 2005, JORF n°0051 du 2 mars 2005 p. 3697

⁵ JOCE n° C 364 du 18 décembre

⁶ On rappellera que ce texte n'a qu'une valeur de recommandation : elle ne crée pas d'obligations pour les Etats et le Conseil d'Etat lui refuse toute force obligatoire (CE 18 avril 1951, Elections de Nolay, Lebon 189)

⁷ Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques

⁸ M. Despax, « L'entreprise et le droit », LGDJ 1957 ; G. et A. Lyon-Caen, « La doctrine de l'entreprise » in « Dix ans de droit de l'entreprise » Libr. techn. 1978 p.601 et s. ; J. Paillusseau, « Le Big bang du droit des affaires à la fin du XXème siècle » (ou les nouveaux fondements et notions du

autour de moyens de production ou de distribution »⁹. Elle a longtemps été confondue en droit, avec le fonds de commerce, la personne morale des sociétés immatriculées apparaissant comme « la personnalisation du groupement des associés ¹⁰ ». Il a fallu attendre l'après deuxième guerre mondiale pour que certains juristes dissocient l'entreprise de l'entrepreneur et des associés pour y voir un nouveau sujet de droit¹¹. Pour M Paillusseau, elle crée une communauté d'intérêt entre associés, dirigeants, salariés, clients, fournisseurs, tandis que le rapport Notat-Sénard l'a présentée comme un objet d'intérêt collectif conduisant à prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité¹². Le législateur lui-même n'est pas resté indifférent à ce concept, l'intégrant dans différentes branches du droit comme le droit social, comptable, de la concurrence, des procédures collectives¹³, tandis qu'une réflexion qui se développe depuis plusieurs années, invite à s'interroger sur une efficacité économique du droit¹⁴ qui ne peut guère écarter l'entreprise.

Ces premiers propos peuvent rendre perplexe quant à la recherche d'un lien entre ces droits fondamentaux et l'entreprise. Que les premiers puissent protéger la seconde peut paraître incongru. Tout juste pourra-t-on s'inquiéter que la puissance économique de l'entreprise soulève des problèmes similaires, à ceux suscités par la puissance publique à l'égard des citoyens : ce risque invite notamment à s'interroger sur le respect des droits fondamentaux en matière de relations de travail, en particulier le respect à une vie personnelle et familiale du salarié, à la possibilité de ce dernier de s'exprimer librement¹⁵. De même la puissance

droit des affaires », JCP G 1988 doctr. 3330 ; J.-Ph. Robé, « L'entreprise en droit », Dr. et société 29/1995 p.117

⁹ T. Debard et S. Guinchard, « Lexique des termes juridiques », Dalloz 28^{ème} éd. 2020-2021

¹⁰ « Qu'est-ce qu'une entreprise ? » entretien avec J. Paillusseau, JCP G 2018-1232

¹¹ Despax, ouvr. précité

¹² J.-D. Sénard et N. Notat, « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », Rapport du 9 mars 2018 aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de l'Economie et des Finances et du Travail,

¹³ « Qu'est-ce que l'entreprise ? », entretien avec J. Paillusseau, JCP G 2018-1232

¹⁴ Voir notamment : S. Bollée, Y.-M. Laithier et C. Pérès, « L'efficacité économique en droit », *Economica* 2010 et plus particulièrement par rapport au rôle de l'entreprise dans cette approche économique : R. Coase, « The nature of the firm », *Economica* Londres 1937 ; A. Couret, « Les apports de la théorie micro-économique moderne à l'analyse du droit des sociétés », *RTD soc.* 1984 p.243 ; J. Paillusseau, « L'efficacité des entreprises et la légitimité du pouvoir », *LPA* n°74 du 19 juin 1996 p.17

¹⁵ I. Meyrat, « Droits fondamentaux et droit du travail », thèse dact. Paris X 1998 ; Ch. Mathieu, « La vie personnelle du salarié », Thèse dact. Lyon 2 2004 et pour une étude de droit comparé, P. Perraki,

économique de certains acteurs peut-elle susciter la crainte que ces derniers n'en abusent au point de porter atteinte aux droits fondamentaux de leurs cocontractants¹⁶. On pense immédiatement aux banquiers qui, afin de préserver leurs intérêts, pourraient être tentés d'imposer des clauses inacceptables aux regard des droits de leurs clients à une vie privée, à la libre disposition de leurs biens, à leur liberté d'entreprise, si le devoir de non-ingérence, reconnu par la jurisprudence, n'avait pas pour effet de les en empêcher¹⁷.

Pour autant, certaines constatations invitent à aller plus loin dans la réflexion. D'abord convient-il de rappeler que les personnes physiques ne sont pas les seules à pouvoir se prévaloir de droits fondamentaux, lesquels peuvent également être invoqués par des personnes morales¹⁸. Sous une forme ou l'autre, l'entreprise est créatrice de richesse et d'emplois¹⁹ ce qui lui confère un rôle centrale dans notre société. Certaines études montrent que les milieux d'affaires se sont emparés de ces droits. On citera parmi d'autres, l'article de Mme Henette-Vauchez qui souligne que la majorité des questions prioritaires de constitutionnalité sont désormais soulevées par les milieux d'affaires²⁰. Les droits s'adaptent parfois en conséquence : celui de créance apparaît comme un élément de propriété, le droit à la vie privée justifie la protection du secret des affaires ou du siège d'une personne morale, cette dernière étant également autorisée à agir en diffamation afin de protéger son honneur et par là même à sa réputation commerciale, tandis que le discours commercial apparaît comme un élément de sa liberté d'expression. De même encore, sans qu'il y ait de distinction à établir entre personnes morales et physiques, l'entrepreneur s'est vu reconnaître un droit d'accès à la justice ainsi qu'à un procès équitable. Faut-il y voir un enrichissement des droits fondamentaux ? D'un certain point de vue oui. L'entreprise ne doit pas

« La protection de la vie personnelle du salarié en droit comparé européen », thèse dact. Strasbourg 2003

¹⁶ Voir globalement J. Raynaud, « Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés », préface E. Garaud, ouvr. précité

¹⁷ Voir notre article « Analyse du principe de non-ingérence sous l'angle de la protection des droits fondamentaux des cocontractants du banquier », RTD. com. 2017 p.1

¹⁸ X. Dupré de Boulois, « Les droits fondamentaux des personnes morales : pourquoi ? », RDLF 2011 chr. 15

¹⁹ J. Fourvel, in « L'entreprise et les droits fondamentaux : le procès équitable » Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n°37 oct. 2012

²⁰ « Les droits et libertés que la Constitution garantit : quiproquo sur la Q.P.C. ? » La Revue des Droits de l'Homme 10/2016

nécessairement être perçue comme une simple activité économique, mais comme un ensemble de droits attachés à la vie humaine : traditionnellement appréhendée comme la mise en œuvre de moyens dont est propriétaire l'entrepreneur, elle peut aussi être perçue comme la réalisation d'un projet intime et se rattacher à la liberté d'expression ; elle permet aussi de fournir à l'homme un travail et des moyens nécessaires à son existence et son épanouissement...On peut au contraire, s'inquiéter d'un dévoiement résultant d'une emprise progressive de l'économie sur le droit comme nous y invitent certains auteurs, dénonçant la victoire de « l'homme du marché »²¹ ? La relation entre l'entreprise et les droits fondamentaux s'inscrirait, au final, dans une perspective de recherche d'efficacité économique du droit, encouragée par une construction de l'union européenne qui laisse une grande place à la liberté d'installation et de concurrence. Une telle analyse peut paraître d'autant plus plausible que la protection de l'entreprise peut parfois justifier une atteinte aux droits fondamentaux de personnes. En droit des sociétés, l'associé peut voir sa responsabilité engagée pour un abus de droit de vote qui se traduit comme la sanction de l'expression d'une opinion contraire à l'intérêt de l'entreprise, tandis que notre droit admet désormais l'inaliénabilité de titres sociaux ou la possibilité d'exclure un associé au mépris de son droit de propriété. Les associés et dirigeants ne sont pas les seuls à supporter de telles atteintes : les droits du salarié doivent être combinés avec ceux de l'entreprise, tandis que le droit de créance de partenaires économiques peut se trouver atteint par la volonté de redresser une entreprise en difficulté. Ainsi, réfléchir sur les liens entre l'entreprise et les droits fondamentaux conduit à un double constat : certains de ces droits contribuent à la protection de l'entreprise (I) tandis que l'intérêt de l'entreprise peut légitimer la restriction apportée aux droits fondamentaux de certaines personnes (II).

²¹ Notamment B. Edelman, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », D. 2011 p.897

I. LES DROITS FONDAMENTAUX CONTRIBUANT A LA PROTECTION DE L'ENTREPRISE

Les droits des entreprises et des entrepreneurs auraient, selon M Drago, « un fondement patrimonial marqué par l'exercice du droit de propriété sur les moyens de production²² ». Pour autant, si la protection de l'entreprise est d'abord assurée par la reconnaissance du caractère fondamental de droits patrimoniaux, on doit également constater qu'elle résulte de manière croissante, de la possibilité pour l'entrepreneur d'invoquer des droits extrapatrimoniaux dont on peut se demander s'ils ne sont pas détournés de leur finalité initiale à des fins mercantiles. C'est ce que la présente étude propose de démontrer en revenant d'une part sur « la contribution de droits patrimoniaux à la protection de l'entreprise » (A) et d'autre part, sur « la contribution de droits extrapatrimoniaux à la protection de l'entreprise » (B).

A. LA CONTRIBUTION DE DROITS PATRIMONIAUX A LA PROTECTION DE L'ENTREPRISE

La liberté d'entreprendre constitue évidemment le premier pilier de l'entreprise dans une économie libérale²³. Affirmée, en droit français par les décrets d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, elle s'est vu reconnaître une valeur constitutionnelle en 1982²⁴. Le Conseil constitutionnel la fonde sur l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui affirme la liberté en général sans la viser en particulier : les auteurs de la Déclaration ont souhaité une société fondée sur la liberté ce qui se traduit en matière économique, par celle d'entreprendre. Le Traité de fonctionnement de l'Union Européenne lui a consacré de son côté, plusieurs articles, en particulier dans ses chapitres 2 et 3 respectivement relatifs au droit d'établissement et aux services. La charte des droits fondamentaux de

²² « Droit de propriété et liberté d'entreprendre dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : une relecture », in Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux » 9/2011 p.31

²³ V. Champeil-Deplats, « La liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux », Rev. Droit du travail 2007 p.19

²⁴ Conseil Constitutionnel 16 janv. 1982 n°81-132 DC, JO 17 janv., D. 1983-169 note Hamon

l'Union lui a réservé son article 16. Cette liberté justifie plusieurs principes : celui d'accéder librement à une activité professionnelle, de choisir la durée de son exploitation, ainsi que le lieu de celle-ci, l'entrepreneur pouvant même opter pour une activité ambulante.

Une fois installée, l'exploitant est par principe, libre de sa gestion²⁵, de ses procédés de fabrication. Il peut diversifier son activité ou décider de l'arrêter²⁶. La liberté contractuelle lui permet de choisir ses partenaires ou de négocier le contenu du contrat. Le caractère fondamental de la liberté d'entreprendre justifie une protection particulière, ne permettant de l'écarter qu'en raison d'un intérêt légitime et de manière proportionnée. On rappellera notamment la position de notre Conseil constitutionnel jugeant que la restriction pouvant être apportée à cette liberté ne pouvait être ni « arbitraire, ni abusive »²⁷, le Conseil considérant notamment que l'objectif de préservation de l'emploi ne pouvait justifier une atteinte disproportionnée à ce droit fondamental²⁸.

Autre pilier d'un système libéral, la propriété constitue également un droit fondamental. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 en avait fait « un droit naturel et imprescriptible de l'homme ». Le premier protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'homme a étendu ce caractère fondamental aux personnes morales en affirmant que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens... Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international... » Plus récemment, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne lui a consacré son article 17 précisant que la propriété intellectuelle est protégée. Le Conseil constitutionnel considère que la conservation de la propriété, au même rang que la liberté, est l'un des buts de la société publique. Elle fonde la liberté d'entreprise qui en apparaît comme « la dynamique ». Pour Ripert, l'entreprise est longtemps restée « cachée sous la propriété », la notion d'entreprise consistant « dans un faisceau de droits de propriété formé par l'entrepreneur pour la meilleure utilisation des biens qui lui

²⁵ Cl. Champaud, « Libre entreprise et droit français », RID éco. 1987 p.306

²⁶ J.-M. Mousseron et D. Mainguy, « La liberté d'exploitation de l'industriel », in Mélanges offerts à J.-J. Burst, Litec 1997 p.349

²⁷ Décision n°81-132 DC précitée

²⁸ Décision n°2001-455 DC 12 janv. 2002, rec. 49

appartiennent²⁹ ». Plus récemment, Messieurs Louis Favoreu et Loïc Philip, ont également établi un lien entre l'entreprise et la propriété en estimant qu'« en l'état actuel de notre droit, le législateur ne peut supprimer la liberté de choix par un individu de l'activité qu'il entend exercer ni la possibilité de tirer parti de sa propriété pour exercer ce libre choix ³⁰».

La notion de propriété est entendue largement comme visant toute valeur économique : tout intérêt patrimonial peut en être l'objet. Elle permet tour à tour, de protéger la clientèle, ainsi que les éléments nécessaires à sa constitution et à sa préservation comme une autorisation administrative, ou un droit de propriété industriel. Elle porte également sur des valeurs mobilières comme des actions. Considérer que tout intérêt patrimonial est l'objet d'un droit de propriété permet d'assimiler des créances à des biens ce qui conduit à les protéger au titre des textes susvisés. On rappellera ainsi, à titre d'exemple, que dans le cadre de l'adoption de l'EIRL, le Conseil constitutionnel, se référant au droit de propriété des créanciers, garanti par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, a subordonné l'opposabilité de la déclaration d'affectation aux créanciers dont les droits étaient nés antérieurement, à un dispositif permettant à chacun d'entre eux d'être personnellement informé de cet événement et de sa possibilité de former opposition³¹. Cette position fait écho à celle adoptée par la Cour de justice des communautés européennes devenue Cour de justice de l'union européenne³², et la Cour européenne des droits de l'homme³³.

Le droit de propriété est appréhendé sous l'angle d'une valeur patrimoniale qui en justifie le caractère fondamental, y compris lorsqu'il porte sur des biens comme un brevet dont la protection aurait pu être justifiée par une liberté de penser et d'expression incluant celle de créer³⁴.

²⁹ In « Aspects juridiques du capitalisme moderne », Paris LGDJ 1951 p.268

³⁰ Commentaire Décisions n°81-132 DC du 16 janvier 1982, loi de nationalisation in « Les grandes décisions du Conseil constitutionnel » p.32 Dalloz 19^{ème} éd. 2018

³¹ Conseil Constit., Décision n°2010-607 du 10 juin 2010, JO 16 juin 2010 p. 10 988, RTD civ. 2010 p.584 obs. Th. Revet, « La consécration de la propriété des créances par le Conseil constitutionnel »

³² F. Zenati, « Notion de propriété au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », RTD civ. 1995 p. 652

³³ F. Zattara-Gros, « Convention européenne des droits de l'homme, protocole 1 art.1 : contrôle des mesures privatives de propriété », Répertoire Dalloz Droit immobilier

³⁴ J. Schmidt-Szalewski « Propriété intellectuelle et droits fondamentaux », RTD eur 2008-405

Si certains droits patrimoniaux semblent naturellement servir la création et l'exploitation d'une entreprise, la volonté de protéger celle-ci semble également permettre d'invoquer des droits traditionnellement considérés comme extrapatrimoniaux ce qui contribue à leur marchandisation.

B. LA CONTRIBUTION DE DROITS EXTRAPATRIMONIAUX A LA PROTECTION DE L'ENTREPRISE

Faut-il y voir une influence de l'analyse économique du droit ? Un détournement des droits humains à des fins mercantiles ? Toujours est-il que l'entreprise est de plus en plus protégée pas des droits extrapatrimoniaux qui semblaient pourtant conçus pour préserver les individus contre la potentielle oppression dont la personne publique pourrait être l'auteure.

C'est le cas du respect de la vie privée et du domicile d'une personne. Le Conseil constitutionnel considère que ce droit découle de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³⁵, tandis que sa protection est également assurée par l'art 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces textes protègent le secret des correspondances professionnelles et justifie l'application du principe d'inviolabilité du domicile aussi bien au cabinet d'un membre d'une profession libérale, qu'au siège d'une personne morale, ou encore aux agences et locaux professionnels de celle-ci³⁶. Il en résulte que le pouvoir d'investigation confié à tout enquêteur, agissant notamment pour une autorité administrative indépendante, doit être justifié et implique un cadre évitant les abus³⁷. L'entrepreneur peut d'ailleurs invoquer les différents droits fondamentaux développés dans le cadre du droit processuel. En particulier, les droits de la défense s'imposent indifféremment aux personnes physiques et morales, y compris en matière de contentieux économique³⁸. La Cour européenne des droits de

³⁵ Conseil Constit., décision n°94-352 DC du 18 janv. 1995

³⁶ F. Moutière « Secret des affaires et vie privée », D. 2012 p.571, C. Bîrsan, « La notion de domicile au sens de l'art 8 de la Convention vise le siège social, les agences et locaux professionnels d'une personne morale », D. 2003 p.527

³⁷ CEDH 16 avril 2002, sociétés Colas SA et autres c/ France (n°37971/97)

³⁸ N. Mathey, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », RTD civ. 2008 p.205

l'homme a-t-elle ainsi reconnu, à l'occasion d'un contentieux fiscal, que le droit de ne pas s'avouer coupable relevait de celui à un procès équitable³⁹, tout comme le respect du contradictoire qui peut être invoqué dès lors qu'une personne se trouve en mesure de porter atteinte aux droits d'un tiers par les décisions qu'elle est en mesure de lui imposer⁴⁰. On citera également, pour se convaincre de l'importance des droits fondamentaux dans les procédures impliquant les milieux d'affaires, toute l'évolution du droit applicable aux autorités administratives indépendantes dans le cadre de leur pouvoir de sanction. On rappellera à ce titre, la condamnation, par la Cour de cassation, de la participation d'un rapporteur, ayant instruit l'affaire, au prononcé de la sanction par la COB⁴¹.

S'il est devenu courant d'invoquer les droits fondamentaux afin de protéger l'entreprise contre des procédures qui contreviendraient à ses intérêts, on doit également constater que ces droits peuvent indirectement la servir quand ils sont invoqués à son encontre. Ainsi, le principe du contradictoire qui s'est imposé dans le domaine de la révocation d'un dirigeant de société, peut être analysé comme un moyen d'échange permettant une réflexion sur l'opportunité de cette décision au regard de l'intérêt social⁴².

D'autres droits non habituellement patrimoniaux sont également invoqués dans un objectif économique. C'est le cas de la liberté d'expression qui, protégée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, englobe les informations à caractère commercial, comme l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme⁴³.

³⁹ L.-V. Fernandez-Maublanc « Portée en droit fiscal français du droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination » Rev. UE 2011.476 et réf citées

⁴⁰ M.-A. Frison-Roche, « Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel) th. Dactylographiée Paris 2 1988 n°199

⁴¹ Cass. Plén. 5 févr. 1999 n°97-16 440, Bull civ. n°1, B.J.S. 1^{er} mars 1999 note N. Rontchevsky et plus globalement J.-B. Dubrulle, « La difficile conciliation de l'art. 6 de la CEDH avec le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », L.P.A. n°133 du 4 juillet 2007 p. 14 ; F. Brunet, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », R.F.D.A. 2013 p.113

⁴² Voir notre article : « La révocation des dirigeants sociaux : de la licéité des clauses écartant l'exigence légale du juste motif », JCP G I 127. Rappelons que cette condamnation avait conduit dans le législateur à établir une indépendance entre la Commission des sanctions, chargée du prononcé de la sanction et le collège, chargé de l'instruction du dossier avec la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 relative à la sécurité financière

⁴³ CEDH 20 nov 1989, Aff n°3/1988/147/201 Markt intern Verlag GmbH

On ajoutera que le principe d'égalité s'est imposé au fil du temps et s'impose même en l'absence de texte particulier⁴⁴ : il est très souvent invoqué par les acteurs économiques dans ses déclinaisons les plus diverses, notamment égalité devant la loi, les charges publiques, la justice⁴⁵.

Le caractère fondamental attribué à ces droits, ne leur confère pas un caractère absolu. Une atteinte peut leur être portée dès lors qu'elle répond à un intérêt légitime et reste proportionnée. Cette légitimité peut évidemment répondre à des préoccupations diverses qu'elles soient économiques ou non. Ainsi, la liberté d'entreprendre peut-elle être écartée dès lors que la protection de l'environnement le justifie ce qui n'est pas négligeable dans le contexte actuel⁴⁶. La liberté d'expression n'autorise pas, non plus, en France, une société à participer au financement d'une campagne politique, ni des pratiques relevant de la publicité trompeuse ou d'un acte de concurrence déloyale⁴⁷. Le principe d'égalité n'empêche pas que le législateur traite de manière différente des situations qui ne sont pas identiques ou y déroge pour des raisons répondant à l'intérêt général⁴⁸. Il convient aussi de combiner entre eux les droits auxquelles peuvent prétendre les acteurs économiques au nom de l'entreprise. En droit des procédures collectives, la volonté de redresser l'entreprise ne saurait totalement écarter toute protection des créanciers, a fortiori lorsque ce redressement apparaît impossible. A ce titre, convient-il de rappeler qu'en cas de liquidation judiciaire, le dessaisissement est de plein droit⁴⁹. De même, notre droit autorise-t-il le contrat à préserver les droits du créancier en portant atteinte à certains droits fondamentaux de son débiteur, pourvu que la mesure prévue soit justifiée et proportionnée. Ainsi, peut-on admettre la licéité des clauses restreignant le droit du débiteur de librement

⁴⁴ F. Soucramanien, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel : quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité », Cahiers du Conseil constitutionnel n°29 octobre 2010 (Dossier sur la question prioritaire de constitutionnalité)

⁴⁵ S. Henneville-Vaucher, art. précité

⁴⁶ Conseil constit. Décision n°2019-823 QPC 31 janvier 2020 ; notre article « La protection de l'environnement est un objectif à valeur constitutionnel qui peut justifier des atteintes à la liberté d'entreprendre », LPA n°152m4 du 22 avril 2020 p.10

⁴⁷ F.-G. Trébulle « Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression », Rev sociétés 2004 p. 261

⁴⁸ F. Soucramanien et réf. citées

⁴⁹ Art. L 641-9 du Code de commerce.

disposer de ses biens, ou de gérer librement son entreprise, en se soumettant à certaines exigences de la part de son créancier⁵⁰.

Il n'en demeure pas moins que les droits fondamentaux ont très largement pénétré celui de l'entreprise, au point d'être régulièrement invoqués à des fins dénuées d'humanisme. Il faut sans doute y voir l'influence d'une analyse économique tendant à les détourner de leur objectif initial : constituer un socle nécessaire à l'épanouissement de l'homme⁵¹ pour devenir un instrument au service de l'entreprise. On constatera d'ailleurs que la protection de celle-ci peut inversement constituer le motif sérieux et légitime de nature à justifier l'atteinte aux droits fondamentaux de certaines personnes comme le présent article invite à constater.

II. L'INTERET DE L'ENTREPRISE COMME MOTIF LEGITIME ET SERIEUX JUSTIFIANT L'ATTEINTE A DES DROITS FONDAMENTAUX

Sans doute existe-t-il certains droits intangibles auxquels l'intérêt de l'entreprise ne saurait autoriser l'atteinte. On pense au droit à la dignité du salarié⁵² ou au principe du contradictoire qui s'est développé en matière de révocation d'un dirigeant de société⁵³. Il faut sans doute tenir compte aussi de la finalité des droits fondamentaux exercés, l'atteinte paraissant plus facilement admissible lorsqu'un droit poursuit une finalité économique, contraire à l'intérêt de l'entreprise que lorsqu'il poursuit une finalité qui ne l'est pas. Faut-il encore s'interroger sur cet intérêt lui-même et à ce titre sur la finalité de l'entreprise. Jusqu'à présent, il s'agissait de protéger l'organisation et la pérennité d'une entité économique autour de laquelle gravitent des intérêts divers comme ceux des salariés, associés et partenaires en affaires. Aujourd'hui, le concept semble évoluer avec la recherche d'une « entreprise citoyenne » ce qui invite à prendre en considération les enjeux sociaux et éventuellement sociétaux de son activité, notamment

⁵⁰ Voir notamment notre article « L'indisponibilité utilisée à titre de sûreté » in « L'indisponibilité en droit des affaires », colloque Douai 11 avril 2013, RLDA n°86, oct. 2013 p.88

⁵¹ R. Badinter et B. Genevoix précités

⁵² Notamment constituerait un harcèlement moral le fait de confier au salarié des tâches incompatibles avec son état de santé constaté par la médecine du travail (Cass. soc. 28 janv. 2010 n°08-42 616, Bull. civ. V n°27, JCP S 2010-1139 note P.-Y. Verkindt)

⁵³ Voir notre article « La révocation des dirigeants sociaux : de la licéité des clauses écartant l'exigence légale du juste motif », JCP G I 217

environnementaux. Une telle évolution conduit à renouveler la réflexion notamment à prendre en considération la finalité de l'exercice de certains droits comme celui d'expression en assurant notamment la protection des lanceurs d'alerte. Il convient donc de revenir sur l'intérêt de l'entreprise, analysée sous l'angle d'une entité économique, comme motif légitime d'atteinte à des droits fondamentaux (A) avant de s'interroger sur les conséquences de l'émergence de la conception d'une entreprise citoyenne sur l'appréciation de l'intérêt de l'entreprise comme motif légitime d'atteinte à des droits fondamentaux (B)

A. L'intérêt de l'entreprise appréhendée sous l'angle d'une entité économique comme motif légitime d'atteinte à des droits fondamentaux

Jusqu'à récemment, la question de l'équilibre entre intérêt de l'entreprise et droits fondamentaux d'autrui a été appréhendée sous l'angle de la protection d'une entité économique autour de laquelle gravitaient des intérêts divers comme ceux de ses salariés, créanciers, clients ou encore associés, lorsque celle-ci revêtait la forme d'une société. Le législateur lui-même est nombre de fois intervenu pour porter atteinte à des droits fondamentaux en vue d'assurer la protection de cette entité économique.

On pense évidemment à toutes les mesures prévues par le droit des procédures collectives afin d'assurer la réussite d'un plan de sauvegarde ou de redressement. A titre d'exemple, l'art L626-14 du Code de commerce autorise-t-il le tribunal qui arrête, ou modifie, un plan de sauvegarde, à interdire l'aliénation de biens qu'il juge indispensables à la continuation de l'entreprise⁵⁴. De même, l'article L631-19-1 du même code, prévoit-il un arsenal de mesures lorsqu'un redressement judiciaire le requiert. Le tribunal peut alors subordonner l'adoption du plan, au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants. Il peut aussi restreindre le droit des dirigeants de céder ou non les titres sociaux qu'ils détiennent, soit en interdisant leur cession soit en l'ordonnant. En cas de prononcé de l'incessibilité, le tribunal peut décider que le droit de vote attaché aux titres, sera exercé, pour le délai qu'il fixe, par un

⁵⁴ C Lebel, « Les indisponibilités du droit des procédures collectives », RLDA n°86 oct. 2013 p. 68 in « L'indisponibilité en droit des affaires », précité

mandataire de justice. L'article L631-19-2 prévoit également, des atteintes aux droits fondamentaux des associés, dès lors que l'assemblée qu'ils constituent, s'opposerait à une augmentation de capital indispensable à l'entrée dans la société, d'investisseurs qui se sont engagés à exécuter un plan de redressement. L'article, qui ne vise que certaines entreprises importantes dont la disparition aurait des conséquences majeures au plan d'un bassin d'emplois ou au plan national, prévoit la possibilité d'une convocation de l'assemblée par un mandataire de justice, chargé en outre de voter en lieu et place des associés qui s'opposeraient à l'augmentation nécessaire. Le 2° de l'article prévoit même la possibilité de prononcer l'exclusion de ces derniers⁵⁵.

Les créanciers subissent également certaines restrictions notables à leurs droits, à la fois pour favoriser le sauvetage de l'entreprise, le maintien de l'emploi, mais également pour assurer une discipline collective dont chacun d'entre eux tire, au final, bénéfice. On citera en particulier, l'interdiction faite au débiteur de payer les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture⁵⁶ ou l'interruption et l'interdiction des poursuites individuelles qu'entraîne celui-ci⁵⁷. Une atteinte particulière à leur droit de créance, a été dénoncée à propos de la sanction prononcée au titre de l'article L624-9 du Code de commerce. Ce texte oblige le propriétaire d'un bien meuble à revendiquer celui-ci dans les trois mois qui suivent le jugement d'ouverture. A l'expiration de ce délai, le droit de propriété n'est plus opposable à la procédure. Certains ont dénoncé une atteinte intolérable au droit du propriétaire. Pour M Théron, « le concept de propriété inopposable ne peut exister tant la propriété se caractérise par son opposabilité »⁵⁸. Certaines juridictions du fond ont également considéré que l'article précité constituait une atteinte disproportionnée au droit de propriété consacré par le premier article du 1^{er} protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme puisque le propriétaire, en l'occurrence un bailleur, se trouvait définitivement privé du droit de jouir et de disposer de la chose par la réalisation des actifs au stade de

⁵⁵ J.-P. Legros, « Le droit des sociétés en difficulté après la loi Macron », Dr. sociétés n°11 nov. 2015 étude 17 ; S. Sabathier et Ch. Caviglioli, « La cession dans les différentes procédures : prepack, redressement et liquidation judiciaires », R.P.C. n°5 nov. 2015 Dossier 55

⁵⁶ Art. L622-7 Code de commerce

⁵⁷ Art. L622-21 Code de commerce

⁵⁸ « Combattre une monstruosité juridique : la propriété inopposable des biens non revendiqués », D. 2018 chr. 24242

la liquidation. Pour la cour d'appel de Douai, les objectifs de maintien de l'activité et des emplois, ainsi que l'apurement du passif, ne pouvaient suffire à justifier cette atteinte. Pour autant, la chambre commerciale de la Cour de cassation a refusé cette analyse en jugeant que l'article L 624-9 du Code de commerce ne consistait pas à transférer le bien non revendiqué dans le patrimoine du débiteur, mais à rendre le droit de propriété inopposable à la procédure collective ce qui avait pour effet d'affecter le bien au gage général des créanciers permettant ainsi en tant que besoin, sa réalisation au profit de leur intérêt collectif, ou son utilisation en vue de redresser l'entreprise(...) Pour la haute juridiction, il en résulte non pas une extinction de ce droit, mais une restriction à son exercice par celui qui s'est abstenu de revendiquer son bien : cette mesure est justifiée par un motif d'intérêt général dès lors qu'elle permet de déterminer, dans les trois mois visés par le texte, la composition de l'actif du débiteur, autrement dit, les biens qui pourront permettre d'envisager son sauvetage et à défaut, de délimiter le gage général des créanciers pour le réaliser le plus rapidement possible dans l'intérêt de ces derniers. On notera que la haute juridiction avait préalablement refusé de transmettre à plusieurs reprises une question prioritaire de constitutionnalité qui aurait invité le Conseil constitutionnel à se prononcer sur la conformité de l'art L624-9 précité, à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789⁵⁹.

Le droit des procédures collectives n'est pas le seul à justifier des atteintes aux droits fondamentaux de personnes dont l'attitude, ou la position, serait nuisible à l'entreprise : les dirigeants et salariés de cette dernière lui doivent une loyauté justifiant une obligation de non-concurrence⁶⁰. De même, notre droit sanctionne-t-il les abus de droit de vote, et notamment celui de minorité qui consisterait à profiter d'un pouvoir de blocage pour empêcher l'adoption d'une décision pourtant indispensable à la survie de l'entreprise⁶¹. De son côté, l'abus de majorité qui implique une rupture d'égalité entre les associés, sera écarté par la conformité de

⁵⁹ Cass. com. 15 mars 2011 n°10-40 073, Bull. civ. IV n°44, D. 2011 p.815 obs. A. Lienhard ;

⁶⁰ R. Marsin-Rose, « Regards sur l'obligation de non-concurrence en droit des sociétés », JCP E 2012-1713

⁶¹ Cass. com. 9 mars 1993, n°91-14 685, Bull. civ. IV n°101JCP E 1993 II 448 note A. Viandier, Dr. sociétés 1993 comm. 95 note H. Le Nabasque, Rev. sociétés 1993 p. 403 note Ph. Merle

la décision à l'intérêt social⁶². La liberté d'expression des associés est également limitée lorsqu'une sûreté pourtant prévue dans les statuts, ou autorisée à l'unanimité⁶³, est annulée en raison de sa contrariété à l'intérêt social ce qui est le cas lorsque sa réalisation serait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation⁶⁴.

Le droit des marchés financiers contient également des atteintes à des droits fondamentaux. Certaines sont guidées par l'intérêt de l'entreprise. Ainsi, l'art L433-4 du CMF⁶⁵ permet-il, aux actionnaires majoritaires, d'exclure les minoritaires ne détenant pas plus de 10% des actions et des droits de vote, à l'issue d'une offre publique de retrait obligatoire⁶⁶. Dans la pratique, la mise en œuvre de cette procédure répond généralement à une volonté de « sortir » du marché réglementé pour éviter les contraintes qu'il impose. Son introduction en droit français, par la loi n°93-1444 du 31 décembre 1993, a notamment été justifiée par la volonté de favoriser le développement des groupes industriels. Cette mesure a fait l'objet de critiques, certains la qualifiant d'expropriation et soutenant sa contrariété au droit de propriété⁶⁷. Pour autant cette atteinte peut être justifiée. En effet, selon Mme Allegaert, les minoritaires constituent une sorte de « flottant » sans lequel le marché ne pourrait exister : ils contribuent au financement de l'entreprise ce qui justifie de les protéger par une information et transparence adaptées. Or le respect de ces règles entraînerait des contraintes disproportionnées, si en raison de leur faible importance, la contribution de ces minoritaires perdait sa signification : l'intérêt social justifierait alors qu'on leur impose de se retirer de la société afin de

⁶² Cass. com. 18 avril 1961, n° 59-11394, Bull. IV n°175, JCP 1961 II 12 164 note D. Bastian. Pour plus de développement, V. Allegaert, « Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux », n°65 p.98, préface F.-X. Lucas, PUAM 2005

⁶³ A défaut de prévisions statutaires spécifiques

⁶⁴ Voir notre article : « Sûreté consentie par une SCI : les critères de contrariété à l'intérêt social se précisent », L.P.A. du 17 avril 2018 p.12

⁶⁵ Code monétaire et financier

⁶⁶ Seuil modifié par la loi Pacte n°2019-486 du 22 mai 2019, voir pour commentaires : R. Vabres, droit des sociétés n°10 octobre 2019 comm. 173 ; S. Robert, « La réforme du retrait de la cote », Droit des sociétés n°8/9 août 2019 étude 11. Cette procédure concerne également les titres donnant ou pouvant donner lieu à l'accès au capital, ainsi que l'hypothèse où les titres d'une société auraient cessé d'être négociés sur un marché réglementé d'un autre état de l'Union européenne ou de l' membre de l'Espace économique européen

⁶⁷ Ch. Leroy, « Le retrait obligatoire ou l'expropriation des actionnaires à la suite d'une offre publique de retrait », BJB 1994 p. 967

permettre à celle-ci de sortir d'un marché auprès duquel elle trouve désormais plus de contraintes que d'avantages⁶⁸.

Si dans de nombreux cas, c'est un texte qui prévoit une atteinte à un droit fondamental pour protéger l'entreprise, il faut aussi tenir compte de dispositions infra légales. Souvent, c'est la clause d'un contrat qui trouvera dans la protection de l'entreprise, la légitimité nécessaire à l'atteinte portée à un droit fondamental. Est-il à ce titre, nécessaire de rappeler la jurisprudence développée à propos des clauses de non-concurrence, ou de non-rétablissement, qui portant atteinte à la liberté d'entreprendre, ou à celle du travail, doivent être justifiées par l'intérêt de son créancier ce qui s'apprécie en fonction de l'entreprise qu'il s'agit de protéger⁶⁹ ? La restriction ainsi admise doit également être proportionnée : la protection d'une entreprise ne saurait être excessive au regard de la liberté d'en créer, d'en exploiter une autre, ou de contribuer à cette exploitation. On ajoutera les clauses d'inaliénabilité qui, insérées dans les statuts d'une société, interdisent aux associés de librement disposer de leurs titres : si le législateur les a expressément autorisées à propos de certaines sociétés⁷⁰, la première chambre civile de la Cour de cassation les a plus globalement admises dans les actes à titre onéreux à la double condition de leur limitation dans le temps et de leur caractère légitime et sérieux⁷¹ : il ne fait nul doute que la volonté de conserver un noyau dur au sein de la société, d'interdire la cession à des tiers indésirables, ou de maintenir un équilibre salubre entre les associés, peut les justifier. On admet également au-delà de dispositions légales spécifiques, qu'une clause permette l'exclusion d'un associé, au mépris de son droit de propriété, dès lors que cette disposition est conforme à l'intérêt social⁷².

La question de l'atteinte à des droits fondamentaux pour protéger l'entité économique qu'est l'entreprise, se pose dans des termes particuliers lorsqu'il s'agit de l'envisager à l'égard de salariés qui se trouvent subordonnés à l'employeur. Il est apparu que ce lien de subordination ne pouvait à lui seul justifier un traitement

⁶⁸ V. Allegaert, ouvr. précité n°99 p. 136

⁶⁹ Y. Picod, Y. Auguet et M. Gomy, Rép. Dalloz concurrence : « non concurrence »

⁷⁰ Art L 227-13 (SAS) et L 229-11 (société européenne). Voir H. Mousit , « Les clauses d'inaliénabilité en droit des sociétés », R.L.D.A.n°86, octobre 2013

⁷¹ Cass. 1^{ère} civ. 31 oct. 2007, n° 05-14 238, Bull. I n°337, D. 2008 p. 963 note A.-L. Thomat-Raynaud

⁷² Cass. com. 8 mars 2005, n° 02-17692, Bull. civ IV n°47, D. 2005 p.839 note A. Lienhard, JCP G doct. 156 n°9 obs. F. Deboissy et G. Wicker, JCP E 2015-1046 obs. F. Deboissy et G. Wicker, BJS n°8 août 2005 p.995 note P. Le Cannu, Defrénois n°23, 15 déc 2005 p.1919 obs. D. Gibrila

particulier qui aurait permis d'écarter toute revendication du salarié en la matière. Il a fallu trouver un équilibre entre l'admission de droits souvent revendiqués à des fins non économiques et la protection de l'entité économique que constitue l'entreprise.

L'article L 1121-1 du Code du travail offre à ce titre un cadre général en prévoyant que les restrictions apportées au droit des personnes, libertés individuelles et collectives, doivent être justifiées par la nature de la tâche confiée au salarié et rester proportionnées à l'objectif poursuivi. Ainsi, le bon fonctionnement de l'entreprise et la sécurité du salarié peuvent justifier nombre de restrictions de la sorte comme celle de se vêtir librement⁷³ : s'habiller en bermuda ou refuser de porter un casque peuvent à ce titre être sanctionnés, dès lors que la tenue imposée se trouve justifiée par la tâche à accomplir⁷⁴. En la matière, c'est souvent l'image de l'entreprise à l'égard de ses clients⁷⁵ ou la nécessité pour ces derniers de facilement identifier les salariés travaillant pour le compte de celle-ci⁷⁶, qui justifiera cette restriction. D'autres préoccupations en lien avec l'intérêt de l'entreprise sont parfois également retenues par les juges. On rappellera pour mémoire, cette décision du Conseil des prud'hommes de Tours prenant en compte le trouble, au sein même de l'entreprise, causé par le port d'une blouse laissant transparaître la nudité du buste d'une salariée amenée à se déplacer dans différents bureaux⁷⁷.

De plus en plus, c'est la combinaison entre le droit à une vie familiale, personnelle et l'intérêt de l'entreprise qui pose problème. Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation a-t-elle rappelé qu'en l'absence d'atteinte excessive en la matière, l'instauration d'une nouvelle répartition de travail sur la journée relevait du pouvoir de direction de l'employeur⁷⁸. Le problème peut également se poser à propos de la clause de résidence parfois imposée au salarié : celle-ci doit être indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise et proportionnée, compte tenu

⁷³ A. Boisgibault de Bryas, « La tenue vestimentaire du salarié », JCP E 2003-851

⁷⁴ Ibid

⁷⁵ Cass. soc. 6 nov. 2001 n°99-43 988, Bull. civ V n° 337 p. 269, JCP E 2002-1732 note G. Lachaise, Liaisons sociales 20 déc. 2001 n°746

⁷⁶ A. Boisgibault de Bryas et réf. citées

⁷⁷ 2 mai 2000 n°99/0822

⁷⁸ Cass. Soc. 3 nov. 2011, n°10-14 702, Bull. civ. V n°246, D. 2012 p.67 note P. Lokiec, Rev. Trav. 2012 p.31 note S. Tournaux

de l'emploi occupé et du travail demandé⁷⁹. Il en va de même des clauses de mobilité. Sans doute une mutation ne constitue-t-elle pas une atteinte à la liberté fondamentale du salarié de choisir le lieu de son domicile⁸⁰, pour autant, en cas de litige, l'employeur devra, dans la pratique, justifier la mise en œuvre de la clause par l'intérêt de l'entreprise⁸¹ ce qui pourra être le cas lorsqu'il s'agit de remédier à certaines difficultés⁸², de redynamiser une équipe⁸³, ou de répondre aux besoins en personnel connus par l'établissement dans lequel le salarié devait être nouvellement affecté⁸⁴.

Il faut aussi tenir compte du problème posé par l'expression de convictions personnelles, notamment religieuses, philosophiques ou politiques sur son lieu de travail. L'article L1321-2-1 du code du travail est venu assurer une combinaison entre ce droit de les exprimer et l'intérêt de l'entreprise. Le règlement intérieur peut à ce titre contenir des dispositions imposant une neutralité et restreindre la manifestation de ces convictions. Une telle solution n'est toutefois possible qu'à certaines conditions : qu'elle soit justifiée par d'autres libertés et droits fondamentaux, ou le bon fonctionnement de l'entreprise et qu'elle respecte le principe de proportionnalité. A ce titre, la restriction visant à la protection de l'entreprise ne peut concerner que les salariés en contact avec clientèle. Par ailleurs, la clause de neutralité doit être prévue dans le règlement intérieur dont l'adoption implique la consultation du Comité économique et social, ce document devant également être communiqué à l'inspection du travail⁸⁵.

On notera enfin qu'il paraît d'autant plus difficile d'écarter un droit fondamental quand son exercice, s'il est réalisé sans excès est susceptible d'être bénéfique à l'entreprise. C'est le cas du droit de critiquer. Celui-ci peut être exercé par des personnes extérieures à l'entreprise comme les associations de consommateurs à

⁷⁹ Cass. soc. 12 janv. 1999 n° 96-40 755, Bull. civ. V n°7, D. 1999-645 note J.-P. Marguénaud et J. Mouly

⁸⁰ Cass. Soc. 28 mars 2006, n°04-41016, Bull. civ. V n°126

⁸¹ Cass. Soc. 14 oct. 2008 n°07-40 523, Bull. civ. V n°192, D. actualités 29 oct. 2008 obs. L. Perrin et 13 janv. 2009 n°06-45 562, Bull. civ. V n°4, D. 2009 p. 1799

⁸² Cass. Soc. 5 mai 2009, n° 07-45 483, inédit

⁸³ Cass. Soc. 13 nov. 2008 n°06-46 306, inédit

⁸⁴ Cass. Soc. 23 juin 2010 n°08-42 972, inédit

⁸⁵ Art. L 1322-4 du code du travail. Voir sur le rappel de ces conditions : Cass. soc. 8 juillet 2020 n°18-23 743, JCP G 2020-1041 note S. Hennion

conditions que celles-ci agissent, sans excès, avec prudence et objectivité⁸⁶. A l'intérieur de l'entreprise, notre droit assure l'information des associés et des organes de surveillance d'une société afin d'assurer son effectivité⁸⁷. Dans les relations employeur-salarié, si l'expression collective s'est imposée depuis longtemps, la reconnaissance d'une liberté du salarié de s'exprimer individuellement est plus récente. L'arrêt Clavaud avait admis, en dehors de l'entreprise et du temps de travail, la possibilité d'une critique de l'employeur, en l'absence de preuve d'une intention de nuire⁸⁸. Par la suite, La chambre sociale de la Cour de cassation l'a étendue à l'hypothèse où le salarié se trouvait sur son lieu de travail, soumis au pouvoir de son employeur⁸⁹. L'article L2281-1 du code du travail a consacré le droit à une expression directe, c'est-à-dire sans passer par les représentants du personnel et collective c'est-à-dire à l'occasion de groupes ou réunions et l'article L2281-3 du même code interdit que son exercice soit source de licenciement ou sanction. L'art L2281-2 n'oublie pas l'intérêt de l'entreprise puisque cette expression directe et collective « a pour objet de définir les actions à mettre en œuvre pour améliorer les conditions de travail, l'organisation de l'activité et la qualité de la production dans l'unité de travail ». En dehors de ce cadre « collectif », le salarié reste libre d'une expression individuelle. Dans tous les cas, l'exercice de cette liberté ne saurait justifier des « propos injurieux, diffamatoires ou excessifs » ce qui peut conduire à prendre en compte l'intérêt de l'entreprise. A titre d'exemple, le salarié ne saurait abuser de son droit de critique en participant de manière active à une campagne de dénigrement menée contre son employeur⁹⁰. De même a-t-il été jugé qu'un clerc de notaire outrepassait sa liberté d'expression en utilisant des termes « excessifs et injurieux » jetant le discrédit sur l'étude⁹¹. On notera toutefois qu'en l'absence de propos diffamatoires, injurieux ou excessifs », la seule mauvaise ambiance générée par les propos tenus, ou le climat conflictuel en résultant, ne saurait constituer une limite à la liberté

⁸⁶ Lamy de droit économique 2021 n°6604 et s. sous la direction de M. Chagny

⁸⁷ Un administrateur notamment pourrait engager sa responsabilité civile en raison de sa passivité (Cass. com. 31 janv. 1995, n°92-21 548, Bull. civ. IV n°29

⁸⁸ Cass. Soc. 8 févr. 2017 n°15-21 064, Bull. civ. V n°22

⁸⁹ Cass. soc. 14 déc. 1999 n°97-41 995, Bull. civ. V n°488

⁹⁰ Cass. soc. 4 févr. 1997, n°96-40 678, Dr. soc. 1997 p.413 note J. Savatier

⁹¹ Cass. soc. 15 déc. 2009, n°09-40 825, Bull. civ. V n°284, JCP S 2010-1172 note B. Bossu

d'expression du salarié⁹². On notera encore que si sa liberté d'expression s'est développée, le salarié reste tenu d'un devoir de discrétion que justifie la protection de l'entreprise. Comme l'a souligné M Antoine Mazeaud, il ne saurait notamment communiquer des informations de nature à favoriser un concurrent ce qui serait le cas s'il diffusait des procédés de fabrication ou les conditions commerciales particulières accordées à un client⁹³.

Ainsi, l'intérêt de l'entreprise semble pouvoir justifier une atteinte à des droits fondamentaux, avec sans doute des degrés divers selon le caractère économique ou non ces droits et selon que leur exercice est susceptible de profiter à l'entreprise. Il n'en reste pas moins à s'interroger sur la portée de la protection qu'elle mérite. Il faut sans doute aujourd'hui prendre en considération la finalité qui lui est attribuée et tenir compte d'une évolution tendant à faire de l'entreprise « une citoyenne » dans la cité.

B. LES CONSEQUENCES DE L'EMERGENCE DU CONCEPT D'ENTREPRISE-CITOYENNE SUR L'APPRECIATION DE L'INTERET DE L'ENTREPRISE COMME MOTIF LEGITIME D'ATTEINTE A UN DROIT FONDAMENTAL

Depuis plusieurs années, la question se pose du rôle de l'entreprise dans notre société. Le projet de loi Macron sur la croissance et l'activité avait, en 2014⁹⁴, proposé que la société soit « gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental ». En l'absence d'adoption de cette formule, certaines parfois hardies avaient été suggérées⁹⁵. La rédaction retenue est au final par la loi Pacte⁹⁶ est celle figurant dans le rapport

⁹² Cass. soc. 15 janv. 2000 n°18-14177 inédit

⁹³ In « Droit d'expression des salariés », Rép. de droit du travail, « lien de subordination »

⁹⁴ M. Mekki, « Le projet de loi Macron et le nouvel article 1833 du code civil : quand la force du droit vient de la force des mots », Dalloz Actu 1^{er} déc. 2014

⁹⁵ « Plaidoyer en faveur d'une économie de marché responsable invitant à rompre avec le capitalisme financier », Le Monde 17 nov. 2016 : ses auteurs proposaient que la société soit gérée « dans l'intérêt commun des associés et des tiers, prenant part en qualité de salariés, de collaborateurs, de donneurs de crédit, de fournisseurs, de clients ou autrement au développement de l'entreprise qui doit être réalisé dans des conditions compatibles avec l'accroissement ou la préservation des biens communs »

⁹⁶ « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises ». Loi n°2019-486 du 22 mai 2019

Notat-Sénard⁹⁷ invitant à conférer un véritable rôle sociétal aux entreprises⁹⁸, présentées comme « objets d'intérêts collectifs ». La loi Pacte a modifié plusieurs textes de droit des sociétés. L'article 1833 du code civil prévoit désormais à son alinéa 2 que « la société est gérée dans l'intérêt social, prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité ». Les articles L 225-35 et L 225-64 du code de commerce en matière de SA imposent désormais au conseil d'administration pour le premier et au directoire pour le second, de « déterminer les orientations de l'activité de la société et veiller à leur mise en œuvre conformément à son intérêt social » en prenant là encore en considération, les enjeux sociaux et environnementaux de son activité. Ces évolutions invitent sans doute à ne plus voir l'entreprise à travers ses simples finalités économiques, mais à la considérer comme un membre de la cité. Cette évolution n'est pas sans influence sur l'équilibre entre les droits fondamentaux d'une personne et l'intérêt de la société. L'émergence du concept d'entreprise citoyenne a d'ores et déjà conduit à prendre en considération la situation des « lanceurs d'alerte » élargissant ainsi la liberté d'expression de ses salariés. Après plusieurs interventions ponctuelles, le législateur a, avec l'adoption de la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016, conféré un statut général à ces lanceurs d'alerte. La chambre sociale de la Cour de cassation leur avait elle-même, par un arrêt remarqué du 30 juin 2016, apporté une protection en considérant illégal, au visa de l'art 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le licenciement prononcé à l'encontre d'un salarié ayant relaté ou témoigné de bonne foi, des faits de nature à constituer une infraction pénale dont il avait eu connaissance dans le cadre de ses fonctions⁹⁹. Si la haute juridiction a limité ce droit d'alerte à la dénonciation d'actes susceptibles de constituer de telles infractions, la loi Sapin l'a étendu. Son article 9 a en effet défini le lanceur d'alerte comme la « personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime un délit, une violation grave d'un engagement international ratifié par la France, d'un acte unilatéral d'une

⁹⁷ « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Economie et des Finances et du Travail du 9 mars 2018 avec la collaboration de J.-B. Barfety

⁹⁸ Le rapport ne distingue pas les termes société et entreprise

⁹⁹ Pour un rappel de l'évolution de notre droit en la matière : C. Blanquart, « Les lanceurs d'alerte et la protection des informations confidentielles au sein de l'entreprise », JCP S 2018-1292

organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace, ou un préjudice graves pour l'intérêt général dont elle a eu personnellement connaissance ¹⁰⁰». Ainsi, le devoir d'expression justifie-t-il dans les cas ci-dessus énoncés, une alerte contre une entité qui ne se comporterait pas en entreprise citoyenne. Pour autant, certains garde-fous ont été institués afin de protéger les abus. Le lanceur d'alerte doit être de bonne foi et agir de manière désintéressée. Ensuite, l'article 8 de la loi Sapin 2 l'oblige, sauf dans les cas visés à son alinéa 2, à porter l'alerte à la connaissance du supérieur hiérarchique, de l'employeur ou du référent de ce dernier : ça n'est qu'en l'absence de diligence dans un délai raisonnable, de la personne « alertée » que son auteur peut s'adresser à une autorité judiciaire, administrative ou à un ordre professionnel. Il ne peut la rendre publique qu'à défaut de traitement par l'autorité saisie dans un délai de trois mois. On notera enfin que les destinataires du signalement sont tenus d'une obligation de confidentialité, s'exposant en cas de manquement à une peine d'emprisonnement de deux ans et une amende pouvant atteindre 30 000 euros.

L'émergence d'une « société citoyenne » peut-elle avoir d'autres conséquences comme réduire le droit d'expression des associés et membres des différents organes sociaux en les obligeant à prendre en considération les enjeux sociaux, environnementaux et plus globalement sociétaux de l'activité sociale ? On sait que les articles 1844-10 du code civil et L235-1 du code de commerce, depuis la loi Pacte, précisent que la contrariété des actes et délibérations des organes sociaux ne peuvent être annulés en raison d'une contrariété aux différents textes¹⁰¹ imposant de gérer la société dans son intérêt social en prenant en compte les enjeux sociaux et environnementaux de son activité¹⁰². Pour autant, écarter la nullité n'interdit pas de retenir la responsabilité des auteurs d'une décision qui heurterait de tels enjeux. Il faut sans doute aussi s'interroger sur le traitement de propos qui tenus par des dirigeants, associés ou salariés seraient contraires à l'image d'entreprise éthique, en particulier exprimée à travers la raison d'être

¹⁰⁰ Loi n°2016-1691 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. B. Querenet-Hahn et A. Renard, « Le régime des lanceurs d'alerte issu de la loi Sapin 2 », JCP S 2018-1095 ; E. Alt, « De nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte : à propos de la loi 2016-1691 du 9 décembre 2016 », JCP G 2017 doct. 90

¹⁰¹ Art. 1833 du code civil, art L225-35 et L225-64 du code de commerce

¹⁰² Voir également pour des faits antérieurs à la loi Pacte : Cass. com. 13 janv. 2021, n°18-21 860 P.B., LEDC févr. 2021, n°113s8 p.7 note J.-F. Hamelin

pouvant désormais figurer dans les statuts¹⁰³. La compliance qui s'impose au fil du temps dans le paysage juridique permettra-t-elle certains contrôles de nature à porter atteinte à certains droits fondamentaux de la part du « compliance officer » ? Il ne fait nul doute que l'émergence de considérations éthiques en droit des affaires peut inviter à nombre d'interrogations quant au rapport entre l'entreprise et les droits fondamentaux.

Ainsi, non seulement l'entreprise se trouve-t-elle protégée par nombre de droits fondamentaux, mais encore par la restriction apportée aux droits fondamentaux d'acteurs économiques qui permettent son activité qu'il s'agisse de ses salariés, créanciers, de ses associés et dirigeants. Faut-il, pour comprendre ces solutions, prendre en considération l'intérêt général auquel elle contribuerait ? C'est la position de certains comme Poplawski qui affirmait en 1944 que les entreprises privées assurent une sorte de service public au profit de la collectivité¹⁰⁴. Il y aurait donc au fond, une certaine emprise de l'économie sur le droit, une recherche de l'efficacité économique de ce dernier. Il convient sans doute de rester vigilant afin de maintenir une hiérarchie entre la protection de la personne humaine pour lesquels ces droits semblent d'abord avoir été conçus et celle de l'entreprise dont on peut se demander si elle ne risque pas de profiter d'un détournement de cet objectif : c'est ce qui explique sans doute l'équilibre que recherche notre droit dans certaines situations, en acceptant notamment de répondre favorablement aux revendications de certains droits fondamentaux formulés par les salariés. Il faut sans doute encore se demander si l'entreprise est toujours « l'entité économique » qui a essentiellement guidé jusqu'alors la question de son rapport avec les droits fondamentaux. L'idée d'une « entreprise citoyenne » invite sans doute à la reformuler en prenant en compte les enjeux sociaux et sociétaux de son activité : la protection apportée aux lanceurs d'alerte en est manifestement la première expression.

¹⁰³ Article 1835 code civil.

¹⁰⁴ Note sous Cass. Soc. 16 déc. 1944, JCP 1946 II 3206

MÉDIATION ET ENTREPRISE EN DIFFICULTÉS FINANCIÈRES EN DROIT OHADA

Herline Idèle SILIENOU - Assistante – FSJP – Université de Dschang – Cameroun

RÉSUMÉ

Les entreprises en proie aux difficultés financières ont besoin pour refaire surface soit d'un allègement de la dette ou des délais de paiement, soit d'un financement. La médiation est une solution idoine qui, grâce à ses nombreux atouts peut permettre d'obtenir un accord satisfaisant. Son efficacité est avérée lorsqu'il est question de remise de dette et de délais de paiement, eu égard au cadre cordial créé par le médiateur. Toutefois, cette efficacité est éprouvée lorsque ce dont a besoin l'entreprise est un renflouement. Elle est moins attractive pour le créancier dans la mesure où contrairement aux procédures préventives du droit des procédures collectives et au redressement judiciaire, aucun privilège ne lui est accordé. Il s'expose non seulement à une action en responsabilité civile pour soutien abusif, mais doit, en cas d'une liquidation de l'entreprise en difficulté, subir les affres de la discipline collective au même titre que les créanciers dans la masse. L'innovation bien que pertinente semble inachevée.

Les entreprises qui sont confrontées à des difficultés financières peuvent recourir à la médiation pour y faire face. Elles désignent des établissements industriels ou commerciaux¹⁰⁵. Mais dans le cadre de cette étude, il s'agira davantage de toute personne morale ou physique soumise aux dispositions de l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP)¹⁰⁶, en l'occurrence toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, toute personne morale de droit privé, ainsi que toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé¹⁰⁷. De manière générale, peuvent être considérés comme rencontrant des difficultés financières toutes entreprises qui tombent sous le coup d'une cessation de paiements¹⁰⁸. Mais, il s'agit d'une conception restrictive qui ne prend pas en compte les difficultés préexistant à ladite cessation des paiements. Pour mieux rendre compte, il serait préférable de définir la difficulté financière de façon extensive comme étant une tension¹⁰⁹, et la mettre en rapport avec la capacité d'endettement¹¹⁰. Elle serait donc le moment où la capacité d'endettement de l'entreprise est atteinte, voire dépassée¹¹¹. L'AUPCAP n'accorde la faculté de demander la médiation qu'avant la cessation de paiements¹¹².

La médiation désigne tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre, ou encore lié à un tel rapport, impliquant des personnes

¹⁰⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 12^{ème} éd. mise à jour, Quadrige, PUF, Paris, 2018, entreprise, sens III.

¹⁰⁶ Cf. la définition de l'entreprise donnée par l'article 1-3 de l'AUPCAP.

¹⁰⁷ Art. 1-1, al. 1^{er} de l'AUPCAP.

¹⁰⁸ C'est l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit et les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible (cf. art. 1-3 de l'AUPCAP).

¹⁰⁹ E. SEVERIN, « La renégociation financière des entreprises en difficulté », *Revue française de gestion* n° 166, 2006, p. 33.

¹¹⁰ DONALDSON, 1961, cité par E. SEVERIN, « La renégociation financière des entreprises en difficulté », *idem*.

¹¹¹ M. LEVASSEUR et A. QUINTART, 2000, voir tableau 2, p. 45, cité par E. SEVERIN, « La renégociation financière des entreprises en difficulté », *idem*.

¹¹² Art. 1-2, al. 1^{er} de l'AUPCAP.

physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des États¹¹³. Il s'agit d'un mode alternatif de règlement des conflits qui diffère de l'arbitrage. En effet, le médiateur émet des propositions « *qui doivent recueillir l'assentiment des parties* » pour mettre fin à leur différend¹¹⁴. Il n'a aucun pouvoir de décision et n'est qu'un intermédiaire, un canal de communication. Il doit offrir une alternative au conflit et trouver un compromis honorable. L'atteinte d'un tel objectif dépendra de l'objet du litige, son importance, la personnalité du médiateur, et la volonté réelle des parties à parvenir à un accord¹¹⁵. La médiation serait en réalité un processus structuré reposant sur la responsabilité et l'autonomie des participants qui, volontairement, avec l'aide d'un tiers, favorise par des entretiens confidentiels le rétablissement des liens, la prévention et le règlement des conflits¹¹⁶. L'Acte uniforme insiste sur le fait qu'il soit indépendant et impartial¹¹⁷, conditions essentielles pour gagner la confiance des parties et jouer efficacement son rôle. Bien qu'ayant fait l'objet d'une réglementation tardive par rapport à l'arbitrage¹¹⁸, la médiation peut tout de même contribuer à la prévention des difficultés et du coup, à la préservation des activités économiques et des niveaux d'emplois des entreprises en difficultés, principaux objectifs poursuivis par le droit des procédures collectives¹¹⁹.

L'objectif de la médiation dans ce cas serait de résoudre les situations contentieuses susceptibles de nuire à la pérennité de l'entreprise. La médiation serait de nature commerciale et permettrait à l'entreprise d'obtenir des délais de paiement, des remises de dettes ou des financements. Elle peut donc intervenir bien en amont des techniques de résolution judiciaire que sont la conciliation et le règlement préventif. L'AUPCAP octroie d'ailleurs la faculté à une entreprise de solliciter la procédure de médiation sans préjudice de l'application des procédures

¹¹³ Art. 1, al. 1 a de l'Acte uniforme sur la médiation (AUM).

¹¹⁴ A. MOULOUL, « L'arbitrage dans l'espace OHADA », Conférence internationale sur le droit des affaires de l'OHADA, maison du droit Vietnamo-Française, Hanoï (Vietnam), 28 janv. 2010.

¹¹⁵ M. SAMB, « À propos de la médiation comme mode alternatif de résolution des conflits en Afrique », in *De l'esprit du droit africain*, mélanges en l'honneur de P. G. POUGOUE, Wolters Kluwer, Paris, 2014, p. 644.

¹¹⁶ C. GUICHETEAU, « La médiation conventionnelle, efficace mais peu utilisée », publié le 23/07/2019.

¹¹⁷ Cf. art. 6 de l'AUM.

¹¹⁸ L'AUM a été adopté le 23 novembre 2017 et est entré en vigueur le 23 février 2018. En revanche, l'Acte uniforme sur l'arbitrage (AUA) a été adopté le 11 mars 1999, et a fait l'objet d'une révision le jour de l'adoption de l'AUM.

¹¹⁹ Art. 1^{er} de l'AUPCAP.

collectives¹²⁰. La médiation sera mise en œuvre par la partie la plus diligente. Elle peut le faire sur la base d'une convention écrite ou non, en l'absence de convention, lorsque l'entreprise qui a invité à la médiation a reçu une acceptation écrite dans les quinze (15) jours de la date de réception de l'invitation ou à l'expiration de tout autre délai qui y est spécifié, étant entendu qu'elle doit considérer l'absence de réponse comme un rejet de l'invitation à la médiation¹²¹.

La partie la plus diligente sera la plupart du temps l'entreprise qui rencontre les difficultés financières. On en vient à se poser la question de savoir l'intérêt du créancier de participer à une médiation lorsque son débiteur est sujet à de telles difficultés. Cette interrogation est d'autant plus cruciale du moment où l'on sait qu'il sera appelé à faire des concessions. Ne vaudrait-il pas mieux pour lui de décliner l'invitation à la médiation eu égard aux avantages que lui confèrent d'autres modes de traitement des difficultés en l'occurrence la conciliation et surtout, au regard des sanctions donc il peut faire l'objet, notamment la mise en œuvre de sa responsabilité sur le plan civil ? En effet, la médiation ne saurait évincer les règles d'ordre public des procédures collectives. L'idéal serait d'éviter la cessation de paiements tout en préservant les droits des créanciers. De la conciliation de ces deux intérêts d'apparence contradictoire, il serait davantage question de s'interroger sur l'importance de la mise en œuvre d'une procédure de médiation dans ces circonstances.

Dès lors, l'on constate d'une part que cette procédure ne peut être mise en œuvre qu'antérieurement au règlement préventif eu égard à la suspension des poursuites individuelles¹²², ou concomitamment ou encore antérieurement à la conciliation, ce qui limite considérablement son champ d'intervention. Son importance variera selon l'objectif que l'entreprise souhaite atteindre en invitant les créanciers à la médiation. Lorsqu'il s'agira d'obtenir des délais de paiement ou des remises de dettes, les avantages indéniables qu'offrent la médiation aussi bien pour les créanciers que l'entreprise feront d'elle la voix adéquate pour parvenir à un accord. En revanche, si l'entreprise a besoin d'un renflouement, l'on constate une attraction insuffisante de cette procédure pour les créanciers. D'une substantielle attractivité

¹²⁰ Art. 1-2 al. 1^{er} de l'AUPCAP.

¹²¹ Art. 4, al. 1 et 2 de l'AUM.

¹²² Art. 9, al. 1^{er} de l'AUPCAP.

pour les créanciers de l'entreprise (I), l'on regrette son insignifiance pour les investisseurs (II).

I. UNE SUBSTANTIELLE ATTRACTIVITÉ POUR LES CRÉANCIERS

Lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés financières susceptibles d'avoir un impact négatif sur son fonctionnement, il convient de prendre des mesures destinées à éviter que le degré de gravité ne conduise dans le meilleur des cas à un redressement, au pire, à la liquidation. Une telle responsabilité incombe au dirigeant de l'entreprise. Il serait judicieux dans une telle hypothèse de solliciter des créanciers des délais de paiement, et s'ils sont plus enclin à la négociation, des remises de dettes. L'AUPCAP met en évidence en plus des tribunes qu'elle consacre la voie de la médiation. Il s'agira de mettre une médiation commerciale susceptible de concilier les intérêts des parties prenantes. Pour se faire, le législateur lui a à juste titre octroyé les avantages généralement attribués à l'arbitrage (A), tout en faisant transparaître son particularisme qui est un atout considérable (B).

A. La généralité des avantages de la médiation

Pour les justiciables, la justice étatique comporte quelques inconvénients que sont sa lenteur, et les règles de publicité. Les modes alternatifs de règlement des conflits permettent de pallier en faisant de la confidentialité une obligation, de la rapidité et la faiblesse des coûts de la procédure des atouts majeurs.

L'obligation de confidentialité. Pour s'imposer comme le mode de règlement amiable de litiges par excellence, la médiation doit intégrer l'exigence de confidentialité aussi bien pour garantir son effectivité que les intérêts des parties prenantes. La confidentialité désigne le caractère de ce qui est communiqué à quelqu'un sous l'interdiction, pour celui-ci, de le révéler à quiconque ; de ce qui est

livré par écrit ou oralement sous le sceau du secret¹²³. Le législateur OHADA place sous son sceau toutes les informations relatives à la procédure de médiation, sauf convention contraire des parties, à moins que leur divulgation soit exigée par la loi ou rendue nécessaire pour la mise en œuvre ou l'exécution de l'accord issu de la médiation¹²⁴. Est également placée sous le signe de la confidentialité l'information donnée au médiateur par une partie sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle. Celle-ci ne doit être révélée à aucune autre partie à la médiation¹²⁵. La confidentialité est assurée par le médiateur qui peut montrer son attachement en validant à la fin de chaque entretien ce qui est du domaine du confidentiel, et ce qu'il peut faire circuler¹²⁶.

Il s'agit donc d'un principe non négociable qui gouverne tout le processus de la médiation. Notion cardinale dans le domaine des affaires, elle a pour dessein le rétablissement de la confiance¹²⁷. En effet, il est essentiel que la procédure se déroule dans la confidentialité afin de protéger l'entreprise des réactions imprévisibles et injustifiées de la part de ses fournisseurs, de ses sous-traitants ou de ses prestataires de service. Ayant reçu l'information selon laquelle l'entreprise a besoin d'un allègement de sa dette ou des délais de paiement, ils peuvent craindre qu'elle ne soit plus à même de respecter ses engagements. Ou alors, ils peuvent craindre qu'un soutien accordé pourrait être qualifié d'abusif et le rompre, ce qui conduirait inéluctablement l'entreprise à la cessation des paiements. Evidemment, ceci aura en fonction de la taille de l'entreprise et de sa place sur le marché, des répercussions sur les activités économiques de façon général et sur les niveaux d'emplois de l'entreprise concernée. Les créanciers ont également intérêt à garder la procédure secrète afin d'éviter que la situation de leur débiteur s'aggrave. Dans ces conditions, le dirigeant d'une entreprise n'acceptera initier une telle procédure que s'il a la garantie que son existence ne sera pas révélée. La confidentialité permettrait donc de ne pas ébruiter les difficultés de l'entreprise, mais également, d'empêcher les tiers de bénéficier d'informations dans leur intérêt exclusif, par

¹²³ G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v. confidentiel, sens 1.

¹²⁴ Art. 10 de l'AUM.

¹²⁵ Art. 9, al. 2 de l'AUM.

¹²⁶ A. STIMEC, *La médiation en entreprise, favoriser le dialogue, gérer les conflits, favoriser la coopération*, 3^{ème} éd., Dunod, Paris, 2011, p. 26, note 15.

¹²⁷ M. G. HOFNUNG, *La médiation*, 6^{ème} éd., Que sais-je, PUF, Paris, 2012, n° 18, p. 30.

exemple aux fins de publication ou dans le cadre d'un délit d'initié¹²⁸. Elle est capitale notamment « *lorsque la connaissance du conflit par les milieux professionnels risquerait de porter préjudice à l'image de l'un ou des deux partenaires* »¹²⁹.

Dans ce sillage, l'Acte unique sur la médiation interdit aux parties à la procédure, au médiateur et à toute tierce personne d'invoquer, de présenter les éléments de preuve en rapport avec la procédure¹³⁰, ni témoigner à leur sujet¹³¹. La divulgation de telles informations ne peut être ordonnée par un tribunal arbitral, une juridiction étatique ou une autre autorité publique compétente¹³². Toutefois, l'obligation de confidentialité ne s'étend pas aux éléments de preuve préexistants à la procédure de médiation ou constitués en dehors de toute relation avec celle-ci¹³³. Vue sous cet angle, la confidentialité paraît être de nature à protéger l'entreprise fragilisée par les difficultés. À titre de droit comparé, la cour de cassation française considère qu'elle doit être protégée d'une manière forte, lorsqu'elle est légalement prévue¹³⁴. Le non-respect de l'exigence de confidentialité donne lieu à des sanctions, en l'occurrence, l'irrecevabilité de tels éléments de preuve. Ces informations peuvent néanmoins être divulguées ou reçues comme éléments de preuve dans la mesure exigée par la loi ou nécessaire à la mise en œuvre ou à l'exécution de l'accord issu de la médiation¹³⁵. La responsabilité civile de l'auteur peut également être mise en œuvre. Le manquement à l'obligation de confidentialité constitue une faute qui donnera lieu à la condamnation de l'auteur lorsque sera rapportée la preuve d'un préjudice et d'un lien de causalité¹³⁶. La responsabilité pénale peut aussi se

¹²⁸ G. TEBOUL, « La confidentialité dans la prévention des difficultés des entreprises : nouvelle illustration », *www.Dalloz.actualité* du 3 mars 2021.

¹²⁹ J. FAGET, *Médiations, les ateliers silencieux de la démocratie*, Eres, 2010, n° 9, p. 262.

¹³⁰ Ces éléments de preuve ont trait à l'invitation à la médiation adressée ou le fait qu'une partie était disposée à participer à une procédure de médiation, sauf lorsqu'elle doit prouver l'existence d'un accord ou l'envoi d'une invitation pour engager le processus de médiation ; les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie au cours de la médiation concernant une solution éventuelle de règlement du différend ; les déclarations faites ou les faits admis au cours de la procédure de médiation ; les propositions faites par le médiateur ou par l'une des parties ; le fait qu'elle a indiqué être disposée à accepter une proposition de règlement présentée par le médiateur ou par l'autre partie ; un document établi aux seules fins de la procédure de médiation (art. 11, al. 1^{er} a-f de l'AUM).

¹³¹ Art. 11, al. 1^{er} de l'AUM.

¹³² Art. 11, al. 3 de l'AUM.

¹³³ Art. 11, al. 5 de l'AUM.

¹³⁴ Cass. Com., arrêt n° 198 du 13, févr. 2019, n° 17-18.049

¹³⁵ Art. 11, al. 3 de l'AUM.

¹³⁶ Cf. art. 1392 du Code civ. Camerounais.

concevoir. Sous la qualification de l'infraction de violation du secret professionnel, l'article 310, alinéa 1^{er} du Code pénal camerounais puni d'un emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de vingt mille à cent mille francs, celui qui révèle, sans l'autorisation de qui il appartient, un fait confidentiel qu'il n'a connu ou qu'il ne lui a été confié qu'en raison de sa profession ou de sa fonction. Toutefois, cette infraction ne s'applique pas aux déclarations faites aux autorités judiciaires ou de police judiciaire portant sur des faits susceptibles de constituer un crime ou un délit, ni aux réponses en justice à quelque demande que ce soit¹³⁷. La responsabilité disciplinaire pourrait aussi être mise en œuvre si l'auteur de la faute appartient à une structure, un corps ou une institution, doté de règles déontologiques dont fait partie le respect de la confidentialité. Tel pourra être le cas des conseils des médiés, mais également du médiateur¹³⁸.

La confidentialité est une particularité que la médiation partagée avec l'arbitrage. Cependant, la médiation s'en démarque *via* la rapidité et le faible coût de sa mise en œuvre.

La rapidité de la procédure. Un processus moins long est l'un des avantages que procurent le recours à la médiation¹³⁹. Les délais sont assez importants surtout pour une entreprise qui souhaite revenir sur l'exigibilité de la créance. Elle doit rapidement trouver un accord avec le créancier afin d'éviter d'être sous pression. En outre, un accord rapide octroyant des remises de dettes facilitera la restructuration financière de l'entreprise, la poursuite de son activité et le maintien de l'emploi. Le recours à la médiation permet en ce sens aux parties de contrôler le processus tant sur la précision de l'accord que sur le temps qu'elles souhaitent y consacrer. Tout comme la procédure de l'arbitrage se déroule dans un délai relativement court¹⁴⁰, la procédure de médiation peut avoir lieu dans un bref délai

¹³⁷ Art. 310, al. 2 du Code pénal camerounais.

¹³⁸ Cf. L. IZAC, « La confidentialité, principe directeur du processus de médiation en entreprise », *La lettre des médiations* n° 4, 2017, p. 10.

¹³⁹ H. DE KOVACHICH, H. CLAVIER, M. ESPOSITO, P. RENAUD, *Guide pratique de la médiation*, Carswell, 1997, n° 90, p. 35.

¹⁴⁰ Pour la simplifier, le législateur encadre tout d'abord les délais de la procédure de nomination de/des arbitre(s). En cas d'arbitrage par trois arbitres, si une partie ne nomme pas un dans un délai de trente (30) jours à compter de la réception d'une demande à cette fin émanant de l'autre partie ou si les deux arbitres ne s'accordent pas sur le choix du troisième dans le même délai à compter de leur désignation, la nomination est effectuée, sur la demande d'une partie, par la juridiction compétente dans l'État Partie. L'arbitre unique est également nommé en cas de désaccord des parties par la juridiction compétente. Cette dernière intervient dans un délai de quinze (15) jours à

de quelques semaines, voire quelques jours. À ce propos, l'Acte uniforme sur la médiation dispose que la procédure prend fin par la conclusion d'un accord ; la déclaration écrite du médiateur indiquant, après consultation des parties, que de nouveaux efforts de médiation ne se justifient plus ; la déclaration écrite des parties adressée au médiateur indiquant qu'elles mettent fin à la procédure ; la déclaration écrite d'une partie adressée à l'autre ou aux autres et, si un médiateur a été nommé, au médiateur, indiquant qu'il est mis fin à la procédure ; l'expiration du délai de médiation sauf si les parties décident conjointement de prolonger ce délai en accord avec le médiateur¹⁴¹. Aucun délai n'est donc fixé par le législateur comme c'est le cas dans les procédures préventives de l'AUPCAP¹⁴². « *Les heures et les dates des séances de médiation sont déterminées d'un commun accord entre les parties et le médiateur* »¹⁴³. Les parties sont donc libres d'arrêter à quelque moment que ce soit la procédure.

La faiblesse des coûts. Le recours à la médiation permet surtout aux parties de maîtriser le budget afférent au règlement du litige. Il s'agit d'un atout indéniable pour une entreprise en situation de crise financière. En effet, les parties déterminent, soit directement, soit par référence à un règlement de médiation, les frais de la médiation, y compris les honoraires du médiateur. Dans le cadre d'une médiation judiciaire, la juridiction étatique saisie fixe les frais en accord avec les parties et ordonne la consignation des provisions entre les mains du greffier en chef de la juridiction, ou de l'organe compétent de l'État Partie. Si une partie ne verse pas sa quote-part des frais fixés, il est permis à l'autre de le faire. Lorsque la juridiction étatique désigne une institution de médiation, elle renvoie les parties à

compter de sa saisine, à moins que la législation de l'État Partie ne prévoie un délai plus court et sa décision n'est susceptible d'aucun recours (art. 6, al. 4 et 5 de l'AUA). Ensuite, si la convention d'arbitrage ne fixe pas de délai, la mission du tribunal arbitral ne peut excéder six (06) mois à compter du jour où le dernier des arbitres l'a acceptée. Le délai peut être prorogé, soit par accord des parties, soit à la demande de l'une d'elles ou du tribunal arbitral, par la juridiction compétente dans l'État Partie (art. 12, al. 1 et 2 de l'AUA). Les parties peuvent renoncer par avance au recours en annulation contre la sentence à intervenir (art. 25, al. 3 de l'AUA). Enfin, les délais encadrant les recours contre la sentence sont très fortement circonscrits (cf. art. 27 de l'AUA).

¹⁴¹ Art. art. 12 de l'AUM.

¹⁴² Ce délai est de trois mois, pouvant être prorogé d'un mois au plus dans le cadre de la conciliation (art. 5-3, al. 1 de l'AUPCAP). En ce qui concerne le règlement préventif, il prend fin de plein droit si la juridiction compétente n'est pas saisie dès le dépôt du rapport de l'expert ou si elle ne se prononce pas dans les trente jours à compter de sa saisine (art. 14 de l'AUPCAP).

¹⁴³ H. DE KOVACHICH, H. CLAVIER, M ESPOSITO, P. RENAUD, *Guide pratique de la médiation*, n° 90, p. 34.

se conformer au barème de cette institution. Sauf convention contraire, les frais de la médiation sont supportés par les parties à parts égales¹⁴⁴.

Tous ces avantages contribuent à faire de la médiation un outil innovant et efficace, car, même si on retrouve les clauses d'arbitrage dans la plupart des contrats, il n'en demeure pas moins que la sentence arbitrale a nécessairement besoin que soit mise en œuvre une procédure d'*exequatur* pour être dotée de la force exécutoire, contrairement à l'accord de médiation.

B. La séduisante particularité de la médiation

La médiation est un moyen de gestion des conflits qui trouve malgré l'élévation de l'arbitrage en mode privilégié de règlement extrajudiciaire des conflits, un terrain fertile à son application. En effet, bien avant l'entrée en vigueur de la réglementation communautaire, il existait dans certains pays de la zone OHADA des centres de médiation. Tel était et contenu d'être le cas du Bénin, de la République démocratique du Congo, du Mali, de la Côte d'Ivoire, de la République centrafricaine, du Cameroun. Plus intéressant, les sociétés africaines traditionnelles connaissaient la distinction entre la conciliation et la médiation. Un exemple de médiation reconnu est celui du chef de Baleng, dans le pays Bamiléké de l'Ouest du Cameroun¹⁴⁵. Pour rendre sa mise en œuvre efficace, le législateur lui a attribué des traits caractéristiques, faisant d'elle un mode par excellence de règlement de litiges. En effet, la facilitation de la communication entre les parties prenantes contribue à ce que soit maintenu les relations d'affaires. Plus encore, le législateur a prévu la possibilité de conférer à l'accord obtenu la force exécutoire.

Le maintien des relations d'affaires. Lorsque les parties se sont engagées dans une véritable collaboration, le judiciaire doit, en cas de conflit céder sa place à un mode de règlement susceptible de préserver et de renforcer les relations d'affaires. Cette relation est primordiale en matière commerciale. Dans ce cas, les parties se

¹⁴⁴ Cf. art. 13 de l'AUM.

¹⁴⁵ Lire à propos M. SAMB, « À propos de la médiation comme mode alternatif de résolution des conflits en Afrique », préc., p. 643-644.

doivent d'abandonner « *le litige à caractère hargneux* » et opter « *pour une solution qui se veut plus équitable* »¹⁴⁶.

La défaillance du débiteur peut causer des préjudices à l'économie toute entière. Il est toujours regrettable de voir disparaître du marché un partenaire économique. C'est la raison pour laquelle le créancier doit prendre des mesures pouvant lui permettre de recouvrer sa créance tout en conservant sa relation d'affaires avec le partenaire en difficulté. La médiation est un moyen permettant d'atteindre cet objectif dans la mesure où elle favorise le dialogue plutôt que l'affrontement. Elle permet non seulement de surmonter les désaccords, mais également, de construire de nouvelles relations sociales transcendant de futures conflictualités¹⁴⁷. Elle serait « *sans doute la seule méthode qui permette de réaliser une paix durable et qui peut régler les problèmes de fond* »¹⁴⁸. Il est important de prendre en compte les besoins de l'entreprise en difficulté et les capacités du créancier pour éviter que la chute de l'un n'entraîne la perte de l'autre.

Ainsi, si c'est d'un délai de paiement dont a besoin l'entreprise, il est question de voir si le créancier peut se le permettre en prenant en considération ses besoins en fonds de roulement¹⁴⁹, fortement dépendant des habitudes de règlement des clients. Si c'est plutôt d'une remise de dette, elle ne peut être accordée que dans la limite des facultés du créancier. L'objectif recherché par la médiation serait l'obtention d'une solution mutuellement acceptable. Il ne s'agit nullement d'un objectif démesuré puisque le processus de résolution des conflits est fondé sur le libre choix des parties. Une telle décision rapproche les parties et les amène à conclure d'autres accords parallèles sur des conflits à venir¹⁵⁰. Certes, l'incitation à la négociation ne garantit pas l'obtention d'un accord, mais une solution imposée ne résout généralement pas la réalité intrinsèque du conflit opposant les parties

¹⁴⁶ I. MERCEDES GLOCKSEISEN, « L'amicable composition : instrument fragile ou assise du renouveau juridique ? », cité par S. CHALOUHI, *Partenariat et médiation commerciale : la situation de la société d'état québécoise*, mémoire de maîtrise, Université de Sherbrooke, 2008, p. 34.

¹⁴⁷ M. SAMB, « À propos de la médiation comme mode alternatif de résolution des conflits en Afrique », préc., p. 650.

¹⁴⁸ A. FENEON, « La médiation : un mode alternatif de règlement des litiges dans les télécoms », www.agencecofin.com.

¹⁴⁹ Le besoin en fonds de roulement représente le décalage de trésorerie entre d'une part les dépenses engagées en vue d'assurer la production, et d'autre part, l'encaissement des factures à la suite d'une livraison de biens ou de services.

¹⁵⁰ P. M., *Au cœur de l'accord, une approche « gagnant-gagnant » pour dénouer vos conflits*, Les Éditions Logiques, Montréal, 2013, p. 172-174

dans une relation certes contractuelle, mais avant tout économique¹⁵¹. Elle favorise le rapprochement entre les parties et permet de maintenir la relation de confiance qui existait. Dans la mesure où les parties ont participé activement à la décision maintenue, tout laisse à croire qu'elles respecteront facilement les obligations acceptées et ainsi, maintenir les relations d'affaires qui les lient. Dans le cas contraire, le débiteur pourra être contraint lorsque le créancier aura accompli les formalités nécessaires à l'apposition de la formule exécutoire sur l'accord.

La force exécutoire de l'accord. Le choix de la médiation peut être opportun lorsqu'il faut palier à l'inconvénient majeur de l'absence de force exécutoire en arbitrage. En effet, la sentence arbitrale a, dès qu'elle est rendue, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche¹⁵². Elle n'est susceptible d'exécution forcée qu'en vertu d'une décision d'*exequatur* rendue par la juridiction compétente dans l'État Partie¹⁵³. En revanche, l'Acte uniforme sur la médiation précise clairement que l'accord conclu à l'issue de la médiation est obligatoire à l'égard des parties et est susceptible d'exécution forcée. Il peut, à la requête conjointe des parties être déposé au rang des minutes d'un notaire avec reconnaissance d'écritures et de signatures, lequel notaire pourra à la requête de la partie intéressée délivrer une grosse¹⁵⁴. Il sera donc dans l'intérêt de l'entreprise de solliciter l'intervention du notaire afin que l'accord obtenu bénéficie des attributs attachés à l'acte notarié notamment en matière de preuve et d'exécution. En effet, le notaire est un officier public ayant reçu de l'État le pouvoir de donner aux actes qu'il dresse la force probante ainsi que la force exécutoire.

La force probante fera de l'accord obtenu à l'issue de la médiation une preuve par excellence. L'acte notarié est ainsi une preuve intangible et « *ce que dit le notaire, c'est la loi qui le dit* » et, « *ce que nous écrivons, c'est la loi* » des parties¹⁵⁵. L'accord fera donc foi en justice des obligations qu'il renferme entre les parties

¹⁵¹ G. HUCHET, « Les clauses favorisant un rapprochement amiable », *village de la justice*, 13 nov. 2007.

¹⁵² Art. 23 de l'AUA.

¹⁵³ Art. 30 de l'AUA.

¹⁵⁴ Art. 16, al. 1 et 2 de l'AUM.

¹⁵⁵ Me H. SEFRIQUI, « L'acte authentique notarial au service de la sécurité des investissements, en particulier, son efficacité pour sa publicité dans les registres et sa force exécutoire », 26^e Congrès International de l'Union Internationale du Notariat au Maroc, (Marrakech du 3 au 5 oct. 2010).

contractantes et leurs héritiers ou ayants cause¹⁵⁶. Il offrira une garantie d'objectivité, de certitude et d'exactitude de sorte qu'il sera superflu d'exiger que l'entreprise apporte la preuve du bénéfice d'un délai de paiement ou d'une remise de dette. La force probante porte d'une part sur la date de l'acte et s'étend sur toute l'opération authentifiée devant le notaire¹⁵⁷. Ces énonciations ne pourront faire l'objet que d'une procédure d'inscription en faux¹⁵⁸. Bien plus, en tant qu'acte notarié, l'accord de médiation échappera à la connaissance du juge du contentieux de l'exécution en ce qui concerne le fond du droit. Aucune partie ne pourra, en vue de paralyser la procédure de saisie engagée, invoquer un vice de consentement ou la nullité de la cause. Mais les énonciations passées en dehors de l'office du notaire seront contestables par la preuve contraire tel un acte passé en privé parce qu'elles ne sont couvertes que par l'affirmation et la signature des parties, sans que le notaire en affirme l'exactitude. Néanmoins, lorsque l'acte notarié présente une apparence extérieure de régularité, il est présumé être authentique et bénéficie de la force exécutoire conféré aux actes authentiques.

Plus intéressant encore est la possibilité de procéder à l'exécution forcée de l'accord une fois qu'il est revêtu de la formule exécutoire. Il s'agit de la grosse délivrée en forme exécutoire intitulée et terminée dans les mêmes termes que les jugements des tribunaux¹⁵⁹. Il s'agit d'un titre exécutoire reconnu par l'article 33 de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution et les procédures simplifiées d'exécution. Ce titre sera en l'espèce un moyen de défense de l'entreprise en difficulté qui confronté au non-respect par le créancier de ses engagements, saisira le juge du contentieux de l'exécution en mainlevée de la saisie si les délais consentis ne sont pas arrivés à terme ou en main levée partielle pour le montant de la remise. Une action en responsabilité civile pourra également être mise en œuvre pour abus du droit de saisie. Il faudra dans ce cas apporter la preuve d'un préjudice et d'un lien de causalité. Cette possibilité d'apposition de la formule exécutoire est donc un atout considérable au respect de la parole donné surtout de la part du créancier de

¹⁵⁶ Article 36, al. 1^{er} du décret n° 95-034 du 24 fév. 1995 portant statut et organisation de la profession de notaire au Cameroun.

¹⁵⁷ Sur la force probante de l'acte notarié, v. H. I. SILIENOU, *Le notaire et l'exécution forcée*, thèse de master, Université de Dschang, 2010-2011, p. 33-34.

¹⁵⁸ Article 36 al. 4 du décret de 1995 préc.

¹⁵⁹ Article 41 al. 1 du décret de 1995 préc..

l'entreprise qui peut être amené à payer des dommages-intérêts. En tant qu'acte notarié, l'accord pourra circuler dans le pays où l'exécution est requise grâce à la procédure d'*exequatur*. Mais, nul besoin nécessairement de faire de l'accord un acte authentique pour bénéficier de cet avantage.

L'accord de médiation peut être soumis à l'homologation ou à l'*exequatur* de la juridiction compétente, une fois de plus à la requête conjointe des parties, ou à défaut, à la requête de la partie la plus diligente¹⁶⁰. L'intérêt de l'homologation est de conférer à l'accord la force exécutoire. Elle permet à l'acte de produire pleinement ses effets¹⁶¹. Le rôle du juge consiste donc à « *parachever un acte incomplet qui, sans son intervention, serait dépourvu d'efficacité : l'acte et le juge qui l'homologue sont indissolublement liés l'un à l'autre et ne peuvent avoir d'effets l'un sans l'autre ; c'est de leur conjonction que naissent les effets juridiques recherchés* »¹⁶². Ce rôle correspond à une activité de contrôle¹⁶³ du juge. Dans cette logique, ce dernier doit vérifier l'authenticité de l'accord de médiation et faire droit à la demande dans un délai maximum de quinze (15) jours ouvrables à compter du dépôt de la demande¹⁶⁴. L'accord bénéficie automatiquement de l'homologation ou de l'*exequatur* à défaut de décision rendue dans les délais¹⁶⁵. Toutefois, l'homologation ou l'*exequatur* peut être refusé si l'accord de médiation est contraire à l'ordre public¹⁶⁶. L'obligation faite au juge répond donc à la volonté du législateur dans ce cas précis de s'assurer du respect de l'équilibre des intérêts concurrents voire opposés¹⁶⁷.

La précision sur « *l'homologation ou l'exequatur* » implique que l'on soit en présence d'un double *exequatur* lorsqu'il s'agira d'un accord convenu dans une procédure étrangère¹⁶⁸. Toujours est-il, l'*exequatur* est une procédure judiciaire qui a pour

¹⁶⁰ Art. 16, al. 3 de l'AUM.

¹⁶¹ S. FREMEAUX, « L'avenir de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial », *Defrénois* n° 9, n° 3 et 4, p. 529.

¹⁶² I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD Civ.*, n° 33, 1978.

¹⁶³ Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse de doctorat, Université de Paris 1, 1995, n° 74, p. 79 ; Ch. FARDET, « La notion d'homologation », *Revue Droits* n° 28, 1999, p. 181.

¹⁶⁴ Art. 16, al. 4 de l'AUM.

¹⁶⁵ Art. 16, al. 6 de l'AUM.

¹⁶⁶ Art. 16, al. 5 de l'AUM.

¹⁶⁷ Sur la finalité de l'homologation, v. J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM, Marseille, 2003, n° 666.

¹⁶⁸ Lire pour l'ens. L.-C. HENRY et J.-L. VALLENS, « Le droit international privé de l'Acte uniforme OHADA » *Dr. et Patr.* n° 253, déc. 2015, p. 49 et s.

objet de donner à une décision ou un acte étranger la force exécutoire dans le pays où l'exécution est demandée. Il s'agira d'intégrer « *la situation consacrée par l'acte dans l'ordre juridique de l'État d'accueil : l'acte doit y déployer l'autorité et l'efficacité dont il jouit dans son État d'origine* »¹⁶⁹.

L'ensemble de ces avantages rend irréfutable l'intérêt du recours à la médiation plutôt que tout autre mode de règlement de litiges lorsque l'entreprise en difficulté souhaite un allègement de la dette ou des délais de paiement. Bien que cette acceptation ait été amplement démontré, une transposition pure et simple ne saurait être justifiée lorsque l'objectif de la médiation réside en l'obtention de nouveaux financements.

II. UNE INSIGNIFIANTE ATTRACTIVITÉ POUR LES POTENTIELS INVESTISSEURS

Une entreprise qui rencontre des difficultés financières a besoin certes d'un allègement de la dette ou des délais de paiement, mais d'avantage d'un financement. L'idée est de se rapprocher des bailleurs de fonds notamment les banquiers ou les fournisseurs, afin d'obtenir des fonds ou le maintien des concours accordés. Seulement, face aux difficultés financières qu'elle rencontre, l'entreprise ne peut fournir de garantie à même de justifier de tels concours. En outre, le créancier qui consent à financer l'entreprise peut subir les affres d'une procédure collective si, malgré les efforts consentis, l'entreprise est en cessation de paiements. Pour éviter cette cessation de paiements, l'AUPCAP a institué au profit des nouveaux créanciers un privilège de *new money* qui permet leur paiement en première position en cas d'ouverture ultérieure d'une liquidation de l'entreprise en difficulté. Mais, un tel privilège n'est pas prévu au profit des créanciers qui consentent ces apports dans le cadre de la médiation (A). Par conséquent, ils ne peuvent bénéficier d'un traitement préférentiel dans l'éventualité d'une liquidation des biens (B).

¹⁶⁹ Association du notariat francophone, exposé du Pr. KHAIRALLAH (G.), « *Débat sur la circulation de l'acte authentique notarié dans la Francophonie* », Sénat, Paris, 26 mai 2000.

A. L'absence d'un privilège spécial

Dans l'objectif de faciliter le redressement des entreprises en difficultés, le législateur OHADA des procédures collectives a introduit lors de la révision de 2015, un privilège qualifié de « *new money* » au profit de chaque créancier qui injectera de nouveaux fonds ou fournira un nouveau bien ou service à l'entreprise constaté dans l'accord homologué dans le cadre de la conciliation¹⁷⁰, du concordat préventif¹⁷¹, ou du concordat de redressement¹⁷². Ce privilège ne s'applique pas aux apports consentis dans le cadre d'une augmentation de capital et aux créances nées antérieurement à l'ouverture de la procédure collective concernée. Il peut s'agir d'un apport en trésorerie¹⁷³ consistant en des prêts à court terme, mais également des crédits mobilisant une créance commerciale tels l'escompte et l'affacturage. Il peut également s'agir des biens ou services¹⁷⁴. L'accent est mis sur la nouveauté des apports. La terminologie anglo-saxonne « *new* » ou « *fresh money* » l'exprime à suffisance. Elle permet d'éviter toute confusion susceptible de naître en raison notamment du recyclage des dettes exploitées par les établissements bancaires, afin de faire paraître des crédits anciens comme étant des nouveaux apports¹⁷⁵.

Par le biais des négociations privées, l'idée est d'inciter les principaux créanciers à apporter une bouffée d'oxygène à l'entreprise afin de faciliter son fonctionnement et la relance de ses activités. Ce privilège est offert aux créanciers dans la conciliation, le règlement préventif et même le redressement judiciaire. Cela se comprend aisément dans la mesure où les premières sont des procédures préventives, le redressement est encore possible dans la dernière et, dans le cadre

¹⁷⁰ Art. 5-11 de l'AUPCAP.

¹⁷¹ Art. 11-1 de l'AUPCAP.

¹⁷² Art. 33-1 de l'AUPCAP.

¹⁷³ Cette notion fait l'objet de nombreuses critiques (V. BOUTHINON-DUMAS, « Le banquier face à l'entreprise en difficulté », *Rev. Banque*, 2008, p. 156). On lui reproche son ambiguïté, ce qui rend sa définition délicate. Toutefois, certains auteurs estiment que seuls en font partie les crédits à court terme, dans la mesure où ceux à long et moyen terme sont destinés à financer les achats et les investissements (T. BONNEAU, *Droit bancaire*, 8^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2009, n° 517).

¹⁷⁴ La doctrine majoritaire retient une conception large des contrats de fourniture de biens et de services. Sur la question, lire R. ASSONTSA et H. I. SILIENOU, « L'introduction du privilège de « *new money* » en droit OHADA des procédures collectives », *Annales africaines*, vol. 1, n° 6, avr. 2017, n° 14 et 15, p. 362-364.

¹⁷⁵ Cf. l'intervention de A. MONTEBOURG, J. O., débat Ass. Nat., 2^{ème} séance du 3 mars 2005, p. 1631.

de la liquidation, il est question de vendre ce qui reste des biens de l'entreprise dans les conditions propres à maximiser la valeur des actifs des débiteurs pour augmenter les montants recouverts par les créanciers¹⁷⁶.

Une fois que le créancier a apporté de nouveaux financements constatés soit dans un accord de conciliation homologué ou *exequaturé*, soit dans un concordat préventif ou de redressement également homologué, il bénéficie d'un traitement préférentiel lorsque le débiteur fera éventuellement l'objet d'une liquidation des biens. Bien qu'il soit possible qu'il puisse être primé par certains créanciers apporteurs¹⁷⁷, les articles 166 et 167 de l'AUPCAP accorde une place de premier ordre au bénéficiaire du privilège de *new money*, qui doit en principe être payé avant tout autre lors de la distribution des deniers issus de la vente des biens du débiteur.

L'Acte uniforme sur la médiation n'octroie aucun privilège de la sorte. Pourtant, les échanges peuvent bien conduire à ce qu'un créancier accepte de consentir un financement ou tout de moins, de maintenir le soutien accordé. À titre de droit comparé, l'État français intervient à travers ses organes administratifs pour sauvegarder les entreprises aux moyens de différents modes d'action dont celui de la médiation. Ce traitement que l'on peut qualifier de « *traitement administratif* »¹⁷⁸ se manifeste à la fois à travers la mise en place d'un dispositif d'octroi de remises de dettes publiques et la création d'instances administratives dont la mission principale est de mener une médiation entre les différents acteurs concernés par le traitement des difficultés de l'entreprise¹⁷⁹.

S'est également développée une médiation du crédit. Le médiateur du crédit aux entreprises émet des recommandations à destination des établissements de crédit, afin que ceux-ci consentent des crédits aux entreprises ayant fait appel à lui. À titre de droit comparé, le Président français a nommé le 23 octobre 2008, un médiateur

¹⁷⁶ Cf. art. 1-1 de l'AUPCAP.

¹⁷⁷ Tels les créanciers de la masse, ceux bénéficiant d'une compensation ou d'un droit de rétention.

¹⁷⁸ B. GHANDOUR, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, LGDJ, Paris, 2018, n° 57, p. 46.

¹⁷⁹ Sur la question, lire M. KOEHL, *La négociation en droit des entreprises en difficulté*, thèse de doctorat, Université Paris Nanterre, 22 févr. 2019, p. 210 et s.

du crédit aux entreprises¹⁸⁰. « Cette mission a donné lieu au déploiement d'un dispositif de proximité, en liaison avec les services de l'État et avec le concours de la banque de France »¹⁸¹. Des centres de médiation se sont créés en toutes matières, et parmi d'autres, organisent les formations nécessaires à ces activités. Ce dispositif vise à discipliner le comportement des banques face à l'octroi du crédit et « d'identifier les solutions adaptées aux besoins des entreprises, confrontées à des problèmes de financement du fait de la crise »¹⁸².

Le médiateur du crédit peut mener une entremise entre l'entreprise et les établissements de crédit. Il « a pour mission de faciliter le dialogue entre les entreprises et les établissements de crédit, et de recommander des solutions en cas de difficulté pour l'obtention et le maintien de crédit et de garanties, il peut également, en cas de difficulté en matière de crédit interentreprises, faciliter le dialogue entre ces entreprises, et les assureurs-crédit ou les sociétés d'affacturage et recommander des solutions »¹⁸³. Pour bénéficier de cette technique, il suffit pour les chefs d'entreprise de saisir directement la médiation du crédit, en remplissant une fiche très simple sur internet, cette fiche est transmise immédiatement au médiateur départemental concerné, lequel doit la traiter en deux jours maximum. Le chef d'entreprise est tenu de sa part de préciser l'état et la nature de ses difficultés. Si le dossier est accepté, il lui donnera son assentiment à l'immédiat, ce qui déclenchera l'envoi d'une information aux partenaires financiers de l'entreprise en difficulté¹⁸⁴. Mais l'établissement de crédit qui accepte de suivre de telles recommandations, ne risque-t-il pas de voir dans certains cas sa responsabilité civile engagée pour soutien abusif ?

En droit OHADA, l'une des conséquences qu'entraîne l'octroi du privilège de *new money* est le bouleversement des acquis de la procédure collective, en

¹⁸⁰ V. Accord de place sur la médiation du crédit aux entreprises, cité par N. LYAZAMI, *La prévention des difficultés des entreprises : Étude comparative entre le droit français et le droit marocain*, thèse de doctorat, Université du Sud Toulon-Var, 4 juin 2013, n° 271, p. 201.

¹⁸¹ Comme le relève le préambule de l'accord de place, du 27 juillet 2009. V. *Gaz. Pal.*, vendredi 5 et samedi 6 mars 2010, p. 16.

¹⁸² Accord de place conclu le 27 juillet 2009, entre le ministère de l'économie, le médiateur de crédit des entreprises, le gouverneur de la banque de France, les directeurs de IEDOM et IEOM et le comité exécutif de la fédération bancaire française. V. doctrine *Gaz. Pal.*, préc., p. 16.

¹⁸³ Accord de place précité, *Gaz. Pal.*, préc., p. 14.

¹⁸⁴ N. LYAZAMI, *La prévention des difficultés des entreprises : Étude comparative entre le droit français et le droit marocain*, op. cit., note 475, p. 202.

l'occurrence les inopposabilités de la période suspecte et l'action pour soutien abusif¹⁸⁵. Quand bien même le créancier aura eu connaissance de la cessation des paiements, l'homologation de l'accord de conciliation ou du concordat aura pour effet de couvrir l'inopposabilité, mais également le dispensateur de crédit en ce qui concerne une potentielle action en responsabilité pour soutien abusif. Cette dernière est celle engagée contre le fournisseur de crédit qui octroie des disponibilités financières à une entreprise dont la situation financière est irrémédiablement compromise. Toutefois, ce dernier peut engager sa responsabilité en cas de fraude ou de prises de garanties disproportionnées¹⁸⁶. L'on en vient à s'interroger sur l'opportunité de subir de tels sacrifices si le créancier ayant participé à la médiation n'obtiendra rien en retour. Il contribuera peut-être bien au maintien de l'activité et des relations d'affaires, mais l'on ne peut perdre de vue le fait que l'objectif premier du créancier est d'entrer en possession de son dû. Pour résoudre cette difficulté, l'on peut envisager que le débiteur confère ce privilège au créancier ayant apporté de nouveaux apports, lorsqu'ils auront pour effet d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité. Ces deux objectifs justifient que soit accordé le privilège. Un au moins doit être rempli¹⁸⁷. Tout comme dans le cadre de la conciliation, du règlement préventif ou du redressement judiciaire, la validité du privilège pourrait être subordonné à l'homologation ou l'*exequatur* de l'accord de conciliation, du concordat préventif ou de règlement dans lequel les apports sont faits. Il s'agit de formalités qui sont prévues par l'Acte uniforme sur la médiation. Seulement, il s'agit d'un privilège légal et comme tel, il ne peut faire l'objet d'une attribution conventionnelle. Il est né de la volonté expresse du législateur des procédures collectives qui a ainsi opéré une discrimination parmi les créanciers. En tant que sûreté légale, le législateur n'a attribué ce privilège qu'au profit de ceux qu'il a déterminé de façon précise et limitative¹⁸⁸. Seule la loi peut les créer et réglementer leur régime.

¹⁸⁵ . ASSONTSA et H. I. SILIENOU, « L'introduction du privilège de « *new money* » en droit OHADA des procédures collectives », préc., n° 41, p. 382.

¹⁸⁶ À titre de droit comparé, cf. art. L. 650-1 du Code de commerce français.

¹⁸⁷ R. ASSONTSA et H. I. SILIENOU, « L'introduction du privilège de « *new money* » en droit OHADA des procédures collectives », préc., n° 19, p. 367.

¹⁸⁸ J. ISSA-SAYEGH, « La liberté contractuelle dans le droit des sûretés OHADA », *Penant* n° 851, p. 160.

Néanmoins, les apports consentis dans le cadre de la médiation peuvent poursuivre les mêmes objectifs, remplir les mêmes conditions aussi bien de fond que de forme. En plus, c'est le législateur qui prévoit de façon expresse la faculté d'y recourir. Il devient incompréhensible de prévoir cette possibilité aux multiples atouts et d'en limiter la portée. Il pourrait s'agir d'un oubli du législateur. Toujours est-il que le silence conduit à exclure les créanciers nouveaux financeurs dans le cadre de la médiation au bénéfice d'un tel privilège. Dans ces circonstances, les créanciers n'auront pas grand intérêt à contribuer au sauvetage de l'entreprise. L'on peut envisager l'hypothèse selon laquelle l'entreprise s'engage à demander l'ouverture d'une conciliation ou d'un règlement préventif pour que les nouveaux apports consentis soient constatés dans l'accord de conciliation ou le concordat préventif. Une telle possibilité ne sera envisageable que si l'entreprise rencontre soit des difficultés avérées ou prévisibles¹⁸⁹, ou lorsqu'elle justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses sans toutefois être en cessation des paiements¹⁹⁰. Le rôle du médiateur dans ce cas consistera à mettre les parties dans les dispositions de nature à obtenir l'accord. Une fois fait, l'accord sera présenté devant le juge dans le cadre de la procédure préventive et ensuite, au juge de l'homologation. La prestation ne pourra donc être fournie au débiteur avant l'homologation ou l'*exequatur* de l'accord de conciliation ou de l'homologation du concordat préventif. La doctrine propose dans ce cas au créancier d'exiger de l'entreprise en difficulté lors des négociations sur l'octroi du crédit que l'homologation soit érigée en condition suspensive de l'accord de conciliation ou du concordat¹⁹¹. Ce souci de sécurité des apporteurs peut paraître dangereux pour une entreprise qui rencontre des difficultés financières. Cette dernière peut atteindre le seuil de la cessation des paiements et entrer dans l'hypothèse où le redressement est impossible pendant la durée de la conciliation¹⁹². Pour éviter cette situation, le législateur français fait

¹⁸⁹ Art. 5-1, al. 1 de l'AUPCAP.

¹⁹⁰ Art. 6, al. 1 de l'AUPCAP.

¹⁹¹ P.-M. LE CORRE, « Le privilège de conciliation », *Gaz. Pal.*, 08 sept. 2005, n° 1.

¹⁹² R. ASSONTSA et H. I. SILIENOU, « L'introduction du privilège de « *new money* » en droit OHADA des procédures collectives », *préc.*, n° 20, p. 368.

bénéficiaire le privilège aux apports faits dans le cadre de la négociation¹⁹³. Le législateur OHADA l'accorde à l'ouverture de la conciliation¹⁹⁴.

Cette procédure est longue, mais permet de sauvegarder les intérêts des créanciers nouveaux financeurs. On en vient à se demander l'intérêt d'un tel concours alors que le créancier peut obtenir du débiteur qu'il demande directement l'ouverture de la procédure préventive telle que prévue par l'AUPCAP. C'est la raison pour laquelle nous militons en faveur de la reconnaissance d'un tel privilège au profit des créanciers qui effectueront des apports nouveaux constatés dans l'accord de médiation. Tout comme tel est le cas en l'état actuel, le pouvoir du juge se limitera à constater l'accord de médiation et à le refuser s'il est contraire à l'ordre public. Lorsqu'il l'admettra, l'on pourra tout simplement appliquer les dispositions y relatives telles que prévues dans le cadre de la conciliation. Dans ce cas, pour préserver le caractère confidentiel de la procédure, la décision homologuant ou *exequaturant* l'accord de médiation ne reprendra pas son contenu¹⁹⁵. Elle pourra toutefois mentionner le privilège ainsi que les montants garantis. L'apport doit bien évidemment être effectué dans le cadre de l'accord de médiation.

L'absence d'un tel privilège est susceptible d'entraîner un manque d'engouement des créanciers à participer à la médiation, situation alimentée par l'indifférence de traitement dont ils feront l'objet dans le cas de l'ouverture postérieure d'une liquidation des biens.

B. L'indifférence de traitement

La force obligatoire de l'accord de médiation commande que le créancier fournisse l'apport promis. Une fois effectué, il ne bénéficie d'aucun droit préférentiel en cas d'ouverture postérieure d'une liquidation. Il sera soumis au respect de la discipline

¹⁹³ G. TEBOUL, « Le renforcement du rôle des créanciers dans le cadre de la nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté (1^{ère} partie) », *LPA* n° 15, 1^{er} janv. 2014, p. 6 et s.

¹⁹⁴ Art. 5-11, al. 4 de l'AUPCAP : « *Les créanciers du débiteur ne peuvent en aucun cas bénéficier de ce privilège pour les créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation* ».

¹⁹⁵ Art. Art. 5-10, al. 1^{er} de l'AUPCAP.

collective et obtiendra le paiement à la place qu'il occupe, telle que défini par les articles 166 et 167 de l'AUPCAP.

Le respect de l'accord de médiation. L'idéal serait de parvenir à l'issue de la médiation à un accord. L'Acte uniforme sur la médiation consacre leur force obligatoire et la possibilité de le rendre exécutoire. S'il ne fait plus l'ombre d'un doute sur la portée de l'accord, l'on peut néanmoins s'interroger sur sa nature juridique. L'Acte uniforme sur la médiation n'en donne aucune définition. Il est certain qu'il ne s'agit pas d'un procès-verbal de conciliation, d'une sentence arbitrale, ni d'un jugement puisqu'il n'est pas exécutoire par lui-même. De façon générale, l'accord est un terme générique ayant pour synonyme le mot convention¹⁹⁶. Sa force obligatoire serait-elle similaire à celle du contrat ?

À titre de droit comparé, le tribunal administratif de Poitiers¹⁹⁷ donne quelques pistes de clarification sur la nature de l'accord de médiation. Il affirme sans ambiguïté qu'il ne s'agit guère d'une transaction, bien que du latin, elle signifie *transactio* « accord »¹⁹⁸. De par sa nature, la transaction désigne un contrat ou un résultat et non un processus comme c'est le cas en médiation¹⁹⁹. Il y a absence d'un tiers neutre et ce sont les parties à travers leurs représentants qui négocient afin d'aboutir à une décision consensuelle. Toutefois, l'accord de médiation prend très souvent la forme d'un contrat sous seing privé²⁰⁰, et est alors soumis au droit commun des contrats²⁰¹. L'intervention du juge ou du notaire est alors indispensable pour leur donner force exécutoire.

La soumission du créancier à la discipline collective. L'ouverture d'une procédure collective entraîne la mise en place d'une discipline collective qui impose aux

¹⁹⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v. Accord, sens 1.

¹⁹⁷ Tribunal administratif de Poitiers, décision n° 1701757 du 10 juil. 2018, inédit.

¹⁹⁸ Dictionnaire USITO, cité par IBIL OTTO, « Médiation et OHADA », *Rev. ERSUMA* n° 4, sept. 2014, p. 242.

¹⁹⁹ A. STIMEC, *La médiation en entreprise, favoriser le dialogue, gérer les conflits, favoriser la coopération*, op. cit., n° 15, p. 6.

²⁰⁰ P. AUFIERE, F. HOUSTY, E. SCHIELINO, « Actualité juridique », *Lexisnexis*, mars 2015, p. 40.

²⁰¹ L. BENOITON, *La médiation familiale*, cité par M. C. DESPAX, *Les accords de médiation, construction et devenir*, mémoire de DE médiateur familial, DRASS Toulouse, 2009, p. 35.

créanciers une réunion²⁰² soit en une masse²⁰³, soit en une union²⁰⁴ et l'assistance ou le dessaisissement du débiteur de la gestion de son patrimoine²⁰⁵. Lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure curative, le créancier nouveau financeur ne bénéficie d'aucun traitement préférentiel. Il doit respecter la suspension des poursuites, déclarer sa créance et peut voir sa créance être déclarée inopposable à la masse des créanciers.

Si l'entreprise en difficulté fait l'objet après la médiation d'un règlement préventif²⁰⁶ ou d'une procédure curative²⁰⁷, la décision prononçant l'ouverture aura pour effet d'arrêter ou d'interdire les poursuites individuelles. Ceci constitue une véritable restriction aux droits des créanciers. Mais, cette règle a pour fondement le principe d'égalité des créanciers et permet dans ce cas particulier, d'éviter que le paiement soit le prix de la course et qu'un créancier soit favorisé au détriment d'un autre. Il doit produire sa créance au même titre que tous les autres créanciers antérieurs. C'est la conséquence de la suspension des poursuites. Seuls sont dispensés les créanciers d'aliments²⁰⁸. Il s'agit de dresser sous le contrôle judiciaire un état complet des dettes du débiteur au jour où s'ouvre le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. La production s'analyse en une demande en justice par laquelle le créancier sollicite du juge-commissaire, par l'intermédiaire du syndic, la reconnaissance de ses droits en vue de participer aux opérations d'apurement du passif. Faute de production dans les délais, les créanciers sont forclos. Ceux-ci ne peuvent plus produire sauf relevé de forclusion²⁰⁹.

²⁰² Dans le cadre du règlement préventif, les créanciers sont astreints au respect du concordat préventif, accentué par la suspension des poursuites individuelles (art. 9 de l'AUPCAP) et l'interdiction faite au débiteur de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles, de faire aucun acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise, ni consentir aucune sûreté (art. 11 de l'AUPCAP).

²⁰³ La décision d'ouverture du redressement judiciaire constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic (art. 72, al. 1 de l'AUPCAP).

²⁰⁴ Les créanciers sont constitués en état d'union dès que la liquidation des biens est prononcée (art. 146 al. 1 de l'AUPCAP).

²⁰⁵ Selon que la procédure ouverte est le redressement judiciaire ou la liquidation des biens.

²⁰⁶ Art. 9, al. 2 de l'AUPCAP.

²⁰⁷ Art. 75, al. 1 et 2 de l'AUPCAP.

²⁰⁸ Art. 78 de l'AUPCAP.

²⁰⁹ Le relevé de forclusion est accordé à la demande des créanciers défailants par décision motivée du juge commissaire. Celui-ci ne peut le faire que tant que l'état des créances n'a pas été arrêté et déposé dans les conditions prévues à l'article 86 de l'AUPCAP, et uniquement s'ils démontrent que leur défaillance n'est pas de leur fait (art. 83, al. 2 de l'AUPCAP).

Le cas échéant, la créance ne pourra faire l'objet d'une réclamation contre le débiteur qu'une fois la procédure de liquidation et de redressement clôturée. Leurs créances sont inopposables à la masse et au débiteur pendant la durée du redressement judiciaire, de la liquidation des biens et durant la période d'exécution du concordat de redressement judiciaire²¹⁰. Il en sera de même des actes suspectés de fraude accomplis par le débiteur pendant la période comprise entre la cessation de paiement et le jugement d'ouverture de la procédure collective²¹¹. L'entreprise en difficulté peut avoir atteint le seuil de la cessation des paiements pendant la médiation.

L'indifférence dans la distribution du prix. Le droit OHADA procède à la classification des créanciers en vue d'assurer leur désintéressement. La situation du créancier dépend selon qu'il est un créancier formant la masse ou un créancier dans la masse²¹², un créancier de la masse ou contre la masse²¹³, ou un créancier hors la masse²¹⁴. Bien évidemment, les créanciers à l'issue de la médiation seront des créanciers dans la masse à condition qu'ils ne soient forclos et que leurs créances ne soient déclarées inopposables. Leur paiement sera fonction du rang qu'ils occupent conformément aux articles 166 et 167 de l'AUPCAP. Ils auront beaucoup plus de chance de recevoir leur dû s'ils obtiennent de l'entreprise débitrice la constitution d'une sûreté réelle, à condition qu'elle ne tombe pas sous le coup des inopposabilités de la période suspecte. L'AUPCAP fait une distinction entre les inopposabilités de droit et les inopposabilités facultatives. Les inopposabilités de droit sont prévues par l'article 68 de l'AUPCAP²¹⁵. Il s'agit des

²¹⁰ Art. 83, al. 1er de l'AUPCAP.

²¹¹ Cette période est appelée la période suspecte.

²¹² Il s'agit des créances nées avant le jugement d'ouverture de la procédure collective dont la production a été faite dans les délais et qui sont admises dans la masse provisoirement ou de façon définitive.

²¹³ Ce sont les créanciers dont les droits nés après le jugement d'ouverture, l'ont été en conformité avec le dessaisissement ou l'assistance du débiteur. L'acte a été passé soit avec le syndic en cas de liquidation des biens, soit avec le débiteur et le syndic en cas de redressement judiciaire.

²¹⁴ Ce sont tout d'abord les créances frappées d'inopposabilité, ensuite les créanciers forclos qui n'ont pas été relevés de la forclusion, enfin les créanciers dont les droits nés après le jugement d'ouverture, l'ont été au mépris des règles de l'assistance et du dessaisissement du débiteur.

²¹⁵ Sont inopposables de droit à la masse, les transmissions à titre gratuit; tout contrat commutatif déséquilibré; tout paiement de dette non échue, sauf s'il s'agit d'un effet de commerce; tout paiement anormal de dette; les sûretés réelles conventionnelles constituées pour la garantie d'une dette antérieure, à moins qu'elle ne remplace une sûreté antérieure d'une nature et d'une étendue au moins équivalente, ou qu'elle soit consentie en exécution d'une convention antérieure à la

cas où la juridiction compétente est tenue de prononcer l'inopposabilité de l'acte dès lors qu'elle constate la réunion des conditions légales. Les inopposabilités de fait sont prévues par l'article 69 de l'AUPCAP²¹⁶ et se caractérisent par le fait que même si les conditions sont réunies, le juge dispose d'un pouvoir souverain pour prononcer ou non l'inopposabilité. Le créancier nouveau financeur à l'issue de la médiation doit donc attendre la distribution des deniers pour obtenir le paiement de sa créance.

La question que l'on peut se poser est celle de savoir si cette sanction peut encore être considérée lorsque l'accord a fait l'objet d'une homologation ou de l'*exequatur*? nous estimons que non, car l'intervention du juge a pour effet d'annihiler tout risque de fraude. L'existence d'un quelconque risque de fraude doit l'amener à refuser l'homologation ou l'*exequatur*. Il s'agirait donc d'un cas où l'accord serait contraire à l'ordre public. Il en serait autrement lorsque l'accord a été déposé au rang des minutes d'un notaire. La réunion des conditions justifierait l'inopposabilité de la créance à la masse.

Cependant, l'on conçoit difficilement que l'entreprise en difficulté ait eu la possibilité d'apporter une sûreté réelle en garantie du crédit obtenu. Il sera très probablement payé en qualité de créancier chirographaire. Il s'agit d'une position désavantageuse qui réduit l'intérêt du créancier appelé à la médiation à apporter un nouveau financement. Ce manque d'intérêt est accentué par les mécanismes préférentiels qui, sans véritablement créer une sûreté ou constituer des privilèges, ont pour effet d'avantager le créancier qui en est bénéficiaire au détriment des autres, tel le droit de rétention.

Le créancier doit en conséquence adapter les conditions d'attribution du financement pendant la médiation, afin de mettre en œuvre celles qui lui sont favorables, telle la constitution d'une garantie personnelle. Cette dernière permet de déplacer la contrainte du débiteur principal au débiteur secondaire. Elle est une arme redoutable qui permet au créancier d'accéder à un patrimoine distinct de celui

cessation des paiements ; et l'inscription provisoire d'hypothèque judiciaire conservatoire ou de nantissement judiciaire conservatoire.

²¹⁶ Trois conditions doivent être réunies pour que l'on puisse invoquer les inopposabilités facultatives. L'acte doit tout d'abord être accompli pendant la période suspecte. Ensuite, celui qui a traité avec le débiteur doit avoir eu connaissance de la cessation de paiements au moment où il a passé l'acte. Enfin, l'acte du débiteur doit avoir causé un préjudice à la masse.

de son débiteur, ce qui est non négligeable quand le débiteur est défaillant. L'exercice du recours est possible à tout moment contre le coobligé personne morale. Mais, contre le coobligé personne physique, ou ayant consenti une sûreté personnelle ou encore ayant affecté ou cédé un bien en garantie, le recours n'est possible qu'après l'exécution du concordat préventif et de redressement, bien qu'entravé par la possibilité offerte au garant d'opposer des exceptions²¹⁷. Le créancier ne pourra les poursuivre qu'à la levée de l'interdiction. Ces dernières bénéficient en effet de la suspension des poursuites à compter du jugement d'ouverture de la procédure et durant l'exécution du concordat préventif²¹⁸ et de redressement²¹⁹ ; de l'arrêt pendant le redressement et la liquidation du cours des intérêts légaux et conventionnels, de tous intérêts et majorations de retard de toutes les créances²²⁰, ainsi que des remises de dettes accordées au débiteur principal²²¹. Également, les garants personnes physiques bénéficient des dispositions de l'accord de conciliation²²² et du concordat préventif homologué²²³.

La médiation est un mode alternatif de règlement de conflits qui tend à s'imposer principalement dans le contentieux commercial. Ayant pris conscience de son impact sans cesse grandissant, le législateur OHADA s'est doté d'un acte uniforme réglementant la matière. Plus encore, il fait de la médiation un instrument privilégié de traitement des difficultés financières de l'entreprise en accordant la faculté à toute entreprise d'y recourir avant la cessation des paiements. C'est un moyen approprié pour l'obtention d'un accord pour une entreprise qui souhaite un allègement de la dette ou des délais de paiement. Le rôle de facilitateur du médiateur ainsi que les nombreux avantages qu'elle partage avec l'arbitrage y contribuant. Elle paraît d'ailleurs plus attractive en termes de coût, de souplesse et

²¹⁷ cf. H. I. SILIENOU, *Le traitement de l'impayé à la clôture des procédures collectives du droit OHADA*, thèse de doctorat, Université de Dschang, 2013, p. 181 et s.

²¹⁸ Art. 9, al. 5 de l'AUPCAP.

²¹⁹ Art. 75-1, al. 1er de l'AUPCAP.

²²⁰ Art. 77, al. 1 et 2 de l'AUPCAP. Néanmoins, le cours des intérêts résultant des contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou d'un contrat assortis d'un paiement différé d'un an ou plus se poursuit durant la procédure de redressement judiciaire.

²²¹ Art. 93, de l'AUPCAP.

²²² art. 5-12, al. 2, de l'AUPCAP.

²²³ Art. 18, al. 3 de l'AUPCAP.

la facilité accordée pour rendre l'accord exécutoire. Seulement, il s'agit d'une solution qui perd son charme si ce dont a besoin l'entreprise est un financement. Le créancier n'aurait *a priori* aucun intérêt à effectuer un nouvel apport puisqu'il ne bénéficie d'aucun privilège et peut faire l'objet d'une action en responsabilité pour soutien abusif. En ce point, l'innovation amorcée semble être insuffisante. Il serait préférable, afin de préserver l'activité économique et les niveaux d'emplois chers au législateur OHADA des procédures collectives, d'octroyer un privilège de *new money* à ces créanciers dans les conditions prévues par l'AUPCAP, d'autant plus que les exigences formelles de l'accord de médiation sont identiques à celles de l'accord de conciliation. Une solution pareille incitera les créanciers au financement des entreprises en difficulté. Dans le meilleur cas, elle réduira non seulement le contentieux devant les juridictions étatiques ainsi que le nombre d'entreprises susceptibles de faire l'objet d'une liquidation, mais également, améliorera les relations d'affaires.

**Loi applicable à l'opposabilité aux tiers
de la cession internationale de créance
(À propos d'un arrêt de la CJUE)**

Charlemagne DAGBEDJI - Docteur en droit privé- Enseignant-chercheur contractuel
(MCF-LRU) Équipe méditerranéenne de recherche juridique Université de Corse

L'arrêt du 9 octobre 2019 de la Cour de justice de l'Union européenne est symptomatique des lacunes qui mettent à mal l'uniformisation des règles de conflit de loi au sein de l'Union²²⁴. En principe, à la question de savoir quelle est la loi applicable à une relation internationale de droit privé²²⁵, la règle de conflit doit pouvoir apporter une réponse quant au droit national désigné²²⁶. Toutefois, la détermination de la loi applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance en cas de cessions multiples est loin de confirmer ce postulat. D'où la question de l'existence ou non d'une règle de conflit pour régir cette opposabilité est souvent évoquée. Elle est le cœur de cet arrêt.

Dans cette affaire, une ressortissante luxembourgeoise, domiciliée en Allemagne et fonctionnaire au Luxembourg, a conclu le 29 mars 2011 avec une banque allemande un contrat de prêt garanti par la quotité saisissable de ses créances salariales actuelles et à venir. Ledit contrat, régi par le droit allemand, n'est pas porté à la connaissance de l'employeur luxembourgeois.

La même débitrice a conclu le 15 juin 2011 un autre contrat de prêt avec une banque luxembourgeoise qui prévoit la cession des mêmes créances salariales. L'existence de ce contrat a été notifiée à l'employeur à la diligence de la banque comme l'exige le droit luxembourgeois.

L'administratrice fiduciaire désignée dans le cadre de la procédure d'insolvabilité décidée par un tribunal allemand a perçu de l'employeur une partie des créances dues qu'elle a consignée auprès du tribunal de district de Merzig en raison de la difficulté d'identification du vrai créancier.

La banque allemande saisit le tribunal régional de Sarrebruck (Allemagne) d'un recours visant la levée de la consignation pour la totalité du montant déposé. Les juges accèdent à sa demande en rejetant par ailleurs la demande reconventionnelle de la banque luxembourgeoise tendant aux mêmes fins.

²²⁴ CJUE 9 oct. 2019, aff. C-548/18, Dalloz actualité, 24 oct. 2019, obs. F. MELIN. Sur l'idée de ces lacunes, v. G. CUNIBERTI, « La proposition de règlement de la commission sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances », Rev. crit. DIP. 2018, p. 793.

²²⁵ M. AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », JDI no 3, juil. 2004. Doctr. 100025.

²²⁶ *Ibid.*

Celle-ci relève appel de la décision devant une cour d'appel allemande. Elle fait valoir que la cession de salaire dont a bénéficié la banque allemande lui est inopposable en raison du défaut de sa notification à l'employeur comme l'impose le droit luxembourgeois.

La cour d'appel était ainsi confrontée à la question de la détermination de la loi applicable à l'opposabilité aux tiers d'une cession de créance en cas de cessions multiples. Dans la perspective de la résolution de ce problème, il est possible, non sans raison, de penser à l'application des dispositions de l'article 14 du règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Selon les prévisions de ce texte, « 1. *Les relations entre le cédant et le cessionnaire ou entre le subrogeant et le subrogé se rapportant à une créance détenue envers un tiers [« le débiteur »] sont régies par la loi qui, en vertu du [...] règlement, s'applique au contrat qui les lie. 2. La loi qui régit la créance faisant l'objet de la cession ou de la subrogation détermine le caractère cessible de celle-ci, les rapports entre cessionnaire ou subrogé et débiteur, les conditions d'opposabilité de la cession ou subrogation au débiteur et le caractère libératoire de la prestation faite par le débiteur [...] »*. Dès lors, la juridiction d'appel, pouvait-elle se fonder sur le texte de cet article pour déterminer la loi applicable à l'opposabilité aux tiers d'une cession de créance en cas de cession multiple ?

Elle répond méthodiquement en signalant d'abord les difficultés d'application de cette disposition européenne en raison de l'absence d'une position univoque de la doctrine ou de prévisions législatives de source allemande. Elle décide après, face à la complexité de l'applicabilité de l'article 14 du règlement Rome I, de surseoir à statuer et de poser à la CJUE quatre questions préjudicielles. Ces questions ont permis en substance à la juridiction de renvoi de demander si l'article 14 du règlement Rome I doit être interprété en ce sens qu'il désigne, de manière directe ou par analogie, la loi applicable à l'opposabilité aux tiers d'une cession de créance en cas de cessions multiples d'une créance par le même créancier à des cessionnaires successifs.

Pour résoudre cette question, la CJUE part en amont du postulat de l'objet même de l'article 14 du règlement Rome I exclusivement consacré à la « *cession de*

créance ». Elle fait observer en aval que cet article ne s'applique qu'aux différents problèmes en relation directe, univoque et incontestable avec les cessions de créances transfrontières. Selon elle, entrent dans la catégorie de ces difficultés la détermination de la loi applicable à la relation entre le cédant et le cessionnaire, aux rapports entre cessionnaires et débiteur, aux conditions d'opposabilité de la cession au débiteur. *A contrario*, la cession de créance aux tiers est étrangère à l'objet de l'article 14 de sorte que la règle de conflit qu'il édicte n'a pas vocation à déterminer la loi applicable à l'opposabilité de cette cession de créance. La solution de la Cour peut donc s'écrire avec peu de mots : l'article 14 du règlement Rome I est inapplicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance.

Par cette décision, les juges de la CJUE ont rendu perceptible l'inapplicabilité de l'article 14 du règlement Rome I à la détermination de la loi applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance (I). Il faut cependant signaler que les enjeux de l'entreprise d'uniformisation des règles de conflit de lois au sein de l'union rendent cette inapplicabilité discutable (II).

I. L'inapplicabilité perceptible de l'article 14 du règlement Rome I

L'objet de l'article 14 du règlement Rome I est la détermination de la loi applicable à la cession de créance. Malgré cette précision, il est possible de se demander si une interprétation *lato sensu* de cet article ne permettrait pas son application à la détermination de la loi de l'opposabilité aux tiers de la cession de créance. Selon la CJUE, l'article 14 du règlement Rome I doit être interprété strictement de sorte à exclure son application à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance. Sa méthode a consisté à clarifier le champ d'application dudit article (A) pour en arriver à l'affirmation expresse de l'inapplicabilité de celui-ci (B).

A. La clarification du champ d'application de l'article 14 du règlement Rome I

Dans l'espèce soumise à la CJUE, il était question de savoir si l'interprétation de l'article 14 du règlement Rome I devrait aboutir, d'une manière directe ou par analogie, à la désignation du droit applicable à l'opposabilité aux tiers d'une

cession de créance²²⁷. Dans le silence de la loi, il semble légitime de s'interroger sur la règle de conflit à mettre en œuvre pour déterminer ce droit.

La cession de créance, non seulement oblige les parties mais peut également mettre les cessionnaires dans une position de tiers en cas de cessions multiples de créance²²⁸. Dès lors, son régime juridique postule une règle de conflit appelée à réguler ses effets tant à l'égard du cédant, du cessionnaire qu'à l'égard des tiers.

Mais il apparaît, en parcourant le texte de l'article 14 du règlement Rome I, que les règles de conflit de lois édictées déterminent la loi applicable aux relations entre le cédant et le cessionnaire. Elles ne semblent pas régir directement l'opposabilité aux tiers de la cession de créance en cas de cessions multiples. Ce n'est donc pas anodin que le juge allemand saisi ait demandé si l'article 14 du règlement Rome I peut être interprété par analogie.

La clarification du champ d'application de cet article vise alors l'énonciation des rapports de droit régis par la règle de conflit qu'il a consacrée. C'est ce qui ressort clairement de la démarche de la haute juridiction. Elle a, avant tout, rappelé que l'article 14 du règlement Rome I consacre plusieurs règles de conflit de lois applicables à la cession de créance avant de préciser la portée de chacune desdites règles²²⁹.

D'abord, selon la Cour de justice de l'Union, l'article 14, paragraphe 1 établit une règle de conflit qui donne compétence à la loi du contrat pour régir les relations entre le cessionnaire et le cédant se rapportant à une créance détenue par celui-ci²³⁰.

Ensuite, elle précise que ce même texte institue une règle de conflit qui détermine la loi applicable à la cessibilité de la créance, au rapport entre cessionnaire et débiteur, à l'opposabilité de la cession au débiteur et au caractère libératoire de

²²⁷ CJUE, 9 oct. 2019, aff. C-548/18, point 22.

²²⁸ H. J. SONNENBERGER, « Conseil allemand pour le droit international privé commission spéciale « opposabilité aux tiers de la cession de créance », *Rev. crit. DIP.* 2012. 676 et s.

²²⁹ CJUE, 9 oct. 2019, préc., points 28, 29 et 30.

²³⁰ V. le point 28 de l'arrêt.

la prestation. Cette loi, selon la Cour, est celle « qui régit la créance faisant l'objet de la cession »²³¹.

Enfin, il est rappelé dans la décision que la notion de « cession » au sens de l'article 14 du règlement Rome I désigne « les transferts de créances purs et simples ou à titre de garantie, ainsi que les nantissements ou autres sûretés sur les créances »²³². Et c'est à l'aune de ces différentes clarifications que l'inapplicabilité de l'article 14 du règlement Rome 1 est affirmée.

B. L'affirmation de l'inapplicabilité de l'article 14 du règlement Rome I

L'applicabilité de l'article 14 du règlement Rome I à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance en cas de cessions multiples était bien envisageable²³³. À dire vrai, l'absence d'une règle de conflit de lois n'est pas synonyme du bridage du pouvoir d'interprétation du juge. En ce sens, la CJUE avait la possibilité de déduire par analogie l'applicabilité de cet article à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance. Mais cela n'a pas retenu son attention. Elle a plutôt préféré une lecture formelle qui lui a permis d'affirmer l'inapplicabilité de l'article 14 du règlement Rome I.

La Cour énonce que « le libellé de l'article 14 du règlement Rome I ne se réfère pas à l'opposabilité aux tiers d'une cession de créance »²³⁴. Cette énonciation n'est rien d'autre que l'affirmation de l'inapplicabilité du texte visé à l'opposabilité aux tiers d'une cession de créance. Il en résulte que les tiers à l'égard de qui la cession a un effet erga omnes ne peuvent guère revendiquer l'application des règles de conflit aménagées à l'article 14 du règlement Rome I. Telle est la conséquence logique de l'interprétation stricte de la CJUE.

La position de la Cour semble être déterminée par le seul souci d'exclure du champ d'application de l'article 14 du règlement Rome I l'opposabilité aux tiers de

²³¹ V. le point 29 de l'arrêt.

²³² V. le point 30 de l'arrêt.

²³³ Pour illustration, v. les propositions du Conseil allemand de droit international privé : H. J. SONNENBERGER, « Conseil allemand pour le droit international privé commission spéciale « opposabilité aux tiers de la cession de créance », op. cit., p. 676.

²³⁴ V. le point 31 de l'arrêt.

la cession de créance. En effet, selon la CJUE, la cession antérieure d'une même créance en cas de cessions multiples ne constitue pas une question préalable qui justifierait l'application des règles de conflit de l'article

14. En s'appuyant sur le considérant 38 de ce règlement, elle précise que l'article 14 du règlement Rome I ne s'applique qu'aux rapports de droit en lien direct avec la cession de créance. C'est la conclusion à laquelle elle parvient en énonçant que « ce terme de "relations" devrait être strictement limité aux aspects qui concernent directement la cession de créance »²³⁵.

L'inapplicabilité de l'article 14 du règlement Rome I ne manque pas de logique. Elle procède d'une interprétation minimaliste du texte de cet article dans le dessein de maintenir le statu quo. D'ailleurs, la CJUE invoque elle-même cette volonté de maintenir l'opposabilité aux tiers de la cession de créance dans un vide juridique²³⁶. N'-a-t-elle pas alors manqué une grande occasion pour réformer les effets de la cession de créance à l'égard des tiers ?

II. L'inapplicabilité discutabile de l'article 14 du règlement Rome I

L'inapplicabilité de l'article 14 du règlement Rome I à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance est discutabile. Elle n'a eu pour mérite que de susciter à l'échelle européenne une question embarrassant les juges dans les États membres²³⁷. Son application peut compromettre l'entreprise d'uniformisation des règles de conflit en cours au sein de l'union visant l'élimination des règles de conflit nationales divergentes. D'où cette inapplicabilité est discutabile à deux égards : la mise à mal de l'uniformisation des règles de conflit de lois (A) et la persistance de règles de conflit de lois nationales divergentes (B).

²³⁵ V. le point 32 de l'arrêt.

²³⁶ Point 37 de l'arrêt : « Il s'ensuit que, dans l'état actuel du droit de l'Union, l'absence de règles de conflit visant expressément l'opposabilité des cessions de créances aux tiers constitue un choix du législateur de l'Union ».

²³⁷ En réalité, il existait une nécessité de réajuster le règlement Rome I sur la question de l'opposabilité aux tiers de son article 14.

A. La mise à mal de l'uniformisation des règles de conflit de lois au sein de l'union

L'émergence d'un droit international privé européen, quoique controversée, résulte de la nécessité de limiter drastiquement la coexistence de règles nationales de conflit de lois divergentes au sein de l'Union²³⁸. Elle répond à la nécessité pour le droit européen de s'affranchir dans la mesure du possible des particularismes nationaux. Cela explique la tendance actuelle du droit de l'Union qui est à l'uniformisation quasi générale de ces règles²³⁹. Deux techniques sont, en effet, utilisées à cette fin : l'adoption de règles communautaires de conflit de lois ou l'uniformisation jurisprudentielle des règles nationales de conflit de lois assurée par la CJUE.

Les règles communautaires de conflit de lois déterminant la loi de l'opposabilité aux tiers d'une cession de créance en cas de cessions multiples sont inexistantes. Et pourtant, cette inexistence n'est pas synonyme de l'ignorance du problème.

L'une des preuves de cette connaissance acquise est la proposition d'un article 13 § 3 consacré à la cession de créance dans les travaux préparatoires du règlement Rome I. Elle prévoit expressément que l'opposabilité d'une cession de créance aux tiers relève de la loi de l'État dans lequel le cédant a sa résidence habituelle au moment de la cession²⁴⁰. L'on retiendra, in fine, que malgré son importance saluée par la doctrine dominante²⁴¹, elle n'aura été qu'une idée inaboutie puisqu'elle a disparu du règlement adopté. L'explication plausible est que les politiques, face à la critique acerbe suscitée par ladite proposition dans certains États de l'Union, n'ont pas suivi les orientations des experts. Certaines opinions, les plus autorisées d'ailleurs, n'ont pas hésité à faire remarquer que « Si l'article 14 retient l'attention, c'est par ce qu'il ne dit pas. Le texte ne comporte plus la disposition qui figurait

²³⁸ Sur la question de l'existence d'un droit international privé européen et les controverses qu'elle a suscitées, v. P. LAGARDE, « De la convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP.* 2008. 727. V. égal. Y. LEQUETTE in Mél. H. Gaudemet-Tallon, 2008, p. 503 ; B. AUDIT, *Droit international privé*, 5e éd., 2008, n° 64 et 65.

²³⁹ Pour un regard sur cette tendance, v. L. YOUBO, *La lex societatis en droit international des affaires*, Thèse, Université de Bordeaux, pp. 320 et s.

²⁴⁰ G. CUNIBERTI, « La proposition de règlement de la commission sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances », *op. cit.*, p. 793.

²⁴¹ *Ibid.*

dans la proposition de la Commission (...) »²⁴².

L'autre preuve, encore très récente, est la proposition de règlement sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances présentée par la Commission le 12 mars 2018. Elle suggère en effet que l'opposabilité de la cession de créances aux tiers soit soumise à la loi du pays dans lequel le cédant a sa résidence habituelle. Le but de cette proposition, souligne la doctrine, « vise à combler la lacune laissée par l'article 14 du règlement Rome I concernant l'opposabilité de la cession de créances aux tiers »²⁴³. Mais ce règlement n'est pas adopté à ce jour pour des motifs inconnus même si l'on peut bien présumer que des raisons politiques y ont dicté leur loi.

Dans ce contexte, il était légitime d'espérer un aggiornamento du régime du droit applicable à la cession de créance et la saisine de la CJUE sur la question constituait une occasion rêvée pour imposer une interprétation uniforme visant à sécuriser les relations juridiques au sein de l'Union²⁴⁴. Curieusement, par une interprétation minimaliste ne manquant pourtant pas de ratio legis, la Cour a manqué l'occasion de suppléer le silence du règlement Rome I sur la loi applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance par une règle jurisprudentielle de conflit de loi.

Le raisonnement de la juridiction européenne paraît davantage curieux puisque la tendance actuelle des arrêts de cette Cour est à l'uniformisation des règles de conflit de lois de sources nationales. Les juges, en marge des éléments de contexte, fondent la nécessité de l'uniformisation sur des principes juridiques tels que la primauté du droit européen ou l'exigence de sécurité juridique. Cela sous-entend que la Cour avait les moyens de réformer l'article 14 du règlement Rome I si elle voulait vraiment unifier les règles de conflit de loi applicables à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance. En conséquence, la solution de son arrêt est insatisfaisante. Elle l'est davantage puisqu'elle laisse persister une coexistence de

²⁴² P. LAGARDE et A. TENENBAUM, « De la convention de Rome au règlement Rome I », *Rev. crit. DIP* 2008. 727.

²⁴³ G. CUNIBERTI, « La proposition de règlement de la commission sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances », *op. cit.*, p. 793.

²⁴⁴ CJUE 9 oct. 2019, préc.

règles de conflit nationales divergentes.

B. La persistance des règles nationales de conflit de lois divergentes

Le second point de discussion soulevé par l'arrêt de la CJUE est la persistance des règles nationales de conflit de lois divergentes. En principe, la matière contractuelle, objet du règlement Rome I, requiert prévisibilité et stabilité²⁴⁵. Cette double exigence est capitale dans un contexte de droit communautaire où les règles nationales ne doivent pas mettre en péril la construction de l'Union. C'est pourquoi l'existence d'une règle communautaire de conflit de loi, qu'elle soit d'origine conventionnelle ou jurisprudentielle, aurait le mérite d'harmoniser le droit des États régissant l'opposabilité aux tiers de la cession des créances.

Quiconque parcourt le droit international privé des États parties au Traité fondateur de l'Union européenne se rend aisément compte de la divergence des lois applicables à l'opposabilité de la cession de créance²⁴⁶. G. CUNIBERTI écrit à ce sujet que « L'intervention du législateur européen était indéniablement justifiée en raison de la variété des solutions ayant été retenues en la matière dans les États membres »²⁴⁷. Ces solutions, législatives ou jurisprudentielles, appliquaient des règles variables à la détermination de la loi de l'opposabilité aux tiers de la cession de créance.

D'une part, dans le silence du droit français, la jurisprudence a imposé la loi du domicile du débiteur cédé²⁴⁸. Il s'induit de cette règle qu'en l'absence d'une disposition européenne contraire, si c'est le juge français qui avait été saisi de l'espèce à l'origine de l'arrêt sous étude, il appliquerait la loi allemande que sa règle de conflit de lois aurait désigné.

D'autre part, il apparaît sans conteste à la lecture de la loi espagnole que le

²⁴⁵ Pour illustration, il convient de voir la question de la liberté d'établissement : CJCE, 9 mars 1999, aff. C-212/97, Centros : Rec. CJCE, I, p. 1459.

²⁴⁶ G. CUNIBERTI, « La proposition de règlement de la commission sur la loi applicable à l'opposabilité des cessions de créances », *op. cit.*, p. 793.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Paris, 26 mars 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, p. 351, note M.-N. JOBARD BACHELLIER ; *D.* 1986. 374 note M. VASSEUR.

législateur avait fait le choix de la loi de la créance cédée²⁴⁹. Les jurisprudences luxembourgeoises²⁵⁰ et néerlandaises²⁵¹ ont aussi adopté cette même règle de conflit. Si elle avait été suivie, le premier juge allemand aurait constaté que la cession de salaire offerte à la banque allemande était inopposable à la créancière luxembourgeoise. Selon le droit luxembourgeois, l'opposabilité de la cession de créance salariale est subordonnée à la notification de celle-ci à l'employeur.

Enfin, la législation néerlandaise a retenu comme droit applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance la loi du contrat de cession²⁵².

Il convient de constater qu'il existe au sein de l'Union au moins trois différentes règles de conflit de lois pour la détermination de la loi applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance en cas de cessions multiples. Est concurremment compétente, selon les règles de conflit de droit interne, la loi du domicile du débiteur cédé, la loi de la créance cédée ou la loi du contrat de cession. Cette concurrence met en conflit les règles nationales de conflit de lois que la décision de la CJUE aurait eu le grand mérite de résoudre en indiquant la loi applicable aux tiers à la cession de créance. En l'absence de cette solution d'uniformisation, l'arrêt de la Cour quoique formellement justifié, reste donc fortement critiquable.

Dans une démarche prospective européenne, il est possible de penser à l'universalisation du principe *prior tempore, potior jure*. Ce principe, sous la forme d'une règle matérielle internationale, permettrait de donner priorité au droit acquis en premier par la cession de créance qui deviendrait opposable à toutes les cessions ultérieures²⁵³. Mais l'application de la théorie du droit acquis à la première cession pourrait faire subsister les conflits de lois en sous-ordre en ce sens que les dates d'acquisition ne peuvent être déterminées que par les lois nationales.

²⁴⁹ En ce sens, v. le texte de l'Art. 17 § 3, du décret royal n° 5/2005 du 11 mai 2005 (Real Decreto-ley 5/2005 de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública).

²⁵⁰ Cour d'appel de Luxembourg, 18 févr. 2009, n° 32861.

²⁵¹ *Raiffeisen Zentralbank Osterreich AG v. Five Star General Trading LLC and others* [2001] EWCA Civ 68, [2001] QB 825.

²⁵² En ce sens, v. les dispositions de l'article 10 du code civil néerlandais

²⁵³ Pour un regard sur cette règle en droit interne, L. d'AVOUT, « La loi applicable à la cession de créance ou de contrat après l'ordonnance du 10 février 2016 », *D.*, 2017, p. 457.

D'où la fiabilité de cette proposition pourrait être discutée.

Dès lors, le recours à la loi du lieu d'établissement du cédant aurait pu constituer un sérieux élément de rattachement que la CJUE aurait pu mettre en œuvre. La Convention non entrée en vigueur des Nations Unies de 2001 sur la cession de créances dans le commerce international²⁵⁴ et le projet initial du règlement Rome I l'avaient déjà successivement envisagé. En effet, le lieu d'établissement du cédant reste l'élément de rattachement le plus prévisible qui permet à ceux qui élèveraient une quelconque prétention sur le cédé de connaître la loi applicable. De l'ensemble des éléments de rattachements évoqués, il constitue le point de gravité juridique vers lequel convergent tous les critères d'identification de la loi applicable au moment des cessions multiples²⁵⁵.

En définitive, l'article 14 du règlement Rome I, selon l'interprétation de la CJUE, n'est pas applicable à la détermination de la loi de l'opposabilité aux tiers à la cession de créance en cas de cessions multiples. Cependant, cette interprétation trop restrictive n'est pas en harmonie avec la nécessité d'uniformiser les règles de conflit de lois au sein des États membres de l'Union. La Cour aurait pu, au regard de ses vertus, adopter la loi du lieu d'établissement du cédant ainsi que l'avaient préconisé la Convention des Nations Unies et le règlement Rome I ci-dessus évoqués

²⁵⁴ En ce sens, v. les dispositions des articles 22 et 30 de la convention des Nations Unies du 12 décembre 2001 sur la cession de créances dans le commerce international (non en vigueur à ce jour).

²⁵⁵ En ce sens, v. P. Lagarde, *Retour sur la loi applicable à l'opposabilité des transferts conventionnels de créances*, Mélanges J. Béguin, LexisNexis, 2005, p. 415.

**LA FILIÈRE FRANCOPHONE DE
DROIT DE BEYROUTH : UN EXEMPLE
ABOUTI DE COOPÉRATION
INTERUNIVERSITAIRE**

Gérard BLANC - Professeur émérite à l'Université d'Aix-Marseille

Membre de l'AFDD

Après la guerre civile qu'a connu le Liban pendant une quinzaine d'années, c'est au sein de l'Université Libanaise (UL), seule Université publique, qu'a pris corps le projet de Filière francophone de droit dans les années 1990. Jusque-là en effet seules deux universités privées enseignaient le droit totalement ou partiellement en français : à savoir l'Université Saint Joseph où ont été formés pendant des années la plupart des juristes libanais et plus récemment l'Université Saint Esprit de Kaslik.

L'initiative de cette Filière francophone de droit en revient au Doyen de la faculté de droit de l'Université Libanaise de l'époque, le Pr. Ibrahim KOBESSI, qui a été ensuite nommé Recteur de l'Université Libanaise. Le Pr KOBESSI ainsi que les Recteurs qui lui ont succédé ont jusqu'à ce jour soutenu ce projet. Malgré tous les événements dramatiques qu'a connu et que connaît le Liban, la Filière francophone de droit depuis sa création continue aujourd'hui son activité avec le succès dont les raisons seront exposées plus loin. Pour mettre en œuvre ce projet, le doyen KOBESSI s'est appuyé sur notre collègue et amie le Professeur Leila SAADÉ qui s'est attelée à la tâche avec enthousiasme, dynamisme et compétence. L. SAADÉ a dirigé la Filière de 1996 à 2011. Cette direction prolongée a permis ainsi à la Filière de s'installer durablement dans le paysage universitaire libanais. L. SAADÉ a laissé une empreinte quasi indélébile qui se ressent encore aujourd'hui dans le mode d'organisation et de fonctionnement de la Filière et dans les valeurs sur laquelle elle est fondée. Depuis qu'en 2011 le Pr.L. SAADÉ a terminé son mandat, 4 directeurs lui ont succédé²⁵⁶. Aujourd'hui, c'est Mme Sarwhat EL ZHR qui dirige la Filière francophone de droit et poursuit avec la même détermination la mise en œuvre des principes qui ont assuré le succès de cette dernière.

La réussite de cette institution universitaire tient avant tout aux universitaires libanais qui l'ont portée et l'ont fait vivre depuis l'origine. Mais elle est également à mettre au compte d'une part de la francophonie (I) et d'autre part de la coopération interuniversitaire (II).

²⁵⁶ Mme D. MAOULA, le Pr. G. NAFFAH, Mme C. JELLOUL, le Pr. W. MANSOURI

I. UNE RÉUSSITE DE LA FRANCOPHONIE²⁵⁷

On fait parfois une approche un peu passéiste de la francophonie ; celle-ci ne serait finalement qu'un instrument implicite de domination linguistique permettant une extension de la sphère d'influence de la France. Si tant est qu'elle ait correspondu dans le passé à une réalité, cette opinion ne correspond pas aux valeurs et à la pratique de la francophonie. "*Dans les décombres du colonialisme, nous avons trouvé cet outil merveilleux, la langue française* », aimait à répéter le poète Léopold Sédar Senghor, ancien président du Sénégal. Dès l'origine il s'est agi de créer une organisation intergouvernementale fondée sur la solidarité, le développement, le rapprochement des peuples et le dialogue des civilisations²⁵⁸. Dès l'origine, cette organisation devenue en 2005 l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF) a été chargée autour du partage d'une langue commune, le français, de promouvoir et de diffuser les cultures de ses membres et d'intensifier la coopération culturelle et technique entre eux²⁵⁹. Au fil des sommets politiques réunissant 42 Etats et gouvernements, aux domaines originels de la culture et de la coopération se sont ajoutés la paix, la démocratie, les droits de l'homme, le développement durable, l'économie et les technologies numériques²⁶⁰.

L'Agence Universitaire de la Francophonie (AUF) situe pleinement son action dans le cadre de l'OIF. En 2020 l'AUF, c'est 1007 universités qui en sont membres dans 40 pays. Le siège de l'AUF se trouve à Montréal, mais les services centraux du Rectorat sont à Paris. Le président en exercice est le professeur Sorin CÎMPEANU de nationalité roumaine et le recteur, le professeur Slim KHALBOUS

²⁵⁷ Cf. notre article in « *La francophonie au service de la coopération universitaire en Méditerranée : l'exemple de la Filière francophone de droit* » in ss. la dir. J-P. AGRESTI, V. EGÉA et R. MEHDI, *Droit et civilisation en Méditerranée : vers une culture juridique commune*, 10èmes assises de l'Ecole doctorale des juristes méditerranéens (3-5 octobre 2018) PUAM 2021, p. 37.

²⁵⁸ A été ainsi signée le 20 mars 1970 par 21 Etats et gouvernements la Convention portant création de l'Agence de coopération culturelle et technique (ACCT).

²⁵⁹ Dans le domaine du droit, on pourrait faire la même observation à propos de notre Association française des docteurs en droit.

²⁶⁰ Depuis 1986, 17 sommets de la Francophonie se sont réunis. Actuellement 54 Etats dont le Liban sont membres à part entière de l'OIF, 27 Etats et gouvernements sont membres observateurs et 7 Etats et gouvernements sont membres associés : au total 88 Etats et gouvernements.

de nationalité tunisienne. Ces quelques exemples montrent que la France en tant que membre fondateur occupe évidemment toute sa place, mais rien que sa place. La mission de l'AUF se résume dans la formule suivante : « *Agir pour une francophonie solidaire pour le développement* ». Elle accompagne les établissements universitaires et de recherche à relever 3 grands défis : la qualité de la formation, de la recherche et de la gouvernance universitaire ; l'insertion professionnelle et l'employabilité des diplômés ; l'implication dans le développement global des sociétés. Cet accompagnement n'est pas destiné à se pérenniser indéfiniment. Lorsque l'institution universitaire soutenue a acquis la maturité souhaitée en termes de fonctionnement, l'AUF se retire en l'invitant à voler de ses propres ailes.

La Filière francophone de droit soutenue à l'origine par la Direction régionale de l'AUF à Beyrouth a pleinement relevé ces défis²⁶¹. Dès 1996 en effet elle a bénéficié de l'appui matériel de l'AUPELF-URF devenue par la suite l'AUF²⁶². Ce soutien a été un des facteurs déterminants du succès de la Filière. Il a duré 11 ans de 1996 à 2007. La Filière ayant donc assuré sa pérennité, l'AUF a retiré son soutien matériel à partir de 2007. Aujourd'hui la Filière poursuit son activité d'enseignement et de recherche au sein de l'Université Libanaise et reçoit ponctuellement le soutien matériel des services de coopération culturelle de l'Ambassade de France au Liban.

Dès l'origine la Filière francophone de droit a pleinement promu les valeurs de la francophonie prônée par l'AUF et au-delà par l'OIF. Portées par la Filière, elles peuvent se résumer en quelques mots : laïcité, égalité, indépendance et gratuité. A ces valeurs qui participent au développement global d'une société s'ajoute l'exigence d'excellence cultivée par la Filière francophone et soulignée plus haut comme un défi que cherche à relever l'AUF. Ce furent autant de conditions nécessaires pour bénéficier du soutien de l'institution francophone et en même temps autant de facteurs qui expliquent en partie la réussite de la Filière

²⁶¹ L'AUF dispose en effet actuellement de 10 directions régionales couvrant l'ensemble des pays du monde

²⁶² AUPELF : Association des Universités partiellement ou entièrement de langue française.
UREF : Université des réseaux d'expression française

francophone de droit. L'apport de la coopération avec des universités francophones a été également sans doute déterminant.

II. UNE RÉUSSITE DE LA COOPÉRATION INTERUNIVERSITAIRE

Dès la création de la Filière, un appel d'offres a été lancée en vue de soutenir le projet. 4 universités ont à l'origine répondu positivement. Il s'agissait des Facultés de droit de l'université Paul Cézanne (devenue Aix-Marseille Université), de Rennes I, de Montpellier I, de Liège à laquelle s'est substituée rapidement l'Université Libre de Bruxelles. Par la suite sont venues apporter leur contribution les facultés de droit de l'université de Paris II, de Grenoble II et plus récemment de Lille. A été ainsi constitué un consortium d'universités qui se réunit annuellement pour faire le point sur la situation de la Filière et répondre chaque fois que possible aux demandes qu'elle formule et aux difficultés rencontrées. C'était sans doute une condition mise par l'AUF pour soutenir le projet à l'origine. Mais il est remarquable de constater que cette coopération interuniversitaire mise en œuvre se poursuit aujourd'hui, alors même que l'AUF s'est de manière légitime retiré du projet après l'avoir porté pendant une dizaine d'années.

Outre l'intervention régulière d'enseignants issus de ces universités au sein de la Filière, cette dernière a pu mettre en place trois masters II²⁶³. Il s'agit d'une part d'un Master recherche de *Droit interne et international des affaires* créé avec la coopération de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille²⁶⁴. Il s'agit d'autre part d'un Master professionnel « *Conflit et arbitrage et méthodes alternatives pour résoudre les conflits* » initié en collaboration avec l'Université Paris II et enfin d'un Master Carrières juridiques et diplomatiques. Chaque Master II est ainsi reconnu par l'Université francophone qui y collabore, ce qui permet aux diplômés de venir en France poursuivre des recherches dans le cadre d'un doctorat en droit avec le soutien de l'AUF ou de l'Ambassade de France. Ajoutons

²⁶³ Cf. notre article in « *La francophonie au service de la coopération universitaire en Méditerranée : l'exemple de la Filière francophone de droit* », op. cit. p. 39-40.

²⁶⁴ A l'époque, le Président de l'AFDD, le Pr. J. MESTRE était doyen de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille et avait accueilli avec enthousiasme le projet de coopération spécifique sur ce master II qui se poursuit aujourd'hui.

que les étudiants ayant obtenu leur Master I à la Filière peuvent ensuite solliciter leur inscription en Master II dans l'une des Universités du consortium et poursuivre par une thèse de doctorat. Depuis une quinzaine d'années, nombreuses sont ainsi les thèses en cotutelle qui ont été soutenues par des étudiants libanais. Ces thèses ont contribué de manière significative à la relance de la recherche en droit au Liban. Certaines en raison de leur excellence ont été primées et ont fait l'objet de publications en France et au Liban. L'auteur de ces lignes a eu ainsi l'immense privilège de diriger un certain nombre de ces recherches. Les nouveaux docteurs sont pour la plupart aujourd'hui soit enseignants à la Filière, soit dans d'autres universités libanaises, soit exercent au barreau.

Pour preuve des résultats exemplaires de la Filière francophone de droit, il faut souligner les succès obtenus au Liban sur le plan des débouchés professionnels. On ne compte plus les réussites dans les divers concours et examens que ce soit au Conseil d'État, à la magistrature, au barreau, et aux Affaires étrangères. Il n'est pas rare que plus de la moitié des étudiants reçus dans ces concours soient issus de la Filière francophone de droit, alors que le nombre de postes à pourvoir est relativement réduit. En outre, en 2017, pour la première fois une étudiante de la Filière a réussi en France le concours d'agrégation de droit privé et de sciences criminelles. Elle a été nommée professeur à l'Université d'Auvergne, le nombre et la qualité de ses publications ayant fait d'elle une enseignante-chercheur de renom.

A travers l'expérience de la Filière francophone de droit est ainsi démenti le préjugé colporté au sujet de la francophonie qui ne serait qu'un instrument de domination. La francophonie, bien au contraire, mis au service d'un projet d'excellence a été un atout dans la réussite de la Filière. Par les coopérations universitaires dont elle est l'objet, elle permet d'approfondir les recherches en droit comparé. Au vu de ce succès indiscutable, dès lors ne pourrait-on pas envisager une duplication de l'exemple de la Filière francophone de droit dans d'autres pays bordant la Méditerranée ? Cette interrogation mériterait évidemment d'autres développements qui dépassent le cadre de cette brève chronique

Le droit de grâce en matière pénale : une disgrâce de la justice pénale ?

Pierre-Claver KAMGAING - Doctorant en cotutelle internationale, Université de Dschang et Université Côte d'Azur - Membre du CERDP (UCA), Membre de l'URDA (UDs) Vacataire d'enseignement à l'Université Côte d'Azur

Résumé

Dans un contexte où l'on célèbre sans cesse les vertus de la séparation des pouvoirs, la légitimité de la grâce présidentielle est de plus en plus contestée. La plus grande crainte dans le contexte camerounais *-et même en dehors-* c'est que l'exercice de cette prérogative prive la sanction pénale de toute efficacité. Ainsi, de nombreuses voix n'ont cessé de s'élever pour réclamer sa suppression pure et simple. La présente étude, à travers la mobilisation des données historiques et de droit comparé, montre que la grâce présidentielle demeure salutaire dans son principe en ce qu'elle est le signe d'une société qui sanctionne et qui pardonne. Cette nécessité du pardon est même parfois imposée par des circonstances étrangères et impérieuses comme c'est le cas avec la pandémie due à la covid-19. Cependant, faute d'encadrement suffisant, la mise œuvre de la grâce présidentielle est souvent travestie. L'analyse met ainsi l'accent sur la l'opportunité d'une réforme de la grâce présidentielle au Cameroun au moyen de la consécration d'un principe d'individualisation des grâces.

*Afin que la grâce présidentielle ne soit pas
cause de disgrâce de l'institution judiciaire...*

La société sanctionne... L'équilibre de la société tiendrait en un contrat²⁶⁵ en vertu duquel chaque citoyen s'engage à ne pas être un loup²⁶⁶ pour son *alter ego*. La loi pénale remplit avant tout une fonction préventive car en énonçant les « *comportements jugés indésirables* »²⁶⁷ et en leur rattachant des sanctions, elle entend dissuader les personnes dont l'inclinaison naturelle pour la déviance est peu significative²⁶⁸. Si en dépit de cette barrière sociale le citoyen vient à adopter un comportement hostile à la vie en société, il sera puni pour le tort causé. Classiquement, on prête à la sanction pénale, cette « *inconnue du droit* »²⁶⁹, trois fonctions supplémentaires²⁷⁰. La première est celle de réparation²⁷¹, car le délinquant doit payer pour son crime avec à la clé le principe de la proportionnalité de la faute et de la sanction²⁷². La deuxième est celle de neutralisation dans la mesure où l'infracteur est momentanément ou définitivement mis à l'écart de la société. L'idée est que la solitude peut faire

²⁶⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 1962, spéc. Livre II.

²⁶⁶ Th. HOBBS, *Léviathan*, 1651, spéc. Livre I^{er}.

²⁶⁷ M. van de KERCHOVE, « Les sanctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », in *Informations sociales*, n° 127, 2005/7, pp. 22-31.

²⁶⁸ A. C. BERGHUIS, « La prévention générale : limites et possibilités », in *Les objectifs de la sanction pénale. En hommage à Lucien SLACHMUYLDER*, Bruxelles, Bruylant, 1989, spéc. p. 93. En revanche, lorsqu'on a affaire à un criminel né, la fonction intimidatrice est inopérante car le criminel est dans ce cas assimilé à un « fou ». V. dans ce sens, P. FAUGERAS, « Le criminel né. De l'actualité surprenante de Cesare Lombroso, phrénologue italien du XIX^e siècle et de ses thèses organicistes où se conjoignent ouvertement et intimement criminalité et folie », in *Sud/Nord*, n° 24, 2009/1, pp. 55-67.

²⁶⁹ Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », in *Droit et pouvoir*, t. 1, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 253. V. aussi, C.-A. MORAND, « La sanction », in *Archives de philosophie du droit*, t. 35, 1990, p. 312.

²⁷⁰ M. VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », in *Informations sociales*, n° 127, 2005, pp. 22-31 ; « Les caractères et les fonctions de la peine, nœud gordien des relations en droit pénal et droits de l'homme », in *Droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, 2007, pp. 337-361.

²⁷¹ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS, 1960, p. 112. V. aussi, O. TCHERKESOFF, « Soigner ou punir. Introduction à la thématique », in *Psychotropes*, vol. 12, 2006, pp. 15-21.

²⁷² On peut donc voir en cette fonction, une traduction de la célèbre loi du talion.

grandir chez l'infracteur un remord et susciter en lui, au meilleur des cas, un repentir sincère. La troisième fonction de la sanction, celle qui nous intéressera dans le cadre de la présente analyse, est celle de la resocialisation. Cette dernière fonction, qui a été défendue par nombre de penseurs notamment des théologiens²⁷³, demeure au cœur des systèmes pénitentiaires contemporains²⁷⁴. C'est qu'en réalité, le seul endroit où l'homme puisse véritablement s'affirmer en tant que tel, c'est la société, pas en dehors.

La société pardonne... Ainsi, de nombreux mécanismes sont mis en place pour permettre au délinquant de se réinsérer rapidement en communauté. Qu'ils soient judiciaires ou extrajudiciaires, ces mécanismes sont le témoignage d'une société qui sait accorder son pardon. Au rang des mécanismes judiciaires, il convient de relever pour les saluer le développement des placements sous surveillance électronique en France, l'introduction des peines alternatives en droit pénal camerounais²⁷⁵ ainsi que la faculté reconnue au juge de prononcer des peines d'emprisonnement avec sursis. Pour ce qui est des mécanismes extrajudiciaires, on a d'une part l'amnistie qui est une mesure législative générale tendant à ôter le caractère pénal à un comportement ayant fait l'objet d'une condamnation²⁷⁶. D'autre part, on a la grâce présidentielle qui, faisant obstacle à l'exécution de tout ou partie de la peine, n'enlève pas au fait qui l'a justifié son caractère pénal. Cette dernière pratique ne date pas d'aujourd'hui. Ses racines historiques sont très profondes. On se souvient par exemple des lettres de grâces qui, dès le XIV^e siècle, permettaient au monarque de pouvoir remplir son office divin. En clair, le roi était réputé avoir reçu de Dieu le pouvoir de

²⁷³ Notamment Thomas d'Aquin. Ses pensées sont développées par la suite par d'autres penseurs tel que Cesare BECCARIA dans son célèbre *Traité des délits et des peines*, édité en 1764 et traduit en France en 1766.

²⁷⁴ V. notamment A. DULIN, *La réinsertion des personnes détenues : l'affaire de tous et de toutes*, Journal officiel de la République française, n° 2019-28, 2019, p. 12 et s.

²⁷⁵ D. SOWENG, « L'avènement des peines alternatives en droit pénal camerounais : concours et contours de l'une des innovations de la réforme législative du 12 juillet 2016 », in *Les annales de droit*, n° 13, 2019, pp. 185-213.

²⁷⁶ St. GACON, « les métamorphoses de l'amnistie », in *Histoire de la justice*, n° 28, 2018, pp. 37-53. Le bénéfice d'une loi d'amnistie efface l'infraction sanctionnée ainsi que la peine prononcée dans le casier judiciaire des personnes qui en bénéficient. Lorsque l'amnistie est votée, alors que le procès est encore pendant, elle a pour effet de prescrire l'action publique, v. articles 62 (1) c, 638 et 697 du Code de procédure pénale camerounais. De même, l'amnistie fait obstacle à une demande d'extradition, article 642 (1) et s. du Code de procédure pénale.

sanctionner et de remettre les fautes. À ce titre, il s'élevait « *même au-dessus de la loi ; car lui seul [pouvait] faire grâce et parler plus haut que la loi* »²⁷⁷. Le royaume se réduisait ainsi à la personne du roi. Aujourd'hui constitutionalisé dans divers pays²⁷⁸, le droit de grâce est une prérogative en vertu de laquelle le président de la République²⁷⁹ est habilité à atténuer la rigueur d'une sanction pénale. Il s'agit là d'une définition dont on ne peut jurer de l'orthodoxie, mais qui devrait suffire dans le cadre de la présente réflexion. Au Cameroun cependant, l'utilisation qui est faite de ce privilège peut parfois laisser croire en une sorte d'arbitraire ou de fantaisie de la part de son dépositaire. Dès lors, est-on légitimement admis à se demander si la grâce présidentielle ne contribue pas à paralyser l'efficacité de la sanction pénale. Autrement dit, la grâce présidentielle au Cameroun ne compromet-elle pas l'efficacité de la sanction pénale ?

L'intérêt de l'analyse. Avec un empressement non dissimulé, l'on signalera que c'est actualité sociale qui a justifié la réflexion. Dans un contexte de crise sanitaire mondiale, due à la covid-19, les États font face à la nécessité de protéger les établissements pénitentiaires. En effet, la promiscuité²⁸⁰ dans laquelle vivent les détenus les expose tout naturellement à une forte contamination. C'est dans ce sillage que se comprend aisément l'interpellation de l'Organisation mondiale de la santé en faveur de la décongestion des milieux carcéraux. Cette interpellation a conduit les pays à travers le globe à prendre divers actes, hésitant entre le recours à la grâce présidentielle et d'autres mécanismes. D'un point de vue théorique, l'analyse se propose modestement de donner ou de provoquer des éclairages sur un concept important du droit pénal souvent brièvement abordé au détour de quelques lignes ou paragraphes des leçons de procédure pénale. L'absence d'un réel approfondissement de la

²⁷⁷ CHATEAUBRIAND, *De la monarchie selon la Charte*, 1816, chap. VII, spéc. p 4.

²⁷⁸ Article 8 (7) de la Constitution camerounaise, article 17 de la Constitution française.

²⁷⁹ Il convient de préciser ici que le titulaire du droit de grâce peut varier d'un pays à un autre. Par exemple, en Suisse, cette prérogative appartient concurremment aux deux chambres du Parlement fédéral délibérant en assemblée commune et aux autorités cantonales : tout dépend de la juridiction -*fédérale ou cantonale*- qui a rendu la décision. Il en va de même en Allemagne. V. Sénat, *L'amnistie et la grâce*, Les documents de travail du Sénat, série « Législation comparée », 2007, p. 8.

²⁸⁰ A.-M. FIXOT, « Sortir de la sinistrose carcérale », in *Revue du MAUSS*, n° 40, 2012/2, pp. 103-123.

question justifie ainsi la place de cette réflexion. D'un point de vue de politique criminelle, l'analyse interroge les mécanismes d'accompagnement des bénéficiaires de la grâce présidentielle ainsi que la problématique de la fréquence de cette mesure. Plus globalement, se pose aujourd'hui la question de l'opportunité du maintien de la grâce présidentielle dans les systèmes démocratiques où est magnifiée la séparation des pouvoirs. On sait qu'en France en l'occurrence, plusieurs personnalités politiques²⁸¹ ont eu l'intention – *toutefois demeurée lettre morte* – de mettre fin à la grâce présidentielle ou tout au moins d'encadrer plus strictement son exercice. L'argument mis en avant est qu'il revient au juge d'apporter éventuellement des adoucissements aux sanctions qu'il prononce. Malgré tout cela, il reste que, dans le contexte camerounais comme partout ailleurs, la grâce présidentielle reste une mesure salubre et légitime dans son principe **(I)**. Seulement, faute d'encadrement, sa pratique pourrait, si on n'y prend garde, fragiliser sérieusement l'efficacité de la sanction pénale²⁸² et l'effectivité de la justice pénale **(II)**.

I. Une grâce présidentielle salubre dans son principe

L'esprit de la mesure. Si l'on conteste souvent l'opportunité de la grâce présidentielle, c'est parce qu'on se limite à voir en elle une sorte de super pouvoir entre les mains du président de République²⁸³. Elle serait donc une atteinte sérieuse au principe de la séparation des pouvoirs, clairement posé par la norme fondamentale qu'est la Constitution²⁸⁴. Toutefois, on sait que cette séparation

²⁸¹ Notamment Nicolas SARKOZY et François HOLLANDE, tous deux anciens présidents de la République française respectivement de 2007 à 2012 et de 2012 à 2017. V. aussi, *Libération*, « DSK veut réformer le droit de grâce », du 30 mai 2006 ; « F. BAYROU : nos gouvernants perdent le sens commun », *Libération*, du 27 mai 2006.

²⁸² C. TZUTZUIANO, *L'effectivité de la justice pénale*, thèse de doctorat, Université de Toulon, 2015, p. 24.

²⁸³ Signalons que cette pratique n'est pas inconnue des pays anglo-saxons. En effet, depuis le XIII^e siècle, le roi exerçait certaines prérogatives comme le droit de grâce, sans en référer au préalable au parlement. Mais il ne fallait pas que cette mesure soit trop préjudiciable au reste du peuple. V. dans ce sens, C. COMBE, « Le pouvoir de dispense du roi : la prérogative dans l'Angleterre des XIII^e et XVII^e siècles », in *Droits*, n° 25, 1997, pp. 48-53.

²⁸⁴ Les trois pouvoirs au sein de l'État camerounais sont le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire.

des pouvoirs n'est jamais absolue car la Constitution organise elle-même l'ingérence ou tout au moins une interférence entre les différents pouvoirs²⁸⁵. En outre, s'il revenait au juge d'octroyer cette grâce, on pourrait y voir la reconnaissance de sa propre faute. La grâce serait ainsi perçue comme une sorte de mesure correctrice d'un *mal juger*, le juge voulant se rattraper de sa propre turpitude dans l'examen de l'affaire. Ainsi, si la Constitution a consacré la grâce présidentielle, c'est avant tout en raison de son idéal ou de sa finalité humaniste **(A)**. Elle est la marque de la compassion sociale à l'égard du condamné. De même, la procédure à laquelle elle est théoriquement soumise est en principe de nature à éviter les abus et de conserver ainsi à la sanction pénale toute son efficacité **(B)**.

A. Une finalité humaniste

La grâce présidentielle, une expression de la volonté générale ? Dans l'Ancien droit, le souverain avait un droit de vie et de mort sur tous les sujets. C'est le temps de l'arbitraire où la justice était rendue au nom du « *léviathan* » qui pouvait adoucir ou aggraver les peines²⁸⁶. Ce passé a fait voir en la grâce présidentielle la résurgence d'un « *fait du prince* »²⁸⁷ dans la mesure où le président pourrait en user selon son bon vouloir. Avec l'avènement de l'État de droit, cette intervention du pouvoir exécutif dans le domaine judiciaire allait d'abord se limiter à la seule peine de mort. La grâce s'entendait ainsi de l'ultime recours du condamné à mort. Les personnes condamnées à d'autres peines ne pouvaient en bénéficier. C'est ainsi qu'avec l'abolition de la peine de mort dans plusieurs pays dans le monde²⁸⁸, il a été estimé que le maintien de la grâce présidentielle serait

²⁸⁵ C'est le cas par exemple de la possibilité de légiférer par voie d'ordonnance. Sur la question de la séparation des pouvoirs, v. St. MOUTON, « La séparation des pouvoirs ? Du concept politique aux consécration juridiques », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 120, 2019/4, pp. 825-842 ; C. M. PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », in *Pouvoirs*, n° 102, 200/3, pp. 119-131.

²⁸⁶ L. DRUGEON, « Des peines arbitrées aux peines codifiées », in *Hypothèses*, n° 6, 2003, pp. 111-121.

²⁸⁷ A. COIGNAC, « Les grâces présidentielles en France, "un fait du prince" de plus en plus rare », in *Dalloz actualité*, 13 juillet 2018.

²⁸⁸ Signalons que la peine de mort reste présente dans le dispositif répressif camerounais (article 22 du Code pénal). Mais depuis la fin des années 80, l'on n'a plus procédé à des exécutions. V.

l'accréditation d'une « *dérive des institutions vers une monarchie républicaine* »²⁸⁹, car sa raison d'être -*la peine de mort*- avait disparu. Mais à regarder de près, il n'en est rien. L'adjectif « *présidentielle* », épithète de « *grâce* », atteste bien qu'on est bien en présence d'un régime moderne. En effet, par la démocratie représentative, le peuple exerce -*ou est réputé exercer*- le pouvoir à travers ses élus²⁹⁰. Ainsi, le président de la République tient le droit de grâce du peuple et l'exerce en son nom. Interrogé au sujet de la grâce accordée à Paul TOUVIER en 1972²⁹¹, le président français d'alors, Georges POMPIDOU, avait fait une remarque qui rend bien compte de la symbolique de la grâce : « *le droit de grâce n'est pas un cadeau fait au chef de l'État pour lui permettre d'exercer ses fantaisies. C'est une responsabilité, parfois effrayante, qu'on lui impose et qu'il prend au vu des dossiers* »²⁹². Le droit de grâce n'a donc pas à servir les délices ni à assouvir les caprices du chef de l'État. Bien plus, l'octroi de la grâce ne constitue pas une exaltation de la faute commise par le condamné, encore moins une expression du manque de considération ou de compassion à l'égard de la victime de l'infraction²⁹³. Il est donc important que celui qui en a la prérogative puisse agir en toute conscience et en toute connaissance de cause. Il faut nécessairement tenir compte des circonstances et du contexte

Ph. KEUBOU, *Le droit pénal camerounais et la criminalité internationale*, thèse de doctorat, Université de Poitiers, 2012, p. 15 et s. Le Cameroun est ainsi considéré comme un pays ayant aboli la peine de mort *de facto*, car même lorsque cette peine est prononcée, la grâce vient la paralyser. V. Amnesty international, *Statistiques sur la peine de mort dans le monde*, 21 avril 2020, [Online] <https://www.amnesty.org/fr/latest/news/2020/04/death-penalty-in-2019-facts-and-figures/>.

²⁸⁹ P. TÜRK, « Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008 », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 79, 2009, spéc. p. 513.

²⁹⁰ J.-B. ALBERTINI, « Démocratie représentative et participation(s) citoyenne(s) : réflexions et applications pratiques », in *Revue française d'administration publique*, n° 150, 2014/2, p. 529-541.

²⁹¹ Cette mesure avait suscité une vague d'indignations et de récriminations de la classe sociale et politique française.

²⁹² Lors de cette conférence de presse à l'Élysée du 21 septembre 1972, le président Georges POMPIDOU était interrogé par Jacques FOURNEYRON.

²⁹³ Notons que la grâce ne fait pas obstacle au droit pour la victime d'obtenir réparation du préjudice causé par l'infraction (article 133-7 du Code pénal français). Elle emporte seulement dispense d'exécuter la peine (article 133-7 du Code pénal français). Il serait même souhaitable que le bénéfice de la grâce soit conditionné, le cas échéant, par l'indemnisation de la victime (cas de l'Italie). En Espagne notamment, pour l'octroi de la grâce à une personne condamnée pour une infraction à caractère privé (diffamation, outrage), il faut que la partie adverse soit entendue. V. Sénat, *L'amnistie et la grâce*, Les documents de travail du Sénat, série « Législation comparée », 2007, p. 23.

sociopolitique. De ce point de vue, la grâce « *est purement et simplement un acte de clémence et c'est tout* »²⁹⁴.

Le champ d'application et les formes de la grâce présidentielle. En droit camerounais, la grâce se déploie sous diverses formes. Elle consiste soit en la commutation ou en la remise totale ou partielle, conditionnelle²⁹⁵ ou non, des peines, des mesures de sûreté et des obligations de probation²⁹⁶. La commutation, vient du latin *comutatio* et du verbe *commutare* et signifie changer, remplacer²⁹⁷. La commutation de la peine consiste ainsi à changer sa nature. Par exemple, elle permet de passer d'une peine de mort à une peine d'emprisonnement à vie, d'une peine d'emprisonnement à vie à une peine d'emprisonnement à temps. En revanche, la remise de la peine ne concerne théoriquement que les peines -et les mesures- à temps dont elle a pour conséquence d'abrèger ou d'anéantir la durée. On peut par exemple remettre totalement une peine d'emprisonnement de trois ans.

Quant au champ d'application de la grâce, il est assez large. En effet, la grâce touche aussi bien les peines que les mesures de sûreté²⁹⁸ ainsi que les obligations de probation²⁹⁹. En droit pénal camerounais, on distingue trois grandes catégories de peines. Il y a d'abord les peines principales que sont la peine de mort, l'emprisonnement et l'amende³⁰⁰. Il y a ensuite les peines alternatives constituées du travail d'intérêt général et de la sanction-réparation³⁰¹. Il y a enfin les peines accessoires que sont la déchéance, la publication de la décision, la

²⁹⁴ Georges POMPIDOU, *ibid.*

²⁹⁵ Par exemple, au Danemark, l'octroi de la grâce peut être conditionnée à un contrôle judiciaire, au paiement d'une amende en fonction des revenus de la personne concernée. De même, la règle en vigueur est celle de la grâce sous forme conditionnelle ; elle ne sera définitive que si, dans les deux ans de l'octroi de la grâce, le bénéficiaire n'a pas commis d'infraction. V. Sénat, *L'amnistie et la grâce*, Les documents de travail du Sénat, série « Législation comparée », 2007, p. 20.

²⁹⁶ Article 66 du Code pénal.

²⁹⁷ J. PICOTTE, *Juridictionnaire. Recueil des difficultés et des ressources du français juridique*, Centre de traduction et de terminologie juridiques, 2018, p. 1048.

²⁹⁸ V. GAUTRON, « Les mesures de sûreté et la question de la dangerosité : la place des soins pénalement ordonnés », in *Criminocorpus*, 10 mars 2016, [Online], <http://journals.openedition.org/criminocorpus/3195>.

²⁹⁹ Sénat, « La probation en tant que peine autonome : les équivalents de la peine de contrainte pénale, LC 243, avril 2014 », in *Revue internationale de droit comparé*, vol. 3, n° 66-3, 2014, pp. 866-871.

³⁰⁰ Article 18 du Code pénal camerounais.

³⁰¹ Article 18-1 du Code pénal camerounais.

fermeture de l'établissement et la confiscation³⁰². Ces peines peuvent être assorties, le cas échéant, des mesures de sûreté qui, elles, s'articulent autour de l'interdiction d'exercer une profession, la relégation, les mesures d'assistance et de surveillance postpénales, l'internement dans une maison de santé et, *une fois de plus*, la confiscation³⁰³. La grâce présidentielle relève également le condamné de ses obligations de probation³⁰⁴, lorsqu'il a bénéficié d'un sursis.

Ce panorama permet de constater que la grâce touche à tout ou presque tout, peu important la gravité de la sanction. Et, comme on le verra, c'est là que pourrait apparaître une menace pour l'efficacité de la sanction pénale. *De même, on comprend dès lors pourquoi le président de la République est souvent présenté comme le « magistrat suprême », le « premier magistrat du pays »*³⁰⁵. *Il est un -ou se comporte comme tel un- véritable juge qui n'a pas besoin de s'encombrer d'une toge ou d'une épitoge, d'une perruque ou d'un marteau d'audience ! Il « juge » depuis son salon feutré, sans avoir besoin d'entendre ou d'échanger avec la personne concernée. D'ailleurs, précisons, pour conforter cette posture, que toute condamnation à mort est soumise au président de la République en vue de l'exercice de son droit de grâce*³⁰⁶. *C'est dire qu'aussi longtemps que le président de la République n'a pas exercé son droit de grâce, aucune condamnation à mort ne peut recevoir exécution*³⁰⁷. *Ainsi, s'autorisant de paraphraser une formule bien connue*³⁰⁸, *on dira que la grâce présidentielle tient l'exécution de la peine de mort en l'état ! Au regard de ce qui précède, on serait tenté d'adhérer à la thèse d'une réduction souhaitable du champ d'application de la grâce. Dans ce sens, on pourrait la réserver aux seules sanctions présentant*

³⁰² Article 19 du Code pénal camerounais.

³⁰³ La confiscation en droit pénal camerounais est donc à la fois une mesure de sûreté et une peine accessoire.

³⁰⁴ Article 55 et s. du Code pénal camerounais. Le sursis avec probation consiste à mettre à la charge du condamné des obligations générales ou spéciales.

³⁰⁵ Ch. BENNADJI, « De l'ambiguïté des rapports entre le président de la République et le pouvoir judiciaire en Algérie : de l'usage de la formule "Le président de la République, Premier magistrat du pays" », in *L'année du Maghreb*, vol. 3, 2007, pp. 155-162.

³⁰⁶ Cette pratique est assez courante dans plusieurs systèmes juridiques. V. E. TILLET, « Chapitre II. La constitution anglaise, exemple précaire d'une monarchie tempérée », in *La Constitution anglaise, un modèle politique et institutionnel dans la France des lumières*, Marseille, PUAM, 2001, pp. 203-249.

³⁰⁷ Article 22 du Code pénal camerounais.

³⁰⁸ « *Le criminel tient le civil en l'état* ». En signalant au passage que ce principe a gagné en relativité en France.

*une certaine gravité ou même une gravité certaine*³⁰⁹ car plus la grâce soulage l'infracteur d'une peine lourde, plus elle sera significative et suscitera une grande reconnaissance de la part de son bénéficiaire : « la gratitude sera plus grande pour celui à qui il a été le plus remis »³¹⁰. Inversement, on pourrait également soutenir qu'il est préférable de la limiter aux peines les moins graves³¹¹, en partant de l'idée selon laquelle certaines infractions sont facilement pardonnables par la société. Mais ni l'une ni l'autre de ces solutions n'épouserait la finalité de la grâce et, appliquées, elles pourraient créer une inégalité des condamnés devant la grâce, ce qui n'est pas souhaitable. Il est donc judicieux qu'autant le grand meurtrier que le voleur à l'étalage³¹² puissent bénéficier de la grâce. On ne peut qu'émettre le vœu que le président de la République puisse utiliser cette prérogative avec responsabilité, encore que son exercice reste facultatif.

Le bénéficiaire de la grâce : *quid* des personnes morales ? Si l'aptitude des personnes physiques à bénéficier de la grâce ne pose aucune difficulté particulière, la question pourrait en revanche se poser pour ce qui est des personnes morales. La question se pose avec d'autant plus d'opportunité qu'à la faveur de la dernière réforme du Code pénal camerounais, a été consacré le principe général de la responsabilité des personnes morales³¹³. En effet, les personnes morales sont susceptibles d'être condamnées, au même titre que les personnes physiques, à des peines principales³¹⁴, des peines accessoires³¹⁵ et des mesures de sûreté³¹⁶. En outre, aucune disposition de l'article 66 du Code pénal qui institue le droit de grâce n'exclut précisément les personnes morales de son bénéfice. Cela permettrait *a priori* d'estimer qu'elles puissent également la solliciter et l'obtenir. Cette solution est d'autant plus soutenable que, d'une

³⁰⁹ À l'instar de la *peine de mort, emprisonnement à vie, emprisonnement à temps de longue durée*.

³¹⁰ Bible, Évangile selon Saint Luc, 7, 41-43.

³¹¹ *Telle l'amende ou l'emprisonnement à temps de courte durée*.

³¹² J. Van KERCHVOORDE, « Le ministère public et le vol à l'étalage. Une étude empirique », in *Déviante et société*, n° 2-4, 1978, pp. 365-383.

³¹³ Article 74-1 du Code pénal camerounais.

³¹⁴ Notamment la dissolution, la fermeture temporaire ou définitive de l'établissement et l'amende. V. article 18 (b) du Code pénal camerounais.

³¹⁵ Article 19 (b) du Code pénal camerounais.

³¹⁶ Article 20 (b) du Code pénal camerounais.

part, il ne faut pas discriminer où la loi pénale ne discrimine pas³¹⁷ et, d'autre part, la personne morale est faite d'êtres de chair et d'os, c'est-à-dire des personnes physiques faillibles. Cependant, et pour demeurer tout à fait réaliste, il faut admettre qu'en droit camerounais, aucun décret n'a encore octroyé expressément la grâce à une personne morale. Très souvent, estime-t-on, la clémence se manifesterait plutôt de manière très subtile par une sorte de tolérance administrative. Ainsi, il n'est pas rare de voir qu'une personne morale dissoute ou interdite à la suite d'un jugement pénal puisse se reconstituer autrement en changeant simplement de dénomination, de siège social ou de statuts, mais en gardant les mêmes organes de direction, le même objet social et le même personnel. Lorsque l'administration ne s'oppose pas à ce qu'une telle entreprise renaisse -*tel un phénix*- de ses cendres, elle lui accorde en quelque sorte sa grâce avec -*suppose-t-on*- la pleine bénédiction du président de la République. En somme, il convient de relever que le président de la République prend généralement tout son temps pour exercer cette prérogative. Il s'écoule généralement un temps relativement considérable entre le moment de la condamnation et le moment de l'octroi de la grâce, ce qui pourrait se justifier par la procédure à suivre.

B. Une procédure encadrée

Le temps de la grâce. La grâce n'intervient pas à n'importe quel moment de la procédure pénale. Il est difficilement envisageable que le président de la République puisse gracier une personne alors que son affaire est encore en examen devant le juge pénal. On ne doute pas qu'une telle situation, constituerait une réelle atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, et c'est le moins qu'on puisse dire³¹⁸. En effet, il faut que le juge soit entièrement dessaisi et que

³¹⁷ On sait que l'interprétation de la loi pénale est stricte. V. J.-C. SAINT-PAU, « L'interprétation des lois. Beccaria et la jurisprudence moderne », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 2, 2015/2, pp. 273-285.

³¹⁸ Bien que cette atteinte puisse être réalisée autrement, notamment à travers l'arrêt des poursuites à tout stade de la procédure. On part du scénario dans lequel le président de la République instruit son ministre chargé de la justice qui, à son tour, instruira le procureur général

le jugement soit passé en force de chose jugée. En d'autres termes, il faut que les voies de recours ordinaires³¹⁹ et extraordinaires³²⁰ ne puissent plus être exercées, soit parce le condamné les a utilisées sans succès, soit du fait de l'écoulement des délais. À notre sens, il serait même juste et bon que le délinquant ait commencé à purger sa peine³²¹ car si la grâce intervenait immédiatement après la condamnation, sa finalité risquerait d'être dévoyée. Elle s'érigerait en fait en un obstacle à l'exécution de la sanction. La procédure d'octroi de la grâce doit donc être encadrée. En droit pénal français, il revient en principe au condamné de demander de grâce. Cela traduit à notre sens une réelle démarche pénitentielle : le délinquant a pris –ou est supposé avoir pris– conscience du tort qu'il a causé à la société par son comportement et effectue la démarche pour implorer le pardon. Signalons cependant, toujours en France, que la demande pourra aussi être engagée par l'avocat du condamné, ses familiers, le procureur de la République, ou même une association³²². Les textes camerounais ne donnent pas de précisions à ce sujet, ce qui laisserait croire que la grâce peut intervenir immédiatement après la condamnation³²³.

Mais plus fondamentalement, on ne saurait passer sous silence une pratique camerounaise qui, à notre manière de voir, suggère subrepticement l'idée d'une « grâce » présidentielle pendant la phase même du jugement. Il s'agit de « l'arrêt des poursuites » contre le mis en cause. En application de l'article 64 du Code de procédure pénale, « le procureur général près une Cour d'Appel peut, sur autorisation écrite du Ministre chargé de la Justice, requérir par écrit puis oralement, l'arrêt des poursuites pénales à tout stade de la procédure avant l'intervention d'une décision au fond, lorsque ces poursuites sont de nature à

près d'une Cour d'appel à cette fin. Ce mécanisme est prévu par les articles 64 et s. du Code de procédure pénale camerounais.

³¹⁹ Les voies de recours ordinaires sont l'appel et l'opposition.

³²⁰ Il s'agit du pourvoi en cassation, de la tierce opposition et du recours en révision.

³²¹ Cette solution est retenue au Pays-Bas où le recours en grâce ne peut être exercé que si la condamnation a été prononcée trois mois auparavant. V. Sénat, *L'amnistie et la grâce*, Les documents de travail du Sénat, série « Législation comparée », 2007, p. 30.

³²² Pour une approche historique de la grâce, v. Ministère de la Justice, *Justice ; direction des affaires criminelles ; sous-direction de la justice criminelles ; bureau des grâces et de l'application des peines (1812-2000)*, Archives nationales (France), 2003.

³²³ V. *infra*, « B. le danger de grâces collectives ».

compromettre l'intérêt social ou la paix publique »³²⁴. La même possibilité est ouverte lorsque l'infraction est poursuivie devant les juridictions pénales spéciales comme le tribunal criminel spécial compétent en matière de détournement des biens publics. Aux termes de l'article 18 alinéa 1^{er} de la loi n° 2011/028 du 14 décembre 2011³²⁵, lorsque le mis en cause restitue le corps du délit, « *le procureur général près le tribunal peut, sur autorisation écrite du ministre chargé de la justice, arrêter les poursuites engagées avant la saisine de la juridiction de jugement* »³²⁶. Lorsqu'un tel mécanisme est déclenché, la juridiction d'instruction ou la juridiction de jugement est liée par le dessaisissement du ministère public et ordonnera le cas échéant la mise en liberté immédiate du mis en cause³²⁷. Outre le moment d'intervention de la grâce présidentielle et de l'arrêt des poursuites, leur principale différence réside dans le fait que l'arrêt des poursuites n'empêche pas leur reprise lorsque celles-ci se révèlent nécessaires³²⁸ alors que la grâce présidentielle est définitive. On pourrait également, pour objecter le rapprochement entre ces deux mécanismes, invoquer une différence d'intervenants. Alors que la grâce présidentielle est prononcée par le président de la République, l'arrêt des poursuites est instruit par le ministre chargé de la justice. Mais un tel argument résiste peu à l'épreuve de la pratique. En effet, dans plusieurs situations ayant donné lieu à un arrêt des poursuites devant le tribunal criminel spécial camerounais, la main du président de la République n'est jamais très loin. Le plus souvent, c'est ce dernier qui ordonne le ministre chargé de la justice d'entreprendre toutes les diligences nécessaires en vue de l'arrêt des poursuites. Ainsi, dans une correspondance

³²⁴ Mais qu'est-ce l'intérêt social ? Comment se mesure-t-il ? Qu'est-ce que la paix sociale ? ces expressions floues, employées par le législateur qui ne les définit pas, sont de nature à prêter le flanc à une instrumentalisation. De plus, le juge ne peut apprécier l'intérêt social ou la paix sociale pour, le cas échéant, refuser de donner acte au dessaisissement du ministère public. Il a, pour reprendre une vulgate chère aux publicistes, une *compétence liée*.

³²⁵ Portant création d'un tribunal criminel spécial.

³²⁶ « *Toutefois, si la restitution intervient après la saisine de la juridiction de jugement, les poursuites peuvent être arrêtées avant toute décision au fond et la juridiction saisie prononce les déchéances de l'article 30 du Code pénal avec mention au casier judiciaire* », article 18 alinéa 2 du Code de procédure pénale.

³²⁷ Article 64 (2) du Code de procédure pénale. Seul l'examen sur l'action civile pourra donc être poursuivie (article 64 (3) du même texte).

³²⁸ Article 64 (4) du Code de procédure pénale.

adressée au ministre de la justice³²⁹ par le ministre d'État, secrétaire général à la présidence de la République du Cameroun, on peut lire sans peine : « *j'ai l'honneur de vous répercuter les hautes directives du chef de l'État, prescrivant l'arrêt des poursuites engagées contre le nommé [BAK³³⁰]* ». Cette situation, qui rend compte de la relation toujours mitigée entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, force à constater la présence -*si ce n'est l'omniprésence*- et même la prégnance du président de la République sur l'institution judiciaire au Cameroun. Il s'agit cependant d'une prégnance instituée, sinon tout au moins tolérée par la loi, de sorte que le président de la République peut jouer sur plusieurs tableaux pour une résultat quasi similaire : soit il anticipe une éventuelle condamnation judiciaire de la personne poursuivie en ordonnant l'arrêt des poursuites, soit il fait échec à son exécution en octroyant la grâce. Dans une telle configuration, il est difficile de ne pas voir en le président de la République le *Janus*, si ce n'est le *Zeus* de la justice pénale camerounaise.

Une procédure concertée ? Au Cameroun, le recours en grâce est instruit par le ministre de la justice, Garde des Sceaux qui est le vice-président du Conseil supérieur de la magistrature³³¹. C'est dire que toutes les demandes de grâce doivent en principe être adressées à ses services³³². Dans son office que nous qualifions de *juge de la grâce*, le président de la République est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature qui émet des avis. Lorsque que le recours en grâce concerne une condamnation à une peine de mort, l'avis de tous les membres du Conseil est requis³³³. Pour les recours relatifs à d'autres peines, c'est le ministre de la justice qui formulera un avis en lieu et place des autres membres du Conseil. Il s'agit là de la théorie qui, si elle est pavée de bonnes intentions, peut cependant être trahie par la pratique. Est-il besoin de s'attarder sur la nature

³²⁹ Correspondance n° B431/SG/PR du 02 décembre 2020.

³³⁰ Il s'agit là simplement des initiaux du nom de la personne visée que nous préférons garder sous anonymat.

³³¹ Article 1^{er} (2) de la loi n° 82/14/ du 26 novembre 1982 fixant l'organisation et le fonctionnement du conseil supérieur de la Magistrature. Mais on verra plus tard que la pratique des grâces collectives est de nature à faire douter de l'existence des recours individuels en grâce. En tout cas, lors des réunions du Conseil supérieur de la magistrature, le ministre de la justice n'a jamais fait état des recours en grâces qui lui auraient été adressés.

³³² Contrairement à la pratique en France qui consiste à adresser la demande directement à l'adresse postale de la présidence de la République.

³³³ Article 15 (1) de la loi n° 82/14/ du 26 novembre 1982 précitée.

des avis formulés par le Conseil supérieur de la magistrature ? Sont-ce des avis facultatifs, obligatoires ou conformes ?³³⁴ Rien n'est très clair, tout est très flou ! On sait néanmoins que le président de la République statue librement sur les avis. Il jouit ainsi, en la matière, d'un pouvoir discrétionnaire et souverain³³⁵ dans la mesure où il n'a pas à motiver sa décision. C'est la raison pour laquelle on peut estimer que ces avis, à défaut d'être simplement facultatifs, sont tout au plus obligatoires, mais en tout cas, il ne pas « conformes ». Ainsi, le président de la République est le seul à statuer sur la grâce et il n'est pas réputé agir au nom du Conseil supérieur de la magistrature³³⁶. De même, sa décision d'octroi ou de refus de grâce, bien qu'elle constitue un acte administratif, n'est susceptible d'aucun recours juridictionnel³³⁷ et doit recevoir une exécution immédiate.

Une mesure d'application directe. Lorsque le président de la République accorde la grâce, sa décision est immédiatement exécutoire. Cependant, tout dépendra des circonstances. Lorsque la décision intervient à la suite d'une demande du condamné, le décret accordant ou refusant la grâce doit au préalable être notifiée au requérant. Quoi qu'il en soit, le ministre de la justice est chargé de la mise en application de la décision. Si en application de la mesure de grâce l'individu doit être mis en liberté, cela se fera dans les plus brefs délais, c'est-à-dire généralement le temps des formalités administratives au niveau du lieu d'incarcération. Même en cas de simple réduction de la durée de la peine d'emprisonnement, l'impact de la grâce ne sera pas moins significatif. Par

³³⁴ Sur la notion, v. Ch. PUJALTE et É. de LAMAZE, « Chapitre IV. Les mesures préparatoires et les avis », in *L'avocat et les juridictions administratives*, Paris, PUF, 2014, spéc. pp. 89-92. Lorsque l'avis est facultatif, l'autorité appelée à prendre la décision peut le solliciter ou non. Lorsqu'il est obligatoire, elle est tenue de le recueillir sans pour autant être tenue de s'y conformer. Lorsque l'avis est conforme, l'autorité est non seulement tenue de la solliciter mais aussi de s'y confirmer.

³³⁵ Article 16 de la loi du 26 novembre 1982 précitée.

³³⁶ En effet, contrairement à la pratique du contreseing du décret de grâce par le ministre en charge de la Justice, en vigueur dans certains pays (France, Allemagne), seul le président de la République au Cameroun signe ledit décret. Notons toutefois qu'au Danemark, la prérogative d'octroi de la grâce est partagée entre le président de la République et le ministre de la Justice en fonction de la gravité des peines. V. Sénat, *L'amnistie et la grâce*, Les documents de travail du Sénat, série « Législation comparée », 2007, spéc. p. 20.

³³⁷ Il convient cependant de relever que le juge peut connaître des mesures prises par le gouvernement ou le ministère de la justice en vue de l'application des décrets de grâce. Cette connaissance ne peut en aucun cas porter sur le bienfondé du décret de grâce mais davantage sur sa portée (les personnes visées ou exclues) ainsi que sur la déduction de la grâce sur la peine en cas de réduction de *quantum*. V. par exemple, Cass. crim., 20 juin 2001, n° 01-81.313, *Bull. crim.*, 2001, n° 155, p. 484 ; 22 juin 2005, n° 04-85.729, *Bull. crim.*, 2005, n° 189, p. 668.

exemple, l'octroi de la grâce peut motiver une demande de libération conditionnelle³³⁸ pour le reste de la peine à purger. Dans l'ensemble, la décision accordant la grâce est mentionnée dans la fiche du casier judiciaire de la personne qui en bénéficie³³⁹. Elle n'a donc pas d'effet sur la décision judiciaire prononçant la peine car celle-ci sera mentionnée dans le casier judiciaire et pourra toujours faire obstacle à la jouissance de certains droits³⁴⁰. Notons également que lorsque la grâce est accordée dans un pays étranger, à la suite d'une infraction également infraction punissable au Cameroun, la grâce s'oppose à toute nouvelle poursuite³⁴¹. De ce qui précède, l'on constate bien que la grâce est salutaire dans son principe car elle permet une exécution mesurée de la peine. Exécutée avec sagesse, elle peut avoir « *d'admirables effets* »³⁴². Cependant, la pratique camerounaise en la matière peut rendre compte d'un travestissement de la finalité de la grâce.

II. Une grâce présidentielle travestie dans sa pratique

L'incertitude. L'article 8 (7) de la constitution camerounaise se limite à préciser que le président de la République « *exerce le droit de grâce après avis du Conseil supérieur de la magistrature* ». Mais la grande question demeure celle de savoir si le président de République peut accorder la grâce d'office, c'est-à-dire en l'absence de toute demande de la personne concernée. Cette situation est créée par un manque de précision ou mieux, l'apparente contradiction des textes. D'un côté, loi organisant le Conseil supérieur de la magistrature évoque « *le recours en grâce* »³⁴³, ce qui laisse croire que l'hypothèse d'une grâce d'office est à

³³⁸ Article 63 du Code pénal camerounais. Selon ce texte, pour que la libération conditionnelle soit accordée, il faut que le condamné ait au préalable exécuté la moitié de la peine. Ainsi, lorsqu'il a bénéficié d'une remise de la moitié de sa peine, il pourra solliciter du juge, la libération conditionnelle.

³³⁹ Article 577 du Code de procédure pénale camerounais.

³⁴⁰ Par exemple le droit d'être candidat à une fonction élective.

³⁴¹ Articles 638 (b) et 697 (b) du Code de procédure pénale camerounais.

³⁴² MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre VI, chap. XVI.

³⁴³ Article 14 de la loi : « *Les recours en grâce sont instruits par le ministre chargé de la justice qui transmet les dossiers constitués, avec son avis, au secrétariat du Conseil supérieur de la magistrature* ».

exclure³⁴⁴. D'un autre côté, on a par exemple l'article 22 du Code pénal qui exige que la condamnation à mort soit « *soumise* » au président de la République, ce qui exclurait *a priori* toute diligence de la part du condamné. Cette incertitude a été un terreau propice pour le développement d'une pratique des grâces collectives qui représente un danger pour la justice pénale **(A)**. Il convient dès lors de réitérer la nécessité des grâces individuelles, voire individualisées **(B)**.

A. Le danger des grâces collectives

Le dévoiement de la finalité de la grâce. Par grâces collectives, l'on fait référence aux décisions présidentielles portant commutation ou remise de peines, mais qui ont une portée générale et assez abstraite. La principale caractéristique de ces décisions, c'est qu'elles ne désignent pas nommément les bénéficiaires. Elles se limiteront par exemple à commuer en peine d'emprisonnement à vie, la peine de mort initialement prononcée contre tout condamné. Autrement dit, la grâce est accordée dans ce cas sans que compte soit tenu des situations individuelles des condamnés. Dans une telle situation, la grâce profite tant à celui qui l'a sollicité qu'à celui qui a gardé le silence. La grâce visite et caresse aussi bien la personne condamnée le jour même de son prononcé que celle qui croupissait déjà dans les geôles. Le principal risque d'une telle pratique est l'instrumentalisation de la grâce à des fins de propagande politique³⁴⁵. La pratique est assez courante ici comme ailleurs³⁴⁶. Ainsi, la veille d'une échéance politique ou d'une fête nationale, le président de la République peut gracier des condamnés afin de s'attirer les faveurs d'une frange de la population ou afin de gagner d'éventuels sympathisants voire militants. Il est vrai

³⁴⁴ L'une des missions du Conseil supérieur de la magistrature est de donner son avis sur les « *recours* » en grâce.

³⁴⁵ Il n'est pas donc exclu que le président de la République y recourt afin d'en tirer des prébendes politiques. Ainsi, à la veille d'une élection à laquelle il est candidat à sa propre succession, il pourrait libérer massivement des prisonniers afin de s'attirer la sympathie de l'électorat ou en vue de se constituer un bétail électoral.

³⁴⁶ P. TÜRK, « Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008 », *op. cit.*, spéc. p. 538. L'auteur met également l'accent sur les grâces collectives appliquées avant la révision constitutionnelle de 2008. Elles étaient octroyées presque systématiquement les jours de commémoration nationale, notamment le 14 juillet de chaque année.

qu'on a souvent invoqué, en soutien à cette pratique, la nécessité de désengorger le milieu carcéral, ce qui à notre sens constitue un dévoiement de la finalité de la grâce. D'une mesure sociale et humanitaire, la grâce se mue progressivement en outil de gestion -ou de décongestion- pénitentiaire. Or, il semble peu réfutable que le véritable remède à la surpopulation carcérale c'est la construction de nouveaux établissements pénitentiaires³⁴⁷ ou, comme on le soulignera, la mise en place des mesures alternatives à l'enfermement. Dès lors, il ne faut pas laisser la proie – *qui est la construction des infrastructures-* pour saisir l'ombre – *à travers les libérations intempestives de prisonniers-*, au grand risque de ne rien attraper ! Sous ce prisme, la grâce présidentielle ne saurait être cet opium que le président de la République s'auto-administre pour détourner son regard des vrais problématiques.

De manière globale, deux critiques principales paraissent pouvoir être utilement formulées à l'encontre de la pratique des grâces collectives au Cameroun. La première concerne le profil des personnes graciées. Assurément, sans enquête préalable sur le profil des condamnés qu'on entend gracier, sans tenir en compte la durée de privation de liberté prononcée à leur encontre, on court le risque de priver la prison de l'une de ses fonctions sociales les plus importantes : celle de l'aide à la resocialisation³⁴⁸. Plus concrètement, il y a lieu de se demander si ces libérations à tout va tiennent en compte l'aptitude des personnes visées à réintégrer brusquement la société. Quelles mesures d'accompagnement sont mises en place pour éviter une récidive³⁴⁹ ? Toutes ces questions demeurées sans réponse permettent de douter que la pratique des grâces systématiques et

³⁴⁷ Au Cameroun par exemple, la prison centrale de Yaoundé (Région du Centre-Cameroun) avait été construite pour accueillir au plus 800 pensionnaires. Aujourd'hui, elle compte près de 6000 personnes incarcérées. Ce constat est valable pour les autres établissements pénitentiaires du pays. Il va sans dire que la grâce ne pourra avoir pour effet de réguler de tels effectifs. La question des conditions de détention dans les prisons est une préoccupation quasi-universelle. V. par exemple Rapport Sénat, *Les conditions de détention dans les établissements pénitentiaires en France*, t. 1, 29 juin 2000, 233 pp. V. également F. FENCHE, « La prison : l'inamovible objet », in *Revue Criminologie*, vol. 51, n° 1, 2018, pp. 367-386.

³⁴⁸ Ph. COMBESSIE, « I. Les fonctions de la prison », in *Sociologie de la prison*, Paris, La Découverte, 2018, pp. 7-21 ; *Les fonctions sociales de l'enfermement carcéral : constats, hypothèses, projets de recherche*, mémoire pour l'habilitation à diriger des recherches, Université Paris 8 Vincennes-Saint Denis, 2003, p. 22.

³⁴⁹ En Allemagne par exemple, il est vérifié qu'une fois sorti, le bénéficiaire de la grâce sera hébergé ou aura des moyens de subsistance suffisant. V. Sénat, *L'amnistie et la grâce*, Les documents de travail du Sénat, série « Législation comparée », 2007, p. 13.

collectives s'insère toujours dans une perspective de politique criminelle. En tout cas, on ne serait pas très surpris de voir s'accroître plutôt le nombre de récidives, et partant le taux de criminalité, à la suite d'une décision de grâce. En effet, les criminologues s'accordent à reconnaître que la promiscuité du milieu carcéral peut être criminogène³⁵⁰. Ainsi, relâché dans la société sans repères, sans abris et sans moyens de subsistance, le condamné est enclin à basculer de nouveau dans la criminalité. La seconde critique a trait à l'arbitraire dont peut faire preuve le Chef de l'État lorsqu'il recourt aux grâces collectives. Cet arbitraire est de nature à créer des inégalités entre les personnes incarcérées. Il en va ainsi lorsque la décision de grâce ne vise que certaines personnes ou, au contraire, en écartent d'autres. Dans le contexte camerounais, il ne serait pas illogique de se demander pourquoi l'on peut accorder la grâce à une personne condamnée à la peine de mort -*pour assassinat ou rébellion par exemple*- et la refuser à une autre condamnée pour « *viol, agressions sexuelles [ou] pédophilie* »³⁵¹. Notre propos n'est évidemment pas d'exalter certaines infractions ou de les juger insignifiantes, tant s'en faut. Mais il est loisible de constater que, placée sur une échelle de gravité, le viol est moins sévèrement puni en droit pénal camerounais que l'assassinat. Or en accordant le grâce à l'assassin et en la refusant à un agresseur sexuel, il en résulte un vrai paradoxe. Pourtant, l'analyse et l'appréciation de chaque dossier de recours en grâce est de nature à favoriser une décision éclairée. Sous ce rapport, on comprend pourquoi certains pays ont formellement interdit les grâces collectives³⁵².

L'existence des circonstances exceptionnelles : cas de la pandémie covid-19.

Le monde subit encore les affres de la pandémie covid-19 qui est sans doute la plus importante du siècle. Sa vitesse de propagation a fait craindre aux États le

³⁵⁰ A. OTHMANI et S. BESSIS, « Le monde de la prison », in *Sortir de la prison*, Paris, La Découverte, 2002, pp. 63-77. Mais l'on n'occultera pas le fait que la prison puisse ôter chez certains individus l'envie de récidiver. Il peut donc avoir compensation. V. notamment P. GOGGIN et alii., *Effets de l'incarcération et des sanctions intermédiaires sur la récidive : effets généraux et différences individuelles*, Rapport pour spécialistes 2002-01, p. 10 et s.

³⁵¹ Voir par exemple l'article 4 du décret (camerounais) n° 2020/193 du 15 avril 2020 qui exclut cette dernière catégorie. Pourtant, l'article 1^{er} du même texte commue la peine de mort en emprisonnement à vie.

³⁵² C'est le cas en France avec l'article 17 de la Constitution révisée de 2008. C'est aussi le cas de l'Espagne où 62 (i) de la Constitution interdit les grâces générales.

risque d'une grande contamination du milieu carcéral³⁵³. Parfois encore, ce sont les prisonniers qui, à travers des mutineries et des grèves de la faim, ont réclamé la décongestion des prisons. Dans la foulée, les premières mesures ont consisté en la limitation du contact entre le milieu carcéral et l'extérieur ainsi que l'octroi des grâces collectives. Même si les grâces collectives en période de crise sanitaire peuvent trahir le caractère peu avant-gardiste des systèmes de gouvernance³⁵⁴, elles peuvent être admises en raison de la circonstance exceptionnelle qui les commande. Mais là encore, il faudrait que la teneur de la grâce soit à la mesure de la menace. On sait par exemple qu'en l'état actuel des recherches sur le virus, les personnes d'un certain âge ou les personnes ayant des antécédents cardiovasculaires sont les plus vulnérables³⁵⁵. On en infère que si une grâce présidentielle collective doit être accordée dans un tel contexte, elle devrait prendre suffisamment en compte ce paramètre important pour que soient libérées en priorité les condamnés vulnérables. Et c'est là que pourrait être questionnée la logique et la pertinence du décret de grâce du président de République camerounais du 15 avril 2020, pris en pleine crise sanitaire. En réalité, ce texte ne tient pas compte du critère de vulnérabilité, contrairement à la tendance qu'on a vue se dessiner ailleurs³⁵⁶. En clair, il se pourrait donc que la grâce ait esquivé les personnes qui auraient pu -ou dû- en bénéficier eu égard à la nécessité du moment. Dans l'ensemble, lorsque les circonstances ne rendent pas indispensables l'octroi des grâces collectives, le principe doit demeurer celui

³⁵³ OMS-Europe, Recommandations provisoires de la gestion de la maladie à coronavirus (covid-19) intitulée *préparation, prévention et lutte contre la covid-19 dans les prisons et autres lieux de détention*, du 23 mars 2020. Le texte souligne qu'« *il n'a jamais été facile de gérer les flambées infectieuses dans les lieux de détention, où les individus se tiennent près les uns des autres* ».

³⁵⁴ En effet, une bonne anticipation aurait permis de limiter les effets de la crise sanitaire. V. Conseil scientifique Covid-19, Avis n° 8 du 27 juillet 2020, *Se préparer maintenant pour anticiper un retour du virus à l'automne*, 27 juillet 2020, p. 3.

³⁵⁵ Ministère des solidarités et de la santé, « Coronavirus : qui sont les personnes fragiles ? », 13 mars 2020, voir <https://solidarites-sante.gouv.fr/actualites/actualites-du-ministere/article/coronavirus-qui-sont-les-personnes-fragiles>, consulté le 1^{er} décembre 2020.

³⁵⁶ Par un communiqué de presse en date du 26 mars 2020, le procureur général afghan, annonçant la libération d'environ dix mille prisonniers, précisait que seront principalement visés « *les femmes, les enfants, les gravement malades et les détenus de plus de 55 ans* ». De même, le 05 avril 2020, le Roi du Maroc, MOHAMED VI, accordait la grâce aux personnes détenues en tenant compte de leur « *leur âge, leur état de santé, la durée de leur détention et leur bonne conduite* ».

de l'individualisation des grâces. Un tel principe serait plus respectueux et serait le parallèle nécessaire du principe de l'individualisation des peines.

B. La nécessité des grâces individualisées

Réformer la procédure de grâce. Comme il a été relevé plus haut, plusieurs pays à travers le monde ont posé le principe de l'interdiction d'« *accorder des grâces générales ou collectives* »³⁵⁷. Parfois, cette prérogative de grâces collectives est retirée au président de la République pour être confiée au seul parlement, comme c'est le cas en Roumanie et au Portugal. En plus de l'adoption d'une telle limitation en droit camerounais, une réforme de cette procédure gracieuse paraît s'imposer. Elle devra notamment porter sur les personnes impliquées dans le circuit d'examen des recours en grâce, ceci afin de faire intervenir des personnes qui peuvent donner un avis éclairé sur la personne du condamné. Rappelons qu'en l'état actuel de la législation camerounaise, le Conseil supérieur de la magistrature chargé d'émettre son avis sur les recours en grâce est composée³⁵⁸, de trois députés, de trois magistrats, et d'une personne n'appartenant à aucun de ces ordres professionnels³⁵⁹. La diversité de la composition du Conseil est en soi heureuse dans la mesure où elle permet une pluralité d'avis.

Toutefois, en matière de recours en grâce, cette composition mérite d'être renforcée. La raison semble évidente quand on sait que ces membres du Conseil ne connaissent pas toujours la personne en faveur ou au détriment de laquelle ils donneront leur avis. Ainsi, leur avis risque d'être superficiel ou en totale déconnexion avec la réalité. À défaut de mettre sur pied une véritable

³⁵⁷ Par exemple : Grande-Bretagne, Danemark, Portugal, Italie, Pays-Bas, Belgique, France. V. P. TÜRK, « Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2003 », op. cit., p. 540.

³⁵⁸ Outre son président (qui est le président de la République) et son vice-président (qui est le ministre de la Justice).

³⁵⁹ Article 2 de la loi de 1982 précitée. À chaque membre du conseil, est associé un suppléant. L'objectif est d'éviter que l'empêchement d'un membre titulaire ne fasse obstacle à l'examen des affaires. Il n'est pas exclu que le président du Conseil puisse faire appel à toute autre personne susceptible d'émettre un avis éclairé sur la demande. On songe par exemple au ministre de la défense lorsque la personne concernée est un militaire ou assimilé.

« *commission des grâces* », séparée du Conseil supérieur de la magistrature³⁶⁰, on pourrait tout au moins associer les acteurs directs du secteur pénitentiaire. De ce point de vue, on estime que devraient par exemple émettre un avis sur les recours en grâce, le parquet de la juridiction qui a rendu le jugement et le chef de l'établissement pénitentiaire où la peine est exécutée. Le choix de ces deux autorités n'est pas anodin. Au sujet du parquet, il maîtrise l'infraction qui a justifié la sanction. En outre, ayant conduit des investigations, ayant effectué des descentes sur le terrain, il sait mieux que quiconque l'impact que peut avoir la libération d'un individu sur la conscience collective. Il connaît donc ce qu'était le criminel d'hier, c'est-à-dire avant son incarcération. Quant au chef de l'établissement pénitentiaire, il connaît ce qu'est devenu aujourd'hui le criminel d'hier. Il sait à peu près dans quel état psychologique se trouve la personne qu'on s'apprête à libérer. Dans ce sillage, on voit bien que l'avis des praticiens du milieu carcéral est important³⁶¹.

La grâce présidentielle : quelle fréquence ? L'autre question, toute aussi épineuse, est celle de la fréquence avec laquelle la grâce devrait être accordée. Devrait-on assister chaque jour au prononcé des mesures de grâces ? À regarder de près, l'on se rend compte que tout est question de choix politique, voire de leader politique³⁶². Un président de la République peu favorable à cette tradition n'accordera pas ou accordera très peu de grâces, tandis qu'un autre, plus favorable l'accordera fréquemment, voire très souvent. En France, le constat général est celui de la baisse du nombre de grâces accordées ces dernières décennies³⁶³. Ce constat est également valable au Cameroun, sauf à tenir

³⁶⁰ En effet, les missions régaliennes du Conseil supérieur de la magistrature sont si importantes qu'on pourrait la « *décharger* » de celle d'émettre des avis sur les recours en grâce.

³⁶¹ On peut bien imaginer que les avis de ces professionnels puissent être recueillis par la direction, au sein du ministère de la justice, en charge des affaires pénales et de la grâce. V. art. 34 et suivants du décret n° 2012/389 du 18 septembre 2012 portant organisation du ministère de la justice.

³⁶² « *Que le Président Sarkozy choisisse de refuser le principe de la grâce collective, c'est une chose. Mais que l'on n'entrave pas dans la Constitution le droit de ses successeurs !* », R. BADINTER, « 1^{re} lecture », *JO débats Sénat*, 20 juin 2008.

³⁶³ En France par exemple, une étude a montré que depuis les années 2000, les grâces se raréfient. Les demandes de grâces sont classées sans suite. « *Toutefois, le 6 mars dernier, en visite à l'École nationale d'administration pénitentiaire (ENAP), à Agen, à l'occasion de la présentation d'un « plan pénitentiaire », le chef de l'État a souligné que ces lois et grâces présidentielles avaient été remplacées par « une forme d'hypocrisie collective » avec pour conséquence d'« aménager ailleurs » des peines de prison inchangées* ». V. A. COIGNAC, « Les

compte de quelques hypothèses particulières pouvant prêter à interrogation³⁶⁴. En tout cas, à notre sens, il serait souhaitable que la grâce ne soit ni trop fréquente, ni trop rare. Trop fréquente, elle pourrait compromettre l'efficacité de la sanction pénale car il faut conserver au glaive de la justice toute sa place dans la moralisation de la vie sociale. À l'inverse, trop rare, on croirait à l'inexistence de ce droit ou à sa désuétude. À quoi servirait une prérogative inusitée ? Tout est donc question de mesure !

L'opportunité d'une limitation des grâces individuelles. Il est vrai que le titulaire du droit de grâce peut le limiter aux cas qu'il détermine *motu proprio*³⁶⁵. Toutefois, il est possible -et même souhaitable- que son action soit régulée par la loi, les conventions internationales ou l'office du juge. En ce qui concerne la loi, le législateur camerounais pourrait circonscrire le domaine de la grâce pour exclure par exemple des bénéficiaires, les récidivistes ou les condamnés en fuite. Au vrai, cela ne serait pas nouveau car certains pays comme le Pays-Bas, ont sérieusement limité les hypothèses de recours en grâce. Ainsi, en application de la loi de 1987, le recours est strictement limité à l'un des cas suivants : « *l'existence d'éléments qui n'ont pas été pris en compte ou qui ne l'ont pas été suffisamment, mais qui auraient conduit le juge, s'il les avait retenus ou s'il en avait eu connaissance, à prononcer un autre verdict ; l'inutilité de l'exécution de la peine, par exemple parce que l'intéressé est très malade* »³⁶⁶. Si

grâces présidentielles en France, un fait du prince de plus en plus rare », in *Dalloz actualité*, 13 juillet 2018.

³⁶⁴ C'est l'exemple de la libération de M. Yves Michel FOTSO, le 18 août 2019, qui était emprisonné à vie à la prison centrale de Yaoundé. Sa libération a fait suite à un courrier du secrétaire général de la présidence de la République ordonnant sa libération sur « *instruction du président de la République* ». On pourrait se demander s'il s'agit là d'une grâce présidentielle. Se basant sur les faits, vu que la personne en cause est libérée, on pourrait admettre qu'il y a eu une grâce. Cependant, d'un point de vue formel, on peut se demander si la grâce peut être accordée par tout moyen, en l'absence d'un « décret » formel signé du président de la République. Quoi qu'il soit, cette pratique atteste bien de la connotation politique souvent donnée à la grâce. La littérature, sur la question, foisonne. V. notamment, V. PUJAS, « Les pouvoirs judiciaires dans la lutte contre la corruption politique en Espagne, en France et en Italie », in *Droit et société*, n° 44-45, 2000, pp. 41-60 ; M. KALUSZYNSKI, « La fonction politique de la justice. Regards historiques. Du souci d'historicité à la pertinence de l'historicisation », in *La fonction politique de la justice*, Paris, La découverte, 2007, pp. 9-23 ; C. SÄGESSER, « Législatif, exécutif, judiciaire. Les relations entre les trois pouvoirs », in *Dossiers du CRISP*, n° 87, 2016, spéc. pp. 9-71.

³⁶⁵ C'est-à-dire « *de lui-même* ».

³⁶⁶ Sénat, *L'amnistie et la grâce*, Les documents de travail du Sénat, série « Législation comparée », 2007, p. 20.

cette solution peut paraître assez sévère, elle rend tout de même compte de ce que la loi peut, compte tenu des aspirations sociales et de la politique criminelle, limiter les pouvoirs du chef de l'État. Il faut donc que le pouvoir arrête le pouvoir ! Il en va de même des conventions internationales. En effet, certaines conventions « *affirment en principe le caractère irrémissible de certaines infractions et confient à des juridictions pénales internationales le soin de punir leurs auteurs* »³⁶⁷. Pour qu'un chef d'État puisse gracier une personne condamnée par la Cour pénale internationale et admise à purger sa peine à l'intérieur de cet État, il faut au préalable que la Cour ait donné son accord³⁶⁸. C'est dire que les conventions internationales lient en quelque sorte la compétence du président de la République en la matière. Cette limitation gagnerait à être entérinée au niveau national, soit en amont par l'action du législateur soit en aval par l'instauration d'un contrôle de conventionalité des décrets octroyant la grâce par le juge judiciaire.

Pour ce qui est de l'office du juge, il convient de relever le juge pénal camerounais détient des pouvoirs importants qui, utilisés méticuleusement, rendraient presque sans objet les grâces présidentielles. Le premier pouvoir émane de l'article 26 du Code pénal instituant les peines alternatives³⁶⁹ et que les juges tardent encore à mettre en œuvre. Pourtant, appliquées, les peines alternatives favoriseraient la décongestion des prisons, prétexte invoqué très souvent pour octroyer des grâces collectives. De même, le deuxième pouvoir réside dans le choix de la peine. En effet, lorsque le législateur offre au juge pénal le choix entre une peine d'emprisonnement et une peine d'amende, ce dernier pourrait privilégier l'amende³⁷⁰ pour éviter les privations de liberté. Allant plus loin, le Code de procédure pénale offre la possibilité au juge d'aménager l'exécution de la

³⁶⁷ P. TÜRK, « Le droit de grâce présidentiel à l'issue de la révision du 23 juillet 2008 », op. cit., p. 316. On comprend dès lors pourquoi certaines infractions présentant un caractère international sont généralement exclues par le décret octroyant la grâce : torture, trafic d'ossements humains, trafic de stupéfiants, terrorisme, racisme, etc. Pour application, v. décret (camerounais) n° 2020/193 du 15 avril 2020 préc.

³⁶⁸ Article 103 du Statut de Rome instituant la Cour pénale internationale. V. aussi en France, Conseil constitutionnel, n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, §. 40 ; H. RUIZ-FABRI et G. DELLA MORTE, « Recherche sur les institutions de clémence en Europe », *Mission « Droit et Justice »*, 2005, p. 37 et s.

³⁶⁹ Ces peines alternatives sont : la sanction-réparation et le travail d'intérêt général.

³⁷⁰ Notamment pour les infractions présentant un caractère personnel : cas de l'injure.

peine qu'il prononce. Dans cet esprit, la sanction peut être assortie d'un sursis simple³⁷¹ ou d'un sursis avec probation³⁷². Il en va de même de la libération conditionnelle et de la suspension de l'assistance et de la surveillance postpénales³⁷³. Tous ces mécanismes judiciaires sont de nature à limiter l'impact de la grâce présidentielle sur l'efficacité de la sanction pénale.

Conclusion. Lorsque le président de la République exerce son droit de grâce, il engage le peuple souverain dans la mesure où c'est de ce dernier qu'il tient sa légitimité. Au fil des siècles, la philosophie de la grâce n'a pas changé : il s'agit d'un acte de clémence. Au contraire, c'est sa pratique qui, faute d'encadrement, la dénature. Au Cameroun en particulier, la frontière de la grâce présidentielle c'est justement qu'elle n'a pas de frontières : le président de la République en use à son bon vouloir, de sorte que la distinction entre la grâce, l'arrêt des poursuites et l'amnistie perd quelque peu de sa netteté³⁷⁴. C'est en raison de ces effets que la grâce n'a cessé de susciter des vagues de critiques³⁷⁵. Il est donc important que le dépositaire de cette prérogative -à la limite politique-, puisse l'exercer avec modération et pondération. En outre, son action mérite d'être confinée aux seules grâces individuelles. Les juges devront également faire preuve de mesure en mettant à contribution leur office. Bref, en un mot comme en mille, il faut éviter que la grâce ne soit pas cause de disgrâce de la justice...

³⁷¹ Article 54 du Code pénal camerounais.

³⁷² Article 55 du Code pénal camerounais.

³⁷³ Article 40 et s., article 65 du Code pénal camerounais.

³⁷⁴ Strictement quand à leur effet sur la liberté de la personne condamnée.

³⁷⁵ M.-H. RENAUT, « Le droit de grâce doit-il disparaître ? », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1993, n° 3 ; R. ESCAICH, « Faut-il supprimer le droit de grâce du chef de l'État ? », in *La vie judiciaire*, 1977, p. 7.

**QUELQUES PRECISIONS SUR LES
POUVOIRS DU JUGE DES REFERES
DANS LA VIE DES SOCIETES
COMMERCIALES**

Jacques MESTRE - Président de l'AFDD

En disposant, à l'article 872, que « *dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de commerce peut, dans les limites de la compétence du tribunal, ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend* », le Code de procédure civile ouvre à l'évidence au juge des référés des pouvoirs importants tout en suscitant, tout aussi clairement, certaines interrogations sur les contours exacts de cette compétence... Et l'article 873 n'agit pas très différemment, lorsqu'il ajoute pour sa part, en son alinéa premier, que « *le président peut, dans les mêmes limites et même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* », et en son alinéa second, que « *dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire* ». Sous le sceau général d'une urgence dont on se plaît aujourd'hui à reconnaître de plus en plus la prégnance, notre juge des référés reçoit ainsi manifestement une large compétence, mais en même temps, l'existence d'un différend, la prévention d'un dommage imminent, ou encore la cessation d'un trouble illicite ne sauraient tout permettre, particulièrement dans le cadre d'une société commerciale où il est des règles légales de prise de décision et d'annulation des délibérations, ou encore des dispositions statutaires organisant par exemple le rachat des parts ou l'exclusion d'un associé. C'est dire que tout arrêt de la Cour de cassation introduisant ici des éléments de clarification mérite d'être relevé et, précisément, trois arrêts de cette nature ont été rendus par la chambre commerciale le 13 janvier 2021, qui invitent donc à faire un petit point sur ces pouvoirs du juge des référés.

Le premier de ces arrêts (Com., 13 janv.2021, n°18-25.713 et n°18-25.731, *Bull.Joly Sociétés* mars 2021, p.7, note J.Heinich) a été rendu dans des circonstances assez complexes. Une société avait fait, au moyen d'emprunts bancaires, l'acquisition de l'intégralité du capital d'une autre. Or par la suite, elle connut des difficultés, et deux mandataires *ad hoc* furent successivement

désignés afin de négocier avec ses banquiers une restructuration de ses dettes. Puis, quelque temps plus tard, ses actionnaires majoritaires adressèrent au président de la société une convocation à une assemblée générale ayant pour ordre du jour sa révocation et son remplacement. Le dirigeant, qui était lui-même associé minoritaire, obtint alors immédiatement en justice la nomination d'un administrateur provisoire chargé de diriger les sociétés du groupe pendant trois mois, avec notamment pour mission de reprendre la conduite des négociations avec les banques. Et fort de cette ordonnance, il assigna ensuite en référé les associés majoritaires et la société elle-même aux fins d'obtenir le report, après le terme de la mission qui venait d'être confiée à l'administrateur provisoire, de l'assemblée générale. Mais les majoritaires contre-attaquèrent en convoquant en parallèle une autre assemblée générale à une date légèrement différée, au cours de laquelle, sur la base d'un ordre du jour modifié, ils adoptèrent deux résolutions, l'une révoquant le président, et l'autre en nommant un nouveau avec effet immédiat !

Résultat de ce bras de fer : un juge des référés se reconnaissant, à la demande du président, le pouvoir de reporter la première assemblée générale convoquée et, en appel, une cour (Dijon, 20 sept.2018 et 16 oct.2018) confirmant d'abord ce report puis annulant les deux délibérations adoptées lors de la seconde assemblée générale provoquée par les majoritaires.

Sur pourvoi formé par ces derniers, la Cour de cassation a donc été amenée à prendre position sur les deux points.

S'agissant, tout d'abord, de la décision de report, elle admet que le juge des référés a bien cette compétence et que, au regard des circonstances et de ses appréciations d'espèce, il avait bien ici le pouvoir de l'exercer : *« après avoir constaté que l'administrateur provisoire de la société P... avait pour mission, notamment, de reprendre les négociations avec les banques pour restructurer sa dette, l'arrêt retient qu'il est établi que la confiance accordée par les banques à l'administrateur provisoire, qui est de nature à favoriser les négociations que celui-ci mène avec elles dans l'exercice de son mandat, est susceptible d'être affectée par une délibération dont l'urgence n'est nullement avérée. De ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui ne s'est pas prononcée sur*

l'opportunité de modifier la présidence de la société au regard de l'intérêt social, a pu déduire que la seule tenue de cette assemblée générale pendant que la société A... accomplissait sa mission était, par elle-même, de nature à causer à la société P... un dommage imminent, qu'il convenait de prévenir en ordonnant le report de l'assemblée générale ».

En revanche, s'agissant de l'annulation des délibérations, la chambre commerciale opte très clairement pour un défaut de pouvoir du juge des référés, au double visa des articles L.235-1 du code de commerce et 873, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile et au terme d'une motivation de portée générale : « *Il résulte de ces textes que l'annulation des délibérations de l'assemblée générale d'une société, qui n'est ni une mesure conservatoire, ni une mesure de remise en état, n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés* ». Dès lors, la cour d'appel ayant annulé les délibérations litigieuses en observant que c'était là le seul moyen permettant de faire cesser un trouble manifestement illicite, le prononcé de la cassation s'imposait : « *en statuant ainsi, alors qu'il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés, fût-ce pour faire cesser un trouble manifestement illicite, d'annuler les délibérations de l'assemblée générale d'une société, la cour d'appel, qui pouvait en revanche en suspendre les effets, a violé les textes susvisés* ».

Ainsi, de ce premier arrêt du 13 janvier 2021, on retiendra le pouvoir du juge des référés de procéder à un report d'assemblée, non seulement, comme précédemment jugé (Com., 11 juin 1954, *JCP G* 1954,II,8397 ; Paris, 4 sept.2000, *Bull.Joly Sociétés* 2000, p.1138, note A.Couret) lorsqu'existe un risque sérieux d'annulation de cette assemblée ou des délibérations qu'elle pourrait prendre, mais encore, de façon un peu plus souple, lorsque son urgence n'est nullement avérée au regard des circonstances particulières de la cause. Et, en revanche, son impossibilité de prononcer l'annulation des délibérations d'une assemblée générale, ainsi que la Haute juridiction l'avait d'ailleurs déjà indiqué (Com., 29 sept.2009, n°08-19.937, *Bull.civ.IV*, n°118, *RJDA* 2010, n°35), mais avec cependant, *via* un remarquable *obiter dictum*, une atténuation portée à cette incompétence de principe résultant de son pouvoir de suspendre, dans le cadre d'une mesure conservatoire, les effets de la délibération. Notre collègue Julia Heinich, dans sa note précitée, en souligne fort justement l'originalité, et en

même temps, le danger car derrière une suspension des effets qui se prolongerait, pointe nécessairement un quasi-anéantissement de la délibération qui ne dirait pas son nom, avec toutes les importantes conséquences qui peuvent en découler, par exemple, pour une fusion, une transformation ou encore une opération sur capital. L'idée d'une suspension qui se trouverait nécessairement enfermée dans un délai raisonnable pourrait donc utilement prospérer, comme le suggère notre collègue, et s'accorderait, au demeurant, assez bien avec une autre récente position de la Cour de cassation (Cass. com., 24 oct. 2018, n° 15-27.911, *Rev. sociétés* sept. 2019, p. 534, note N. Morelli, *Bull. Joly Sociétés* 2019, p. 23, note B. Brignon), considérant qu' « *il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés, fût-ce pour prévenir un dommage imminent, de prescrire, en vue de sa mise en œuvre par l'assemblée générale d'une société, une règle d'adoption d'une résolution qui serait différente de celle prévue par les statuts, celle-ci serait-elle illicite* ».

Deuxième arrêt, également très intéressant, de la Cour de cassation (Com., 13 janvier 2021, n°19-11.726, *Rev.sociétés* avril 2021, p.243, note D.Poracchia, *Bull.Joly Sociétés* mars 2021, p.21, note A.Tadros) : un arrêt ayant dû se demander si le juge des référés était au pouvoir d'ordonner l'exécution forcée d'une cession de parts sociales qui ne serait que partielle. Telle était bien, en effet, la question implicitement posée dans les circonstances suivantes. Un pacte d'associés imposait à un signataire, par ailleurs salarié de la société, de céder ses titres à première demande de l'associé majoritaire s'il venait à être embauché par une entreprise concurrente. Or, s'agissant du prix de cette cession, il avait été prévu : d'abord, que le prix, par principe déterminé d'un commun accord entre les parties, serait en ce cas payable comptant à la date de la cession sauf si, par suite d'un désaccord entre elles, le recours à une expertise s'avérait nécessaire (auquel cas il serait payable dans les huit jours de sa fixation par l'expert choisi d'un commun accord ou désigné par le juge des référés) ; et ensuite que si la cession intervenait avant une date déterminée (ce qui était ici le cas), il saurait être inférieur à une somme prédéterminée. Dans ces conditions, l'associé majoritaire pouvait-il demander au juge des référés d'ordonner d'ores et déjà la cession des titres, ou bien celui-ci devait-il accueillir l'objection de l'associé

sortant qui se retranchait derrière l'absence actuelle d'accord sur le prix de vente pour lui dénier ce pouvoir ?

En l'occurrence, le juge des référés puis la cour d'appel (Pau, 10 janv.2019) n'avaient pas hésité à ordonner la cession forcée des titres et donc à enjoindre à l'associé sortant de signer un ordre de mouvement global en contrepartie du paiement immédiat de la partie invariable du prix, le complément lui restant dû après détermination définitive du prix par l'expert. Or la Cour de cassation approuve cette position, en observant que « *l'obligation dont elle ordonnait l'exécution n'était pas sérieusement contestable* ». Ce qui, à la réflexion, peut très bien se comprendre mais témoigne d'un réel pragmatisme puisqu'en contrepartie de l'ordre de mouvement qu'il lui a été demandé de signer, le cédant n'obtiendra pour l'heure qu'une partie de son prix, l'exécution du contrat se trouvant en quelque sorte tronçonnée en deux temps, au rythme des réponses à venir.

Enfin, un troisième arrêt de la chambre commerciale (13 janv.2021, n°18-24.853) est relatif à une hypothèse particulière où l'intervention du juge des référés n'est pas expressément visée mais paraît bien, au moins dans certains cas, suggérée, puisque c'est celle prévue à l'article L.225-103 du code de commerce, aux termes duquel si l'assemblée générale n'est pas convoquée par le conseil d'administration ou le directoire, elle peut l'être « *par un mandataire, désigné en justice, à la demande, soit de tout intéressé en cas d'urgence, soit d'un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5% du capital social, soit d'une association d'actionnaires répondant aux conditions fixées à l'article L.225-120* ». La question posée était la suivante : si un juge des référés est saisi d'une telle demande, doit-il vérifier l'existence d'un dysfonctionnement avéré de la société laissant entrevoir un dommage imminent ou provoquant d'ores et déjà un trouble manifestement illicite qu'il y aurait de lieu de faire cesser, ou bien peut-il se contenter, pour fonder sa compétence, d'utiliser la force autonome de l'article L.225-103 et donc simplement de vérifier que la demande qui lui est présentée est conforme à l'intérêt social ? Réponse de la Haute juridiction : cette dernière vérification suffit, qui évitera naturellement la satisfaction d'un unique intérêt personnel du demandeur (cf. déjà Com., 19 juin 1990, n°89-14.092, *Bull.civ.IV*, n°186) et si l'on en croit un précédent arrêt rendu en 2019, il est même permis de

penser que cette vérification sera quasiment de style lorsque les demandeurs seront associés majoritaires (cf.Com., 6 févr.2019, n°16-27.560, *RJDA* 2019, n°346, précisant, dans le cadre d'une SARL, que le juge n'avait pas alors à apprécier l'opportunité d'une telle demande).

Ainsi, la compétence du juge des référés en cas d'urgence demeure quand même des plus établie, et pour en parachever le constat, on ajoutera encore que quelques semaines plus tard, le 3 mars dernier (n°19-10.086), cette même chambre commerciale est venue préciser qu'en cas de non-respect de l'obligation de dépôt des comptes par une société, tout intéressé peut soit, sur la base de l'article L.123-5-1 du code de commerce, demander au président du tribunal, statuant en référé, d'enjoindre sous astreinte au dirigeant de procéder au dépôt des pièces et actes au registre du commerce et des sociétés, soit, sur celle de l'article R.210-18 du même code, demander au président du tribunal de commerce, statuant en référé, de désigner un mandataire chargé d'accomplir la formalité, et qu'au surplus, *« les actions prévues par ces dispositions spéciales ne sont pas exclusives de celle fondée sur les dispositions de droit commun prévues par l'article L.232-23 du code de commerce, qui font obligation à toute société par actions, et non à son dirigeant, de déposer ses comptes »*. Dès lors, conclut la Haute juridiction, *« c'est à bon droit que la cour d'appel, retenant souverainement que les sociétés demanderesse justifiaient d'un intérêt à agir, les a dites recevables en leur action formée, en application des articles L.232-23 du code de commerce et 873, alinéa 1, du code de procédure civile, contre la société C., tendant à obtenir d'elle le respect de son obligation de dépôt »*. Ainsi, pour assurer la transparence des comptes, le juge des référés ne manque assurément pas de pouvoirs, et les textes se conjuguent même pour en faire le bras armé de la volonté législative !

**La sanction du défaut de mise en
harmonie des entreprises publiques en
droit OHADA
(Réflexions à partir de l'arrêt CCJA N°
168/2020 du 14 mai 2020)**

Armand MBARGA - Maître Assistant du CAMES - Chargé de cours Université de
Yaoundé 2 Soa Cameroun

L'intégration sous régionale est le moteur du développement. L'Organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) ³⁷⁶ est l'une des organismes important dans ce vaste mouvement d'intégration qui a pris corps depuis plusieurs décennies³⁷⁷. L'organisation entend soumettre au droit privé l'exercice de toutes activités commerciales sous forme sociétaire. Ce projet ambitieux soumet les entreprises publiques qui exercent sous forme sociétaire, communément appelées société d'Etat.

Soumettre l'Etat et certains de ses démembrements est un projet ambitieux. Il s'agit de soustraire la puissance publique de son droit naturel³⁷⁸ et de ses juges³⁷⁹, pour la soumettre au droit privé OHADA, et au contrôle des juges judiciaires. L'entreprise ne peut qu'être ambitieuse et parsemée d'embûches. L'arrêt rendu par la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA (CCJA) le 14 mai 2020 s'inscrit dans cette optique. La Cour commune était appelée à se prononcer sur les conséquences du défaut de mise en harmonie des statuts d'une société d'Etat avec le droit communautaire OHADA.

Pour imposer l'application du droit communautaire OHADA aux sociétés d'Etat, le législateur OHADA a prescrit la mise en harmonie de leurs statuts dans un délai de

³⁷⁶ L'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA), est une œuvre de grande envergure qui a vu le jour le 17 octobre 1993, avec la signature du Traité de Port-Louis. Journal Officiel de l'OHADA n° 4 du 1^{er} nov. 1997. L'OHADA compte actuellement 18 Etats MEMBRES. SUR L'OHADA, VOIR M. KIRSCH, "HISTORIQUE DE L'OHADA", PENANT, n° 827, 1995, pp. 129 ET S. ; J. LOHOUES-OBLE et J. ISSA-SAYEGH, *OHADA, harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, Bruxelles, 2020 ; A. Cisse, "L'harmonisation du droit des affaires en Afrique : l'expérience de l'Ohada à l'épreuve de ses premières décennies", *Revue inter. dr. Eco.*, 2004/2 t. XVIII, 2, pp. 197-225 ; T.G. Lafond, "Le traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique", *Gaz. Pal.*, 20 sept. 1992, p. 2.

³⁷⁷ Sur l'intégration sous régionale, voir J. ISSA-SAYEGH, "L'intégration juridique des Etats africains de la zone franc", *Penant* n° 827, mai-août 1998, p. 218 ; ; J. BIPELE KEMFOUEDIO, "La contribution des techniques juridiques dans la consolidation de l'intégration économique en zone CEMAC et UEMOA", *Rev. juridique et politique*, 2020, n° 1, pp. 3-35.

³⁷⁸ Il s'agit du droit public, au regard de la *suma divisio droit public : droit privé*. Sur cette division, voir B. BONNET et P. DEUMIER, *De l'intérêt de la summa divisio droit public – droit privé ?*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 2010.

³⁷⁹ Il s'agit du juge administratif, en application du principe de la séparation des pouvoirs. La loi des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III interdisent au juge judiciaire de trancher les litiges qui mettent en cause l'administration. Il convient toutefois de relever, qu'avec les nouvelles interventions de l'État, dans le secteur privé, l'arrêt Blanco du Tribunal des Conflits du, 8 février 1873 a établi la théorie de la liaison de la compétence et du fond, c'est-à-dire un lien direct entre le service public et le droit administratif. Le juge administratif est compétent lorsqu'une activité de service public est en cause. La compétence judiciaire lorsque l'activité en cause relève du droit privé.

deux ans. La Société Sarakawa créée par décret avec l'Etat togolais pour seul actionnaire ne s'était pas soumis à cette obligation. Son adversaire avait soulevé ce manquement, pour lui opposer une fin de non-recevoir tirée du droit processuel, dans le litige qui les opposait relativement au bien-fondé d'une saisie conservatoire pratiquée en paiement de créances commerciales litigieuses.

La société Sarakawa, qui exploitait un hôtel, avait eu recours aux services de la société American Eagle Guard Security pour assurer la sécurité de ses installations. Se prévalant d'une exécution défectueuse du contrat, la société Sarkawa avait retenu le paiement des prestations y afférentes. Pour garantir le paiement de sa créance, la société American Eagle Guard Security a pratiqué une saisie conservatoire sur les avoirs de la société d'Etat. La société Sarakawa a saisi le juge de l'urgence du Tribunal de première instance de Lomé pour contester le bien-fondé de la saisie. Elle faisait prévaloir de l'immunité d'exécution dont bénéficient l'Etat et les entreprises publiques. Le premier juge devait rejeter la contestation formée par la société d'Etat, au motif qu'elle était dépourvue de capacité à agir, dès lors que le défaut de mise en conformité des statuts entraînait sa disqualification en société de fait. Le contentieux ayant été élevé devant le juge de cassation, la CCJA avait l'occasion de se prononcer sur la sanction applicable aux sociétés d'Etat pour défaut de mise en harmonie des statuts.

La CCJA est rarement saisie du contentieux concernant les sociétés d'Etat. Ce n'est pas l'intérêt de l'arrêt, d'autant plus que la Cour commune a déjà eu à statuer à plusieurs reprises, sur le défaut de mise en harmonie des statuts, aussi bien des sociétés du secteur privé³⁸⁰ que du secteur public³⁸¹. L'intérêt de l'arrêt réside plutôt en ce que la Cour a modifié sa jurisprudence. Elle applique une sanction qui n'a pas été prévue par le législateur OHADA. Le défaut de mise en harmonie des statuts entraîne désormais la disqualification de la société d'Etat en société de fait.

³⁸⁰ CCJA 30 juin 2009, arrêt n° 035/2009 AES Sonel SA, Ohadata J-10-86 ; CCJA 11 avr. 2019, arrêt n° 115/2019, arrêt *Sté CP Security Service* ; CCJA 1^{er} juill. 2010, arrêt n° 044, *Chevron Texaco Cameroon SA*, Ohadata J-12-92 ; CCJA 4 févr. 2020, arrêt *Intertrans Limited Gabon SARL*, Ohadata J-11-45 et Ohadata J-12-21.

³⁸¹ CCJA, 8 janv. 2004, arrêt n° 04/2004 *Air Afrique*, Ohadata J-04-88.

Cette décision contra legem interpelle d'autant plus que la Cour commune applique à la société d'Etat devenue de fait³⁸², un régime juridique qui s'écarte de celui de la société de fait qu'elle a pourtant retenu. L'intérêt de l'arrêt est donc double. Il interroge à la fois sur la nature et le régime de la sanction. Le défaut de mise en harmonie des statuts d'une société de fait entraîne sa disqualification en société de fait (I). La société disqualifiée est toutefois soumise à un régime ambivalent (II). C'est en ce terme que se présente la sanction prétorienne du défaut de mise en conformité des statuts d'une société d'Etat avec le droit communautaire OHADA.

I. LA DISQUALIFICATION DE LA SOCIETE D'ETAT EN SOCIETE DE FAIT

La disqualification de la société en société de fait en raison de l'absence d'harmonisation des statuts avec l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés OHADA est opérée en méconnaissance des dispositions légales. Elle apparaît donc de prime abord critiquable (A). Toutefois, la sanction non prévue par l'Acte uniforme précité nous paraît justifiée par la nécessité de rendre le droit OHADA effectif³⁸³. Pour y parvenir, il faut sanctionner la violation volontaire des normes OHADA, qui sont par ailleurs d'ordre public (A).

A. UNE SANCTION EN APPARENCE CRITIQUABLE

De prime abord, la disqualification de la société d'Etat en société de fait, motif pris de l'absence de mise en harmonie de ses statuts avec le droit OHADA est critiquable. La disqualification est réalisée en marge des dispositions légales (1°). Elle s'écarte également de la jurisprudence constante de la CCJA (2°). L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés ne prévoit aucune sanction en cas d'absence de mise en harmonie des statuts.

³⁸² La société devenue de fait est une création prétorienne en droit français. Voir M. ZOLOMIAN, "Les sociétés devenues de fait", *Revue des sociétés, Etudes*, pp. 407-413.

³⁸³ Sur l'effectivité du droit OHADA, voir D. HIEZ et S. MENETREY, *L'effectivité du droit économique Ohada*, L'Harmattan, 2016.

1. Une disqualification en marge des dispositions légales

Faisant sienne la philosophie traditionnelle du droit des sociétés modernes, le législateur OHADA s'est employé à neutraliser les causes de nullité des sociétés en cas de méconnaissance des dispositions légales, fussent-elles d'ordre public³⁸⁴. La nullité des sociétés est un "épouvantail qui ne réussit pratiquement jamais"³⁸⁵. Le droit OHADA, "allergique à la nullité"³⁸⁶, pose la règle selon laquelle la nullité d'une société ne peut résulter que d'une disposition expresse de la loi³⁸⁷. Le législateur OHADA a préféré le substitut de la clause réputée non écrite à la nullité de la société en cas d'absence de mise en harmonie des statuts.

Les articles 908 et 915 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés disposent qu'à défaut de mise en conformité des statuts avec l'Acte uniforme, les clauses statutaires contraires aux dispositions de l'Acte uniforme sont réputées non écrites. Cette disposition d'ordre général est rendue applicable aux sociétés d'Etat, puisque l'article 916 AUSCGIE renvoie expressément à l'application des dispositions de l'article 908 pour la mise en harmonie des statuts. Les clauses contraires sont neutralisées. Bien qu'amputées des clauses qui auraient dû être harmonisées, la société continue à fonctionner en conservant sa qualification. La disqualification de la société d'Etat en société de fait pour défaut de mise en harmonie des statuts manque dès lors de fondement légal. Cette solution apparaît dès lors critiquable.

Parce qu'il n'est que "la bouche de la loi", le juge ne saurait en principe statuer en marge des dispositions légales. De même, la jurisprudence étant en principe

³⁸⁴ Voir L. GROSCLAUDE, *Le renouvellement des sanctions en droit des sociétés*, thèse Paris I, 1997 ; C. PERES-DOURDOU, *La règle supplétive*, LGDJ, Bibl. dr. Privé, t. 421, n° 103 et s. ; L. CONVERT, *L'impératif et le supplétif en droit des sociétés – Etude de droit comparé Angleterre, Espagne, France*, LGDJ, Bibl. dr. Privé, t. 374, n° 34 et s.

³⁸⁵ E. du PONTAVICE, *RJ com* 1984, p. 100.

³⁸⁶ R. MASSAMBA, "Réflexion pour une meilleure application substantielle du droit OHADA", in L. CADIET (dir.), *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA*, IRJS éditions, Paris, 2013, pp. 175-204, spéc. p. 190.

³⁸⁷ Art. 242 al. 1 AUSCGIE. Sur les causes de nullité des sociétés en droit OHADA, voir A. AKAM AKAM et V. BAKREO, *Droit des sociétés commerciales OHADA*, L'Harmattan, Coll. *Dynamique du droit OHADA*, Paris, 2017, n° 145 et s., pp. 91 et s.

dépourvu de tout pouvoir créateur du droit, elle ne saurait créer ex nihilo de nouvelles règles de droit. Ce serait empiéter dans le domaine du pouvoir législatif, au détriment de la séparation des pouvoirs qui est le fondement du système juridique dans les systèmes de droit romano-germanique.

La critique de la disqualification de la société d'Etat en société de fait n'est pas seulement réalisée en marge des dispositions légales. La CCJA méconnaît également sa propre jurisprudence.

2. Une disqualification en marge de la jurisprudence constante de la Cour

Par une jurisprudence constante, la CCJA a déjà eu à décider, que l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés ne prévoit aucune sanction en cas de défaut d'harmonisation des statuts³⁸⁸. La haute juridiction applique alors l'article 915 qui met en œuvre la règle de la clause non écrite³⁸⁹. Les clauses statutaires contraires aux dispositions de l'Acte uniforme sont réputées non écrites. A cette première règle curative, la CCJA rappelle l'existence d'une règle préventive. La régularisation des formalités prescrites par l'Acte uniforme peut être demandée par toute personne qui y a intérêt³⁹⁰. Il s'agit d'une fin de non-recevoir³⁹¹ que la CCJA soulève d'office pour rejeter les prétentions relatives à l'absence de personnalité juridique pour défaut de mise en harmonie des statuts³⁹². On peut donc légitimement critiquer l'arrêt du 14 mai 2020, en ce qu'il a été rendu en marge d'une jurisprudence constante. Le revirement de la jurisprudence de la Cour commune est inattendu.

³⁸⁸ CCJA 30 juin 2009, arrêt n° 035/2009 AES Sonel SA, Ohadata J-10-86 : *"Il reste que même si AES SONEL n'avait pas harmonisé ses statuts conformément aux dispositions de l'article 908 de l'Acte uniforme précité, celles-ci ne prévoient également aucune sanction"*; CCJA 11 avr. 2019, arrêt n° 115/2019, arrêt *Sté CP Security Service*.

³⁸⁹ CCJA, 8 janv. 2004, arrêt n° 04/2004 *Air Afrique*, Ohadata J-04-88 ; CCJA 1^{er} juill. 2010, arrêt n° 044, *Chevron Texaco Cameroon SA*, Ohadata J-12-92 ; CCJA 4 févr. 2020, arrêt *Intertrans Limited Gabon SARL*, Ohadata J-11-45 et Ohadata J-12-21.

³⁹⁰ Art. 75 AUSCGIE.

³⁹¹ Constitue une fin de non-recevoir, tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond.

³⁹² CCJA 30 juin 2009, arrêt n° 035/2009 AES Sonel SA préc. : *L'Acte uniforme ne prévoit aucune sanction, "sauf à mettre en œuvre l'article 75 dudit Acte uniforme ; "que n'ayant pas exercé une telle action, le défendeur au pourvoi est mal fondé de contester l'attestation d'immatriculation au registre du commerce"*

Le principe de sécurité juridique ne consacre pas de droit acquis à une jurisprudence constante³⁹³. La CCJA peut modifier sa jurisprudence. Mais encore faut-il que ce revirement de jurisprudence soit justifié. Le revirement de jurisprudence serait motivé par la présence d'une Société d'Etat ? De prime abord, cette éventualité peut être écartée dans la mesure où la Société Air Afrique concernée par la jurisprudence de la Cour commune était une société à capitaux publics. Il faut toutefois admettre que le revirement du 14 mai 2020 est justifié par la présence d'une Société d'Etat. Il s'agit de briser la résistance des Sociétés d'Etat à l'application du droit OHADA, et d'assurer ainsi la primauté du droit communautaire OHADA.

La situation des sociétés d'Etat est différente de celle des sociétés du secteur privé. Du fait de la participation en capital de l'Etat ou des personnes morales de droit public, les sociétés ont un statut hybride. Elles bénéficient de ce fait de quelques prérogatives de puissance publique non négligeables, qui les démarquent de la situation de droit commun dans laquelle les entreprises de droit privé sont reléguées. Cette situation justifie l'application de sanctions plus rigoureuses.

B. UNE SANCTION JUSTIFIEE

Bien qu'elle soit prise en marge des dispositions légales, la disqualification de la société d'Etat en société de fait doit être approuvée. L'immixtion caractérisée du juge de cassation dans le pouvoir législatif doit être relativisée face à la nécessité de sanctionner la violation volontaire d'une disposition impérative (1°). L'empiètement du juge de cassation dans le domaine législatif doit alors être analysé comme une incitation du législateur à réformer le droit OHADA en la matière (2°).

³⁹³ CEDH, 12 juill. 2018, n° 22008/12, Allègre c/ France.

1. La sanction d'une violation volontaire d'une norme impérative

Le droit OHADA a un caractère impérialiste. Outre le fait qu'il transcende la distinction droit civil et droit commercial³⁹⁴, il s'impose à toutes les entreprises, qu'elles soient du secteur public ou privé³⁹⁵. Ses dispositions sont d'ordre public, afin d'imposer l'impérialisme qui les caractérise. Toutefois, "l'ordre public sociétaire est assez souvent un tigre de papier qui n'effraie que les naïfs"³⁹⁶, et encore moins l'Etat et ses démembrements. Pour assurer l'effectivité du droit OHADA face à la toute-puissance de l'Etat et de ses démembrements il est nécessaire de sanctionner de manière énergique la violation volontaire des normes communautaires par la puissance publique.

Le droit sanctionne déjà la méprise ou l'ignorance d'une partie. C'est ainsi qu'en droit des obligations connaît l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegas*³⁹⁷ : nul ne peut se plaindre de sa propre turpitude. C'est la sanction de la méprise ou du défaut de diligence d'une des parties, qui la prive du bénéfice du contrat, ou de l'avantage escompté. Si le système juridique sanctionne la méprise ou l'étourderie de l'une des parties, que dire a fortiori du refus volontaire de se soumettre aux prescriptions d'une règle de droit ? Que dire de la faute lucrative³⁹⁸ qui procure à son auteur un gain plus important que la sanction prévue par la

³⁹⁴ Droit impérialiste du fait de sa nature, puisque le droit des affaires est un droit économique qui s'étend au-delà du droit civil et du droit commercial. Sur le dépassement de la distinction droit civil, droit commercial, voir J. DIFFO TCHUNKAM, La distinction droit civil – droit commercial à l'preuve de l'OHADA : une prospective de droit commercial uniforme, Rev. dr. unif. 2009, p. 57 et s.; J. PAILLUSSEAU, Le big bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires) : JCP 1988, I, 3330. L'impérialisme de ce droit se manifeste également par la volonté du législateur OHADA, de soumettre à son emprise, les entreprises publiques exploitées sous forme commerciale.

³⁹⁵ Voir art. 1^{er} AUSCGIE qui dispose que l'Acte uniforme OHADA relatif aux sociétés commerciales est applicable à *"toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé"*. Voir également l'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif, qui, selon l'article 1-1, est applicable *"à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé"*.

³⁹⁶ Y. Guyon, *Traité des contrats, Les sociétés*, 5^e éd., n° 10.

³⁹⁷ Sur l'application de cet adage, voir Ph. Le TOURNEAU, *La règle nemo auditur*, thèse Paris, 1970, LGDJ.

³⁹⁸ E. DREYER, "La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée", JCP 2008, I, 201. Voir sur l'apparition de cette notion, R. RODIERE, F. du PONTAVICE, *Droit maritime*, Dalloz, 12^e éd. 1997, n° 317.

loi ?³⁹⁹ La sanction est inéluctable, au risque sous peine de porter atteinte à l'efficacité de la sanction qui garantit l'effectivité du droit⁴⁰⁰. Le système juridique doit réagir contre toute violation volontaire de la règle de droit⁴⁰¹. La réaction doit être d'autant plus énergique, lorsque la violation volontaire porte sur une règle impérative.

La violation volontaire de la règle de droit est souvent dictée par des raisons économiques. Elle peut également l'être en présence d'une position de force⁴⁰². L'Etat et ses démembrements, dotés de pouvoirs de puissance publique⁴⁰³, ou plus précisément de pouvoirs exorbitants du droit commun, peuvent méconnaître les prescriptions impératives du droit OHADA. Sous le couvert du régime spécifique et non dérogoratoire de l'article 916 AUSCGIE⁴⁰⁴, certains législateurs nationaux ont adopté des normes nationales contraires au droit OHADA⁴⁰⁵. La doctrine de droit public ne manque pas d'entretenir cette défiance. Elle nous enseigne qu'une société d'Etat étant créée par décret, le parallélisme des formes implique qu'elle ne puisse être dissoute que par un décret⁴⁰⁶. La

³⁹⁹ C. GRATE, Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, Dalloz, coll. NBT, 2005, p. 59 ; L. GRYNBAUM, "Une illustration de la faute lucrative : le "piratage" des logiciels", D. 2006, p. 655.

⁴⁰⁰ Sur la recherche de l'effectivité de la règle de droit, voir J. CARBONNIER, *Flexible droit*, LGDJ, 10^e éd., 2001, p. 136 et s. ; Ph. CONTE, "Effectivité", "ineffectivité", "sous-effectivité", "sureffectivité" ... : variations pour le droit pénal", in *Etudes Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 125 et s. ; Ph. JESTAZ, "La sanction du l'inconnue du droit", D. 1986. 197.

⁴⁰¹ M. DUPRE, "Le système juridique face à la violation volontaire de la règle", RRJ 2014/2, pp. 619-653.

⁴⁰² M. DUPRE préc., p. 628. Si cette domination a été objectivée en droit de la consommation dans les rapports entre professionnels et consommateurs, elle a finalement été retenue dans les rapports entre professionnels. C'est l'existence d'un déséquilibre économique, et de ce fait l'abus d'une position dominante qui est sanctionnée.

⁴⁰³ La formule est volontairement exagérée, dès lors que seul l'Etat détient la puissance publique. Les entreprises publiques.

⁴⁰⁴ Sur cette question, voir P. G. POUGOUE, "Les société d'Etat à l'épreuve du droit OHADA", *Juridis Périodique*, Janvier-Février-Mars 2006, pp. 99-102 ; E. KAMTA FENDOP, *Droit OHADA et entreprises publiques*, Thèse université de Yaoundé 2 Soa (Cameroun), 2013.

⁴⁰⁵ Voir par exemple la loi camerounaise n° 2017/011 du 12 juillet 2017 portant statut général des entreprises publiques qui fait intervenir l'Etat dans la liquidation des entreprises publiques

⁴⁰⁶ Cette thèse qui prévalait dans les pays d'Afrique francophone avant l'adoption de l'OHADA doit être écartée, dès lors que l'acquisition de la personnalité juridique des entreprises publiques est désormais subordonnée par l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier. Voir en ce sens, B. BOUMAKANI, "Les entreprises publiques à l'épreuve du droit OHADA", (*Revue Lamy Droit des affaires*, n° 75, oct. 2004, pp. 25-29, spéc. p. 26). Il s'en suit, que la perte de la personnalité juridique est également déterminée par la radiation du Registre du commerce et du crédit mobilier, qui intervient par la dissolution amiable de la société par décision des assoiés, ou par décision judiciaire. L'intervention d'un décret du Président de la République est dès lors superfétatoire.

dissolution de la société par décision de justice serait alors inefficace, malgré la perte de la personnalité juridique qui en découle. Pour anéantir toute velléité de résistance, il était utile, voire impératif de créer de toutes pièces, une sanction suffisamment efficace pour inciter l'Etat et ses démembrements, à respecter les dispositions impératives du droit communautaire OHADA.

La solution classique repose généralement sur la sévérité des sanctions pécuniaires⁴⁰⁷. Toutefois, la sévérité des sanctions pécuniaires à l'encontre de l'Etat et de ses émanations n'a aucune prise, puisqu'ils bénéficient de l'immunité d'exécution. La disqualification de la société d'Etat en société de fait apparaît donc en définitive comme une sanction dissuasive et efficace, au regard du régime qui doit lui être assigné. Le caractère nécessaire de la sanction justifie également l'immixtion de la CCJA dans le domaine législatif. Il faut y voir à décharge de la Cour commune de justice, une incitation du législateur OHADA à opérer les réformes indispensables à la garantie de l'effectivité du droit OHADA.

2. L'interprétation constructive du droit OHADA

Les rapports entre le législateur et le juge ont été circonscrits par Portalis⁴⁰⁸ : "Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une pour les magistrats, et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun : la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées ; d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue, et de ne pas s'exposer à être tour à tour esclave et rebelle, et de désobéir par esprit de servitude"⁴⁰⁹.

Cette répartition des pouvoirs que l'on retrouve dans les articles 4 et 5 du Code civil est mise à mal par la CCJA. La Cour commune a certainement la volonté de suivre le fil des prescriptions de Portalis, qui prône une interprétation dynamique

⁴⁰⁷ M. DUPRE préc., p. 632.

⁴⁰⁸ J.-M.-E. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil. Discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 22 mars 1801*, Bordeaux, éditions Confluences, Coll. Voix de la cité, 2004, 78 pp.

⁴⁰⁹ J.-M.-E Portalis préc. p. 23.

et constructive au service de la loi, tout en lui restant fidèle⁴¹⁰. Mais le résultat est loin d'être convaincant.

En affirmant que le "la science du législateur consiste à trouver dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun", Portalis vise l'intérêt général⁴¹¹. L'intérêt général commande de ne pas avoir des sociétés qui fonctionnent avec des statuts en marge de la légalité. Le législateur OHADA a rempli son office en prévoyant une mise en conformité automatique des statuts par l'application de la règle non écrite. Le législateur ayant fixé le cap⁴¹² en posant les principes féconds, il incombe aux juges " de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée". Pour y parvenir, il leur incombe également, "d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue ".

L'esprit du droit OHADA est de soumettre les sociétés d'Etat à son empire. Le caractère impératif de la législation OHADA maintes fois rappelé par la CCJA à travers les arrêts⁴¹³ et les avis⁴¹⁴ qu'elle a rendu doit primer sur la lettre des Actes uniformes qui s'en écartent. Mais force est de reconnaître que l'article 908 AUSCGIE ne s'écarte pas de la volonté impérialiste des pères fondateurs de l'OHADA. En procédant d'office à la mise en harmonie des statuts par l'application de la règle non écrite, l'article 908 AUSCGIE garantit la primauté du droit OHADA. Il est alors surprenant de voir la Cour commune écarter l'application d'une règle prévue par le législateur OHADA et conforme à l'esprit du droit communautaire OHADA.

Tenu de respecter l'esprit de la loi, le magistrat ne doit pas "s'exposer à être tour à tour esclave et rebelle". Ne pas être rebelle. Le juge ne doit pas refuser d'appliquer une loi claire dont la lettre et l'esprit font corps. De même, "il ne doit pas, de manière plus subtile, en modifier le sens, voire la paralyser par le jeu

⁴¹⁰ B. TEYSSIE, "Corpus juris" in *Le discours et le Code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec2004, pp. 46-52, spéc. pp. 49 et 50.

⁴¹¹ B. TEYSSIE préc., p. 47.

⁴¹² B. TEYSSIE préc., p. 46.

⁴¹³ CCJA, Ass. Plén, 4 nov. 2014, arrêt n° 106, *Amity Bnak Cameroon c/ Etablissement Satra Express Voyage*, *Ohadata J-15-197*.

⁴¹⁴ CCJA, avis n° 001/EP du 30 avr. 2001 ; CCJA, Ass. Plén. Avis n° 002 du 23 juin 2015 ; demande d'avis n° 255/SP/DAJ/OHADA/2015 du 21 avril 2015 : République démocratique du Congo, *Ohadata J-16-208*.

d'interprétations déformantes"⁴¹⁵. C'est ce reproche que l'on peut adresser à la CCJA. En refusant d'appliquer les dispositions de l'article 908 AUSCGIE qui garantissent l'impérialisme du droit communautaire OHADA, la CCJA se rebelle contre le législateur OHADA. Cette rébellion peut être justifiée.

Tenu de servir la loi, les juges ne sont pas toujours "la bouche de la loi". Portalis n'a-t-il pas relevé le dialogue qui doit exister entre le législateur et le juge lorsqu'il affirme qu'"il faut que le législateur veille sur la jurisprudence : il peut être éclairé par elle" ?⁴¹⁶. Puisque les Codes des peuples se font avec le temps⁴¹⁷, c'est à l'expérience de combler les errements du législateur, éclairé par les décisions des juges fussent-elles rendues contra legem. Il faut se placer dans le contexte du litige pour apprécier la décision surprenante de la Cour commune.

La participation en capital de l'Etat ou d'une personne morale de droit public confère un régime hybride aux sociétés d'Etat. Soumises de manière prépondérante au droit privé OHADA, elles n'en demeurent pas moins soumises au droit public⁴¹⁸ et bénéficient de certaines reliques de puissance publique. Le droit OHADA l'admet expressément. Il leur accorde l'immunité d'exécution⁴¹⁹ et admet l'insaisissabilité de leurs biens⁴²⁰. Il s'agit de prérogatives exorbitantes du droit commun. Il serait alors utile de distinguer les sociétés qui bénéficient de ces prérogatives qui peuvent être indifféremment des sociétés d'Etat ou des sociétés du secteur privé⁴²¹, de celles qui n'en bénéficient pas.

La distinction paraît d'autant plus opportune au regard de l'importance économique des sociétés d'Etat dans les économies des Etats membres de l'OHADA. Malgré leur nombre relativement faible par rapport aux sociétés du secteur privé, les sociétés d'Etat sont les principaux acteurs de l'activité économique au regard du volume de leurs activités et du chiffre d'affaires cumulé. Cette différence économique doit conduire à une différence de traitement. La sanction du défaut d'harmonisation doit être plus énergique pour

⁴¹⁵ B. TEYSSIE préc., p. 52.

⁴¹⁶ J.-M.-E. PORTALIS préc., p. 23.

⁴¹⁷ J.-M.-E. PORTALIS préc. p. 24.

⁴¹⁸ Il s'agit d'une soumission résiduelle admise par le régime spécifique de l'article 916 AUSCGIE.

⁴¹⁹ Art. 30 AUPSRVE.

⁴²⁰ Art. 50 AUPSRVE.

⁴²¹ L'exécution d'une mission de service public peut être concédée à une société privée.

les sociétés d'Etat que pour les sociétés du secteur privé. C'est ce qui justifie la disqualification de la société d'Etat en société de fait, en vue de lui refuser le bénéfice de l'immunité d'exécution. C'est le sens de la décision de la Cour commune que nous approuvons. Il revient au législateur OHADA de briser cette jurisprudence s'il la désapprouve⁴²².

La CCJA invite le législateur OHADA à modifier la règle de l'article 908 AUSCGIE. Cette jurisprudence qui procède d'une interprétation constructive du droit OHADA doit être approuvée. L'approbation n'est pas pour autant totale. L'arrêt de la CCJA soumet la société disqualifiée à un régime juridique ambivalent. Elle prête le flanc à une critique mesurée

II. LA SOUMISSION DE LA SOCIETE DISQUALIFIEE A UN REGIME JURIDIQUE AMBIVALENT

La CCJA soumet la société d'Etat disqualifiée en société de fait à un régime juridique ambivalent. Si la perte de l'immunité d'exécution doit être approuvée (A), le maintien du droit d'ester en justice est par contre critiquable (A). Il vide de tout effet la sanction du défaut de mise en harmonie des statuts.

A. LA PERTE DE L'IMMUNITE D'EXECUTION : UNE SANCTION JUSTIFIEE

La perte de l'immunité d'exécution est la conséquence inéluctable de la perte de la qualité de personne morale de droit public. Cette conséquence logique qui découle de la perte de la capacité juridique (2°) suppose au préalable, que la CCJA soit compétente pour constater la perte de la personnalité morale de la société disqualifiée. Affirmant de nouveau l'impérialisme du droit OHADA, la CCJA a constaté la perte de la personnalité morale sous le prisme de la banalisation des entreprises publiques (1°).

⁴²² Sur le bris de jurisprudence. Voir Ph. Malaurie, "La jurisprudence combattue par la loi", in *Mélanges offerts à René Savatier*, 1965. - p. 603-620.

1. La perte de la personnalité morale sous le prisme de la banalisation du droit des personnes publiques

La participation en capital de l'Etat ou des personnes morales de droit fait apparaître le double visage de Janus de l'entreprise publique : visage de droit public d'un côté et visage de droit privé de l'autre⁴²³. La dualité de régime soulève une difficulté quant à la détermination de l'autorité compétente pour décider de la perte de la personnalité morale des sociétés d'Etat. Le mouvement de banalisation des entreprises publiques permet aux juridictions judiciaires de constater la perte de la personnalité morale des sociétés d'Etat.

Le mouvement de banalisation du droit des entreprises publiques⁴²⁴ caractérisé par l'attraction du droit de la puissance publique vers le droit commun. La banalisation du droit des entreprises publiques est "la tendance à soumettre celles-ci aux règles qui régissent les relations juridiques privées, ou à des règles inspirées de celles qui régissent les relations juridiques privées"⁴²⁵. Ce mouvement qui a pris naissance en droit français prend corps dans le droit OHADA, qui, malgré la multitude de ses sources⁴²⁶ s'est également inspiré du droit français⁴²⁷.

La participation en capital de l'Etat et des personnes morales de droit public est indifférente à la soumission des entreprises publiques au droit OHADA. En affirmant que "tout commerçant, personne physique ou morale y compris toutes les sociétés commerciales dans lesquelles un Etat ou une personne morale de droit public est associé"⁴²⁸, le législateur africain soumet expressément les

⁴²³ - Voir également pour les sociétés publiques locales, D. VOINOT, "La société publique locale : vraie ou fausse société de droit privé ? ", in Les sociétés publiques locales. Entre volonté publique, esprit d'entreprise et concurrence, P. MEUNIER, M. A. VANNEAUX, M. VIVIANO, T. DELAVENNE (dir.), Paris, L'Harmattan ..., pp. 133-1140, spéc. p. 140.

⁴²⁴ Voir J.-B. AUBY, "Le mouvement de banalisation du droit des entreprises publiques et ses limites", in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, pp. 3-16.

⁴²⁵ J.-B. AUBY préc., p. 3.

⁴²⁶ Sur la pluralité des sources du droit OHADA, voir G. KENFACK DJOUAJNI, "L'influence de l'internationalité dans l'élaboration du droit OHADA", Rev. Camerounaise de l'Arbitrage n° 27, oct.-nov.-déc. 2004, pp. 3-13.

⁴²⁷ P. CROCQ, "Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés", RLDC, nov. 2010, p. 27.

⁴²⁸ Art. 1^{er} AUDCG, ou d'une formule équivalente : Art. 1^{er} AUDSCGIE, "Toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le

entreprises publiques au droit commun OHADA. La soumission impérative de ces entités au droit OHADA rappelées par la plupart des Actes uniformes procède du mouvement de banalisation des entreprises publiques⁴²⁹. Si l'article 916 AUSCGIE laisse subsister les législations internes, c'est à la condition de l'absence de contrariété avec les dispositions d'ordre public du droit communautaire OHADA⁴³⁰. L'indispensable "complètement" du droit OHADA⁴³¹ qui conforte la prise en compte de la banalisation des entreprises publiques par le droit africain se traduit dans l'acquisition et la perte de la personnalité juridique des sociétés d'Etat. La personnalité juridique n'est pas induite du décret ou de la décision de la personne morale de droit public qui crée l'entreprise publique exerçant sous forme sociétaire. La loi camerounaise n° 2017/011 du 12 juillet 2017 portant statut général des entreprises publiques est l'une des manifestations de la réception cette banalisation par le droit interne des Etats membres⁴³².

La société à capital public est créée par décret du Président de la République⁴³³. Il n'en demeure pas moins, que le décret de création "tient lieu de statuts pour son immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier"⁴³⁴. Pour éviter toute discussion quant à la détermination de l'acte qui confère à la société d'Etat la personnalité morale dont est induite la capacité juridique, le législateur confirme à titre de rappel, que "la constitution définitive de la société à capital public se fait selon les règles de droit commun"⁴³⁵ OHADA. C'est l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier qui confère la personnalité juridique à la société à capital public⁴³⁶. De même, la dissolution qui peut être

siège social est situé sur le territoire de l'un des Etats Parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique est soumis aux dispositions du présent Acte uniforme" ; Art. 2 AUPCAP "Toute personne physique ou morale commerçante et toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé".

⁴²⁹ J.-B. AUBY préc.

⁴³⁰ Avis CCJA n° .001/EP du 30 avril 2001, 4^e chambre (4-d).

⁴³¹ P.-G. POUGOUE "Les société d'Etat à l'épreuve du droit OHADA" *Juridis Périodique*, n° 65, Janvier – Février – Mars 2006, pp. 99-102, spéc. p. 100.

⁴³² Voir également P. KANE EBANGA, "La réception du droit OHADA dans les entreprises publiques africaines : l'exemple du Cameroun", *Penant*, n° 907, avril – mai – juin 2019, pp. 243-261.

⁴³³ Art. 28 al. 1 loi 12 juill. 2017.

⁴³⁴ Art. 28 al. 3 loi 12 juill. 2017.

⁴³⁵ Art. 28 al. 5 Loi 12 juill. 2017.

⁴³⁶ Art. 98 AUDCG. Pour une application, voir Trib. Com. Brazzaville (Congo), ord. N° 065 du 28 oct. 2011, *Sté générale WIETC Compagny Ltd c/ Braël-Congo SARL*, *Ohadata* J-13-111.

prononcée conformément aux dispositions de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique⁴³⁷, emporte la radiation du Registre du commerce et du crédit mobilier, et la perte corrélative de la personnalité juridique.

La constitution et la dissolution de la société d'économie mixte obéit à la même logique.⁴³⁸ Les dispositions internes des Etats membres admettent également la soumission des sociétés d'Etat aux règles de constitution et de dissolution du droit OHADA. Il s'ensuit, que la perte de la personnalité juridique des sociétés d'Etat s'opère sous le prisme du mouvement de banalisation des entreprises publiques. C'est en toute logique que la Cour commune de justice, tire les conséquences de la perte de la personnalité juridique. Une société de fait, fut-elle créée par l'Etat ou par des personnes morales de droit public, perd le bénéfice des attributs spécifiquement attachés à la personnalité de droit public.

2. La perte consécutive de la capacité juridique

La capacité juridique est induite de la personnalité morale. C'est donc logiquement, que la perte de la personnalité juridique entraîne celle de la capacité juridique. C'est cette conséquence que tire la Cour commune de justice lorsqu'elle relève la violation de l'article 30 de l'Acte uniforme OHADA du que la société litigieuse se trouve "manifestement en état de société de fait".

L'évolution du droit contemporain n'a pas modifié la conception de la personnalité morale, "jadis considérée comme un grand invariant, d'ailleurs commun au droit privé et au droit public"⁴³⁹. En l'occurrence, "la capacité juridique en tant que réceptacle du patrimoine juridique constitué de droit droits réels et

Sur le Registre du commerce et du crédit mobilier, voir A. DELABRIERE "Le registre du commerce et du crédit mobilier, instrument d'information et de sécurité des créanciers dans l'espace OHADA", PENANT, n° 840, pp. 369-444.

⁴³⁷ Art. 82 al. 1 loi 12 juill. 2017.

⁴³⁸ Art. 76 loi 12 juill. 2017.

⁴³⁹ F. LINDITCH, "La personnalité morale de droit public aujourd'hui, libre propos", in X. BIOY (dir.), *Personnalité juridique*, LGDJ, Presses de l'université de Toulouse 1 Capitole, 2013, pp. 35-44, spéc. p. 35. Voir également pour une étude d'ensemble en droit public, F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit public*, Thèse Toulouse 1, 1991, LGDJ, Bibl. Droit public, 1997.

personnels"⁴⁴⁰, est indispensable au fonctionnement des personnes morales de droit privé et de droit public. Une organisation ou une collectivité dépourvue de capacité juridique est non viable : "comment conclure des contrats, comment détenir un patrimoine, agir en justice sans personnalité morale"⁴⁴¹ ? Et d'une manière générale, comment jouir des droits subjectifs ?

L'immunité d'exécution est "un obstacle à la mise en œuvre à l'encontre des seules personnes publiques, de l'une quelconque des mesures exécutoires ou conservatoires prévues à l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution"⁴⁴². C'est une protection personnelle, et donc un droit dont bénéficient les personnes morales de droit public. La perte de la personnalité morale entraîne par conséquent l'impossibilité de jouir de ce droit. La perte de la capacité juridique est l'élément déterminant qui prive la société disqualifiée en société de fait du bénéfice de l'immunité d'exécution. Elle est suffisante pour justifier la décision de la Cour commune de justice. Le juge de cassation s'est pourtant attelé à démontrer que les conditions matérielles de l'immunité n'étaient pas réunies. Cet examen supplémentaire doit être relativisé.

C'est à titre surabondant, que la Cour commune s'est également fondé sur le fait que "les actes générateurs de la créance poursuivie ne résultent pas de contrats publics, mais de conventions privées souscrites aux seules fins du commerce". Il faut plutôt y voir la volonté de la Cour commune, de clarifier l'arrêt du 26 avril 2018⁴⁴³, qui a opéré un revirement de jurisprudence sur cette question controversée⁴⁴⁴. La Cour ayant rarement l'occasion de statuer sur les entreprises publiques, elle a profité de l'occasion qui s'est offerte pour clarifier l'arrêt important du 26 avril 2018 dont la motivation manquait de clarté. La perte de

⁴⁴⁰ F. LINDITCH, préc. p. 36.

⁴⁴¹ F. LINDITCH, préc. p. 36.

⁴⁴² U. A. IBONO, "L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public à l'épreuve du droit OHADA", *Revue de l'ERSUMA*, n° 3, sept. 2013.

⁴⁴³ CCJA, 3^e ch., n° 103/2018 du 26 avril 2018, *Mbulu Museo c/ La société des Grands Hôtels du Congo SA et autres*.

⁴⁴⁴ Sur cette controverse, voir Filiga Michel SAWADOGO "La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA", *Penant*, n° 860, juillet. - août - septembre 2007, pp. 305-337.

l'immunité d'exécution doit donc être approuvée. Il en va autrement du maintien du droit d'ester en justice malgré la perte de la personnalité morale.

B. LE MAINTIEN DU DROIT D'ESTER EN JUSTICE : UNE SOLUTION CRITIQUABLE

La reconnaissance du droit d'ester en justice malgré l'absence de personnalité juridique de la société de fait est une décision surprenante. Elle remet en cause de manière inopportune une règle traditionnelle du droit processuel (1°). La solution retenue par la haute juridiction crée également une incohérence dans le régime des sanctions qu'elle a élaboré (2°).

1. La remise en cause inopportune d'une règle traditionnelle

La théorie de la personnalité morale des groupements "s'est esquissée autour de l'idée de *corpus mysticum* : un corps sans chair, une représentation intellectuelle, mais dont les éléments s'articulent les uns aux autres, et qui constituent une entité déterminée, un acteur de la scène juridique". Cet "acteur de la scène juridique" a, par mimétisme aux êtres humains dotés d'un corps et de chair, une vie et une mort. La vie du groupement commence dès l'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier⁴⁴⁵. Elle se perd par la dissolution de la société⁴⁴⁶, corrélative à la perte de la personnalité morale, qui entraîne la mort juridique. Le droit processuel en tire une règle fondamentale. La perte de la personnalité juridique emporte de plein droit la perte du droit d'ester en justice. Le défaut de personnalité juridique prive la personne morale de la capacité d'agir en justice, aussi bien en demande qu'en défense⁴⁴⁷. Le droit des sociétés OHADA ne remet pas en cause la corrélation entre la personnalité morale et le droit

⁴⁴⁵ Art 98 Acte uniforme portant droit commercial général OHADA. Sur le Registre du commerce et du crédit mobilier, voir Y. R. KALIEU ELONGO, "Le rôle du registre du commerce et du crédit mobilier OHADA dans l'amélioration de l'accès au crédit", in *Les mutations juridiques dans le système OHADA*, L'Harmattan, 2009, pp. 133-140.

⁴⁴⁶ Sur les causes de dissolution de la société en droit OHADA, voir AKAM AKAM et V. BAKREO, p. 323 et s.

⁴⁴⁷ P. LEVOA AWONA, "Qualité et pouvoir à agir dans le procès civil", RRJ 2019-4, pp. 1399-1416.

d'action⁴⁴⁸. C'est ainsi, que le législateur OHADA prive la société en participation et la société créée de fait du droit d'ester en justice, en raison du défaut de personnalité morale⁴⁴⁹. Le défaut de personnalité morale est sanctionné en droit processuelle par l'irrecevabilité de l'action. C'est cette règle fondamentale que l'arrêt du 14 mai 2020 remet en cause. La solution retenue par la CCJA était malheureusement commandée par l'application du droit communautaire OHADA. La CCJA a appliqué l'article 868 AUSCGIE qui "sème la confusion"⁴⁵⁰. Ce texte dispose que "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". En cas de vacance de la gérance, chacun des associés de la société en nom collectif dispose de la signature sociale et peut engager la société⁴⁵¹. Dépourvue par essence de gérant, la société de fait peut donc, comme l'a décidé la CCJA, "ester en justice par l'entremise de ceux ayant traité en son nom avec les tiers". L'application de la règle de droit OHADA heurte de plein fouet une règle de droit procédurale à caractère fondamental, et de surcroît applicable dans la quasi-totalité des Etats membres de l'OHADA⁴⁵². La primauté du droit OHADA peut-elle l'emporter ?

⁴⁴⁸ B. TALFI IDRISSE *Contribution du droit des sociétés commerciales de l'OHADA à une théorie générale de la personnalité morale en droit privé*, Thèse Dakar, 2006.

⁴⁴⁹ Voir A. AKAM AKAM et V. BAKREO préc., n° 873, p. 451.

⁴⁵⁰ R. MASSAMBA préc., p. 190.

⁴⁵¹ Art. 277 AUSCGIE.

⁴⁵² Bien que de nombreux Etats ont adopté une législation nationale. Le mouvement de modernisation qui a débuté en 1964 avec l'adoption du code de procédure civile sénégalais (Décret n° 64-572 du 30 juill. 1964 portant Code de procédure civile, J.O. 28 sept. 1964, p. 1289 et s, plusieurs fois modifié), s'est poursuivi progressivement dans l'ancienne zone d'influence française en Côte d'Ivoire, au Gabon (Ordonnance du 2 février 1977 instituant un Code de procédure civile. Voir A. BOUMAH, Un nouveau code de procédure civil gabonais, Penant 1979, pp. 373-378), au Burkina Faso (Loi n° 99-022/AN du 18 mai 1999 portant Code de procédure civile), en Mauritanie (Loi n° 99-035 du 24 juillet 1999 portant Code de procédure civile), au Togo (Décret n° 82-50 du 15 mars 1982 portant Code de procédure civile.), au Mali (Décret n° 99-254/P-RM du 15 sept. 1999 portant Code de procédure civile, commerciale et sociale), à Madagascar (Loi n° 2001-022 du 9 avril 2003 portant Code de procédure civile), au Bénin (Loi n° 2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes; Voir également J. COOMLAN HOUNKPE, Le droit à un procès équitable au Bénin : les garanties en matière non pénale, Sarrebruck : Editions universitaires européennes, 2012) , et au Congo (H. AMBOULOU, Traité congolais de procédure civile, commerciale, administrative, financière et des voies d'exécution, L'Harmattan), de nombreux Etats continuent de partager un héritage juridique commun avec la France (Ph. TIGIER, Le droit des affaires en Afrique, PUF 2001, p. 17), dans lequel figurent les règles du Code de procédure civile français de 1806, qui ont été rendues applicables en Afrique par l'arrêté n° 6750 du 16 décembre 1954 portant Code de procédure civile et commerciale Voir notre ouvrage, A. MBARGA, Procédure civile camerounaise, éd. Primalex, 2012, n° 9, p. 12.

La sécurité juridique s'oppose tout d'abord à l'existence de solutions juridiques différentes dans le même espace juridique. Ensuite, l'article 10 du Traité ne peut trouver application que dans les matières qui ressortissent du droit des affaires. Nous avons estimé qu'il serait souhaitable d'étendre la compétence de l'OHADA à la matière processuelle⁴⁵³. Mais en l'état actuel du droit positif, la procédure civile n'en fait pas partie. Il fallait alors entériner la solution retenue par les premiers juges, qui avaient déclaré irrecevable le recours formé par la société disqualifiée, pour défaut de capacité à agir en justice, aussi bien en demande qu'en défense. L'application de l'article 868 Auscgie pose difficulté

La CCJA aurait dû poursuivre son offensive novatrice, en refusant d'appliquer l'article 868 AUSCGIE, pour inciter le législateur OHADA à modifier sa législation⁴⁵⁴. L'éviction de l'article 868 AUSCGIE aurait également permis d'éviter l'incohérence du régime de sanction.

2. L'incohérence du régime de sanction

Le maintien du droit d'ester en justice à une société d'Etat disqualifiée en société de fait pour défaut d'harmonisation des statuts crée une incohérence dans le régime de sanction élaboré par la CCJA. Sur le plan substantiel, la société disqualifiée perd le bénéfice de l'immunité d'exécution. C'est une sanction rigoureuse que nous avons approuvée. La situation est toute autre sur le plan procédural. Malgré la disqualification de la société, qui est déjà en soi une sanction, la société litigieuse conserve le droit d'ester en justice. Le maintien de ce droit vide la sanction de toute sa substance. Il la prive totalement d'effet. La CCJA atténue elle-même le régime de sanction qu'elle a laborieusement construit

⁴⁵³ A. MBARGA, "Pour la généralisation des tribunaux de commerce dans la zone OHADA et l'adoption d'un Acte Uniforme portant organisation des juridictions et de la procédure commerciales", *Penant* 2013, pp. 28-57.

⁴⁵⁴ L'instauration d'un dialogue en l'OHADA et les institutions régionales est prônée par la doctrine pour éviter les risques de concurrence entre normes communautaires (R. MASSAMBA préc., p. 186). La pratique des rapports entre la CCJA et le Conseil des Ministres en vue de signaler les difficultés d'application des Actes uniformes, en vue de leur révision éventuelle serait également opportune (En droit comparé, c'est l'une des finalités du rapport annuel de la Cour de cassation française).

en s'écartant avec hardiesse des dispositions du droit OHADA pour assurer l'effectivité de ce droit. Le maintien du droit d'ester en justice ébranle cet édifice. Le défaut de capacité pour agir en l'absence de personnalité juridique est traditionnellement une sanction radicale et vigoureuse. L'action intentée par⁴⁵⁵ ou contre⁴⁵⁶ une personne physique ou morale dépourvue de la personnalité juridique est irrecevable. L'irrecevabilité est insusceptible de régularisation⁴⁵⁷, ce qui rend la sanction particulièrement rigoureuse. Le maintien du droit d'ester en justice crée donc une incohérence dans le régime de sanction qui a été construit par la CCJA, dès lors qu'elle a décidé, en marge des dispositions des Actes Uniformes et de sa jurisprudence, de sanctionner le défaut de mise en harmonie des statuts. Mais à bien y regarder, l'incohérence du régime de sanction vient du fait que la CCJA s'est arrêté à mi-chemin. Elle a appliqué les dispositions de l'article 868 AUSCGIE. La logique aurait voulu qu'elle poursuive son œuvre créatrice en écartant l'application de ce texte, et qu'elle statue en équité.

Comme l'a relevé le Professeur Roger Massamba, l'article 868 AUSCGIE "sème la confusion"⁴⁵⁸. La situation est similaire à celle qui a été critiquée par le Professeur Françoise Dekeuwer-Défossez au sujet de l'assimilation de la société créée de fait à la société en participation en droit français⁴⁵⁹. Il faut admettre, qu'"il serait trop facile d'échapper aux règles légales en évitant soigneusement de constituer une société qui serait nulle, et en se bornant à vivre en société créée de fait bénéficiant d'un régime juridique aussi favorable"⁴⁶⁰ que celui de la société en participation pour le droit français, et en nom collectif pour le droit OHADA. Il faut

⁴⁵⁵ Voir en droit camerounais, C.s., 10 déc. 1987, arrêt n° 16/CC, *Veuve Simo c/ Cheudzi* : "Une veuve ne peut, sans justifier d'un jugement d'hérédité, ester en justice en lieu et place de son feu mari pour obtenir d'un locataire le paiement des loyers échus".

⁴⁵⁶ Voir en droit français, Cass. 2^e civ., 18 nov. 2003 : Bull. civ. II, n° 338 : "Doit être censurée la décision qui déclare régulière la mise en demeure préalable à des poursuites adressée par une URSSAF à une société de fait qui, dépourvue de la personnalité et de la capacité d'agir en justice, ne pouvait en être destinataire".

⁴⁵⁷ Voir en droit français, Cass. 2^e civ., 18 nov. 2003 : Bull. civ. II, n° 338 : "Doit être censurée la décision qui déclare régulière la mise en demeure préalable à des poursuites adressée par une URSSAF à une société de fait qui, dépourvue de la personnalité et de la capacité d'agir en justice, ne pouvait en être destinataire".

⁴⁵⁸ R. MASSAMBA préc., p. 190.

⁴⁵⁹ Par une loi du 4 janvier 1978.

⁴⁶⁰ F. DEKEWER-DEFOSSEZ, "Illusions et dangers des sociétés créées de fait", D. 1982, chron. 83 et s.

prévoir une sanction énergique à l'encontre du contrevenant, tout en préservant les droits des tiers de bonne foi. Cette solution est justifiée par l'équité.

Même si l'on affirme que le juge ne doit pas statuer en équité, l'équité n'est pas totalement absente du droit. Elle sert souvent à modérer l'application des règles juridiques, et parfois même, à en créer⁴⁶¹. Pour désintéresser les tiers de bonne foi, la jurisprudence déclare recevable les actions exercées à l'encontre des sociétés de fait qui ont poursuivi une activité économique malgré la perte de la personnalité juridique⁴⁶². Le droit d'ester en justice doit donc être remodelé. Il faut reconnaître aux sociétés d'Etat disqualifiées en société de fait, la qualité de sujet de droit aux effets limités.

Un sujet de droit, est "une personne physique ou morale considérée comme support d'un droit subjectif ou débiteur de l'obligation"⁴⁶³. Sujet actif, la personne physique ou morale est titulaire d'un droit. En droit processuel, il s'agit du droit d'exercer une action en demande. C'est ce droit actif qui doit être supprimé par la sanction relative à la disqualification de la société d'Etat en société de fait. Par contre, en qualité de sujet passif, le sujet de droit est débiteur d'une obligation. En droit processuel, la société disqualifiée doit répondre devant les juridictions compétentes, des poursuites qui lui sont intentées par les tiers de bonne foi. Il est souhaitable que la CCJA modifie sa jurisprudence en ce sens.

La disqualification de la société d'Etat en société de fait pour défaut d'harmonisation des statuts doit être approuvée. Par cette règle prétorienne, la CCJA invite le législateur OHADA à modifier le second alinéa de l'article 916 AUSCGIE. Il serait utile de prévoir que le défaut de mise en harmonie des statuts, entraîne la perte de la personnalité morale, sous réserve des besoins du désintéressement des tiers. Le législateur OHADA pourra ajouter un dernier alinéa à l'article 916, aux termes duquel, "à défaut d'harmonisation des statuts, la société soumise à un régime particulier perd sa personnalité juridique, sous réserve des besoins de la liquidation et du désintéressement des tiers".

⁴⁶¹ P. KAYSER, "L'équité modératrice et créatrice de règles juridiques en droit français", *RRJ*, 1999-1, pp. 14-35.

⁴⁶² Voir M. ZOLOMIAN, "Les sociétés devenues de fait", *Revue des sociétés, Etudes*, pp. 407-413.

⁴⁶³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, PUF, 13^e éd. 2020, v^o Sujet de droit.

Annexe :

Arrêt N° 168/2020 du 14 mai 2020

Attendu que, selon l'arrêt attaqué, à la suite des saisies pratiquées contre lui par la société American Eagle Guard Security, l'Hôtel Sarakawa demandait mainlevée de celles-ci à la juridiction des urgences du Tribunal de première instance de Lomé, laquelle la déboutait suivant ordonnance n° 0093/18 en date du 31 juillet 2018 ; que c'est alors que l'Hôtel Sarakawa saisissait la Cour d'appel de Lomé qui, vidant sa saisine, statuait par arrêt dont pourvoi ;

Sur le moyen unique, tiré de la violation des dispositions de l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, ensemble les dispositions des articles 1, 3, 6 et 908 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique.

Vu l'article 28 bis, 1^{er} tiret, du Règlement de procédure de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de l'OHADA ;

Attendu qu'il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infirmé l'ordonnance du premier juge et donné mainlevée des saisies pratiquées contre l'Hôtel Sarakawa au motif que celui-ci est une entreprise publique et bénéficie d'une immunité qui la soustrait des voies d'exécution forcée alors que :

1/ le caractère commercial d'une société étant déterminé par sa forme ou par son objet, les activités de l'Hôtel Sarakawa la font nécessairement relever du droit privé et ne lui confèrent nullement le statut d'entreprise publique ;

2/ bien que créée par décret, l'Hôtel Sarakawa avait le devoir de se mettre en harmonie avec les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique pour continuer l'exercice de ses activités de commerce sous une forme sociétaire ;

3/ ne s'étant pas mis en harmonie avec le droit communautaire, l'Hôtel Sarakawa n'en subit pas moins la vigueur en tant que société de fait devenue, ce qui le soumet aux dispositions impératives de l'Acte uniforme précité, quand bien même l'Etat du Togo en serait l'unique actionnaire ;

Qu'ainsi, selon la requérante, en statuant comme elle l'a fait, la cour a violé, par mauvaise application ou par méprise, l'ensemble des dispositions visées au moyen unique, exposant par conséquent son arrêt à la cassation ;

Attendu [...] qu'il résulte des articles 1 et 3 de l'Acte uniforme précité d'une part, que "toute société commerciale, y compris celle dans laquelle un Etat ou une personne morale de droit public est associé, dont le siège est situé sur le territoire de l'un des Etats-parties au Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique, est soumise aux dispositions du présent Acte uniforme" et, d'autre part, que toutes les personnes, dont les Etats et les personnes morales de droit public, désirant exploiter une activité sous forme sociétaire, doivent choisir l'une des formes sociales que cet Acte uniforme prévoit ;

Attendu que, relativement au critère de commercialité, l'article 6 du même Acte uniforme précise que "le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme et son objet" ;

Attendu aussi qu'en vue d'imposer l'observation du nouveau droit qu'il met en place, ce même Acte uniforme dispose en son article 908, que "les sociétés et les groupements d'intérêt économique constitués antérieurement à l'entrée en vigueur du présent Acte uniforme sont soumis à ses dispositions. Ils sont tenus de mettre leurs statuts en harmonie avec les dispositions du présent Acte uniforme dans un délai de deux (02) ans à compter de son entrée en vigueur" ;

Attendu en l'espèce, que bien que créé par un décret, l'Hôtel Sarakawa ne se définit pas moins comme "société d'Etat", revendiquant très clairement qu'il fonctionne quotidiennement sous une forme sociétaire ;

Attendu que de même, il est constant, comme issu du débat et des propres énonciations de l'arrêt attaqué, que "société d'Etat", le défendeur au pourvoi "a pour objet l'exploitation de l'hôtel Sarakawa et d'autres installations

hôtelières, de restauration et du tourisme" ; que la nature commerciale des activités ainsi menées l'obligeait, comme "société" constituée antérieurement à l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés et au groupement d'intérêt économique, à se mettre en conformité avec le droit uniforme ; que ne l'ayant pas fait dans le délai imparti, il relève, en l'état, du régime des sociétés de fait au sens de l'Acte uniforme susvisé ; Attendu que selon l'article 30 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, "L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution [...]".

Attendu qu'en application de ces dispositions, une entité ayant le statut de société de fait ne saurait bénéficier de l'immunité d'exécution ;

Attendu que l'alinéa 2 de l'article 30 de l'Acte uniforme précité évoque les personnes morales de droit public et les entreprises publiques "quelles qu'en soient la forme et la mission", pour affirmer le caractère absolu de l'immunité d'exécution ainsi instituée, de sorte que les juridictions du fond ne sauraient en relativiser la portée en se fondant sur les formes que revêtent classiquement les personnes morales protégées soit sur l'objet de leur mission ;

Attendu en effet que les personnes morales de droit public, et les entreprises publiques ont traditionnellement une forme nationale ou locale, concentrée ou déconcentrée, centralisée ou décentralisée, et l'objet de leur mission peut avoir un caractère commercial, industriel, administratif, artisanal ou touristique ;

Qu'il suit de là que les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 30 précité ne sauraient, sans porter atteinte à la cohérence du système dont elles sont issues, renvoyer aux formes sociétaires prévues par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique qui concernent les personnes morales de droit privé, y compris celles qui accueillent l'Etat ou une personne morale de droit public en qualité d'actionnaire ou d'associé ;

Attendu ainsi qu'en énonçant "qu'en application de l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé, les entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, bénéficient du principe général d'immunité d'exécution accordé aux personnes morales de droit public ; que dans le cas d'espèce, quand bien même la société d'Etat l'Hôtel Sarakawa a pour objet l'exploitation de l'hôtel Sarakawa et d'autres installations hôtelières et de restauration, ainsi que la fourniture de services dans les domaines de l'hôtellerie, de restauration et du tourisme, il n'en demeure pas moins qu'elle est une entreprise publique créée par décret n° 09-084 du 28 octobre 1991 et comme tel figurant dans l'énumération des sociétés contre lesquelles s'applique la compensation ; que contrairement aux allégations de la société intimée, il n'y a pas de doute à l'égard de la société d'Etat l'Hôtel Sarakawa sur sa qualité de bénéficiaire de l'immunité d'exécution ; qu'il résulte de toutes ses constatations que c'est en violation de l'article 30 de l'Acte uniforme susvisé que l'ordonnance querellée n° 1841/18 du 06 juillet 2018 a été prise", alors d'une part, qu'il est démontré que le défendeur est manifestement en état de société de fait et, d'autre part, que les actes générateurs de la créance poursuivie ne résultent pas de contrats publics, mais de conventions privées souscrites aux seules fins du commerce, la cour d'appel a commis le grief articulé au moyen unique ; qu'il y a donc lieu de casser l'arrêt entrepris et d'évoquer l'affaire sur le fond conformément à l'article 14 alinéa 5 du Traité de l'OHADA ;

Sur l'évocation

Sur la capacité de l'Hôtel Sarakawa à ester en justice

Attendu que pour les mêmes motifs que ceux retenus au fondement de la cassation de l'arrêt attaqué, l'Hôtel Sarakawa, contre lequel le statut de société de fait a été retenu, peut ester en justice par l'entremise de ceux ayant traité en son nom avec les tiers ; qu'il échet par conséquent d'infirmier encore l'ordonnance entreprise qui a, sur ce point précis, décidé le contraire ;

PAR CES MOTIFS

Statuant publiquement, après en avoir délibéré,
Casse et annule l'arrêt attaqué ;
Evoquant et statuant sur le fond ;
Infirme l'ordonnance entreprise en toutes ses dispositions ;
Statuant à nouveau :
Dit que l'Hôtel Sarakawa peut ester en justice comme société de fait ;
Déclare son action recevable en la forme;
L'y dit bien fondé ;
Donne mainlevée des saisies pratiquées contre lui le 9 juillet 2018 en vertu
de l'ordonnance n° 1841/2018 du 6 juillet 2018 ;
Déboute les parties du surplus de leurs demandes ;
Met les dépens à leur charge, à raison de moitié chacune ;
Ainsi jugé et prononcé les jour et an que dessus et ont signé :

Le Président

Le Greffier

LES EXIGENCES STATUTAIRES POUR LES ORGANISMES DE REGULATION AU CAMEROUN

Jean Marie Noël NDZINA NOAH

- Docteur/Ph. D en droit public - Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques

Université de Yaoundé II-Cameroun

Résumé

Au sein d'un Etat, toute construction institutionnelle est irriguée par un certain nombre d'exigences théoriques. Il peut cependant arriver que le jurislatureur, dans le processus de création des institutions, en fasse une réception dévoyée susceptible d'en biaiser l'efficacité. La construction des organismes de régulation au Cameroun fournit une illustration à cette affirmation. En effet, non seulement le jurislatureur s'approprie imparfaitement les exigences matérielles, ainsi qu'en attestent la faiblesse de l'indépendance de ces organismes et les déficiences observées dans leur articulation normative, mais également il s'accommode inadéquatement aux exigences formelles dans ce sens que le choix des formes institutionnelles qu'il opère ne correspond pas aux exigences de l'activité de régulation.

L'institution, en tant que fruit de rationalité⁴⁶⁴, est, et doit être créée⁴⁶⁵ dans la société dans le but de répondre à une préoccupation sociale précise. Dès lors, le droit qui sous-tend chaque institution devrait être adéquatement posé de sorte à permettre à celle-ci de remplir optimalement sa mission. Ce qui insinue que la création d'une institution est subordonnée à un choix adéquat des règles statutaires devant la régir, mieux à un certain nombre d'exigences particulières. Seulement, il peut être observé que derrière une qualification retenue de l'institution, se dissimule un droit statutaire inadéquat ou même un mauvais choix de l'institution par le jurislatureur, que les seules spécificités ne sauraient justifier ou expliquer. C'est cette impression qui semble résulter de l'auscultation des textes camerounais régissant les organismes de régulation.

Fonction concurrente voire séparée de celles de réglementation⁴⁶⁶ et d'exploitation⁴⁶⁷, dans un contexte marqué par la libéralisation⁴⁶⁸, la privatisation⁴⁶⁹ et l'ouverture à la concurrence⁴⁷⁰, la régulation se voit assigner des finalités stabilisatrice de l'équilibre et réparatrice du déséquilibre⁴⁷¹ dans un

⁴⁶⁴ F. P. BENOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de la Philosophie du droit de Hegel », in G. PEISER (Mél. à), Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 38.

⁴⁶⁵ Le professeur Jean Marie DENQUIN affirme à cet effet que « ...les institutions ne sont pas le produit d'une génération spontanée. Elles doivent être créées, ou du moins théorisées, c'est-à-dire pensées, construites et incarnées par des individus concrets... », J. M. DENQUIN, « Constitution politique et fait majoritaire », in *Jus politicum*, n°24, mai 2020, p. 172.

⁴⁶⁶ Il convient de souligner ici que le terme "régulation" tel qu'il est employé en Grande-Bretagne correspond à celui de "réglementation". V. M-A. FRISON-ROCHE, « Ambition et efficacité de la régulation », in *RDBF*, nov.-déc. 2010, p. 59. Dans les secteurs libéralisés de l'économie du Cameroun, les lois disposent invariablement « *législation et la réglementation...relève du domaine exclusif de l'Etat* ».

⁴⁶⁷ Ou d'opérateur ou opérationnelle.

⁴⁶⁸ Les auteurs sont unanimes sur le fait que la régulation est due à la libéralisation. V. E. BROUSSEAU, « La régulation et ses modèles », *Economie & Management*, n° 159, avril 2016, p. 13 ; A. BEAUX, « La régulation du marché postal en France », in *Jurisdoctoria*, n°9, 2013, p. 57 ; V. DELVAL, *Recherche sur un modèle d'autorité de régulation dans l'Union européenne dans les secteurs économiques et financiers*, Thèse de Doctorat en Droit, Université du Droit et de la Santé-Lille II, 2016, p. 13-14.

⁴⁶⁹ M-A FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », in *Recueil Dalloz*, n°2, 2004, p. 126. Pour cette auteure, « *le droit de la régulation se met en place, en grande partie sur les cendres de l'organisation économique construite autour des monopoles d'Etat...* ».

⁴⁷⁰ La « *concurrence dit-on, est la mère des régulations économiques* », OIRE (Observatoire international des régulations économiques), *La régulation de la concurrence à travers le monde : bonnes pratiques et enseignements*, Conclusions préliminaires, 7 juillet 2015, p. 7.

⁴⁷¹ Pour Gérard TIMSIT, la régulation est analysée comme « *un moyen de pallier les défaillances du marché...* », G. TIMSIT, « La régulation. La notion et le phénomène », in *RFAP*, n°109, vol. 1, 2004, p. 8. E. BROUSSEAU, « La régulation et ses modèles », *op. cit.*, p. 14, « *la régulation s'est voulue la réponse aux excès du marché...* ». Sophie NICINSKI relève deux objectifs principaux

secteur précis du champ socioéconomique⁴⁷². Selon les diverses formes sous lesquelles l'on peut l'identifier, la régulation peut être assurée de diverses manières. L'une des hypothèses envisagées est celle de l'autorégulation⁴⁷³ ou « *régulation par le marché seul* »⁴⁷⁴, dans laquelle les « *secteurs produisent par leurs seules forces les équilibres* »⁴⁷⁵. Elle correspond à une sorte d'« *autodiscipline* » des intervenants du secteur⁴⁷⁶. Le marché constitue dans cette hypothèse, « *a machine that goes by itself* »⁴⁷⁷ c'est-à-dire une machine qui fonctionne d'elle-même. Une autre hypothèse est celle de la *régulation institutionnelle*, qui s'incarne dans une diversité de situations institutionnelles⁴⁷⁸. En théorie et en général, la régulation peut-être assurée par l'Etat, suivant la célèbre théorie de l'Etat régulateur⁴⁷⁹. Seulement, il convient de relever que ce

assignés à la régulation : en premier lieu, « *l'impératif de contrôle du respect de la liberté de la concurrence...* » et en second lieu, « *l'objectif de rétablir l'équilibre des pouvoirs ou de rééquilibrer les forces en présence...* », S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Paris, LGDJ, 4^e édition, 2004, p. 36.

⁴⁷² Il convient toutefois de noter que le terme régulation, quoique prioritairement envisagé dans le secteur socioéconomique, ne constitue pas exclusivité de ces secteurs. Il peut être appliqué même dans le secteur des libertés publiques et de la politique. M. BACACHE-BEAUVALLET, A. PERROT, « Régulations économiques : quels secteurs réguler et comment ? », in *Notes du Conseil d'analyse économique (NCAE)*, n°44, vol. 8, 2017, p. 4.

⁴⁷³ Lire M-A FRISON-ROCHE, « Ambition et efficacité de la régulation économique », *Revue de Droit Bancaire et Financier (RDBF)*, nov.-déc., 2010, p. 61 et suiv. ; De la même auteure, « Autorégulation », *Les 100 mots de la régulation*, Paris, Puf, Coll. « Que sais-je ? », 2011: « *L'autorégulation désigne un système apte à définir son équilibre par ses seules forces, ou s'il y a un dysfonctionnement en son sein, à le rétablir par ses seules forces* ».

⁴⁷⁴ A. BEAUX, « La régulation du marché postal en France », *op. cit.*, p. 58.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 61.

⁴⁷⁶ J. P. TEYSSIER, « L'autodiscipline de la publicité : une expérience reconnue d'autorégulation en France et en Europe », in M-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Responsabilités et régulations économiques*, Paris, Presses de Sciences po, Dalloz, 2007.

⁴⁷⁷ Pour reprendre les termes de la réponse donnée par un des constituants, au sortir de la convention de Philadelphie sur la question de savoir « *qu'est-ce que vous avez fait ?* ». V. MAUS (D) et al., « Ecrire une constitution », *RFDC*, vol. 3, n°79, 2009, p. 562, cité par P. E. ABANE ENGOLO, « L'empêchement définitif du président de la République », in *RADP*, n° 01, Vol. 1, Juin-Déc. 2012, p.186.

⁴⁷⁸ Il peut s'agir de l'administration centralisée ou des organismes spécifiques dont le statut varie selon les Etats (ils peuvent avoir le statut d'autorité administrative indépendante, d'autorité publique indépendante, d'établissement public, ...). Exemple : au Cameroun, la régulation est assurée soit par l'Etat, soit par des organismes spécifiques aux statuts variés : établissements publics administratifs, administration publique indépendante...etc E. F. MEDJO MEDJO, *Les statuts des administrations en charge de la régulation en droit camerounais*, Mémoire de Master en droit public, Université de Yaoundé II, 2016-2017, 157p.

⁴⁷⁹ Lire sur ce point, J. CHEVALLIER, « L'Etat régulateur », in *Revue Française d'Administration Publique (RFAP)*, n°111, Vol. 3, 2004, pp : 473-482 ; E. BURKARD, « L'Etat régulateur en Europe », in *RFSP*, n°2, 49^e année, 1999, p. 205-230 ; S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Paris, LGDJ, coll. « *Domat droit public* », 2014, p. 34-40. Développé à la suite des théories de l'Etat-gendarme et de l'Etat interventionniste, l'Etat régulateur prend des significations variées. Dans un contexte

mode de régulation (étatique) est décrit, redouté et rejeté tant par les opérateurs que par la doctrine⁴⁸⁰. En effet, il est déjà soutenu qu'une fois la décision est prise de créer un régime libéralisé, concurrentiel et privatisé, il devient nécessaire⁴⁸¹ de mettre en place un "arbitre impartial" pour en assurer la police⁴⁸² : une « *police économique* »⁴⁸³ dont les activités tirent leur fondement⁴⁸⁴ la sauvegarde de l'ordre public économique⁴⁸⁵ dans le secteur. Bien plus, confronté à la crise de confiance des opérateurs⁴⁸⁶, doutant de l'impartialité⁴⁸⁷ d'un Etat cumulant les

économique marqué par la libéralisation, l'Etat régulateur s'entend d'un Etat dont le rôle est « *d'assurer les grands équilibres économiques* ». La conception de l'Etat comme régulateur du jeu économique dans un contexte néolibéral implique une double rupture avec la logique de l'Etat-providence : il s'agit d'un Etat arbitre du jeu économique et donc qui n'est pas un Etat producteur de biens économiques, un Etat qui n'est pas dirigiste. C'est un Etat qui reste présent dans l'économie mais de manière différente : son rôle consiste à superviser le jeu économique mais de manière différente en établissant certaines règles et en intervenant de manière permanente pour amortir les tensions, régler les conflits, assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble ; par son rôle régulateur, l'Etat ne se pose plus en acteur mais en arbitre du jeu économique...La mise en œuvre de cette fonction suppose la réunion de plusieurs conditions : une position d'extériorité par rapport au jeu économique ; une capacité d'arbitrage entre les intérêts en présence. J. CHEVALLIER, « L'Etat régulateur », *op. cit.*, p. 477-478. Pour Sophie NICINSKI, l'Etat régulateur est un Etat appelé à « *préserver, garantir, stabiliser le libre jeu du marché plus qu'à en diriger l'évolution* », *op. cit.*, p. 36.

⁴⁸⁰ Il faut tout de même noter que l'Etat demeure Régulateur, le Régulateur principal, en tant qu'*autorité organisatrice*. Il assure une Régulation avec "grand R" qui consiste au « *cadre législatif et réglementaire gouvernant le secteur (directives, lois, décrets...)* mais engloberait l'activité de l'autorité de régulation sectorielle », et qui se distingue de la régulation avec "petit r" qui renvoie à « *l'activité de l'autorité de régulation sectorielle* ». Lire A. BEAUX, « La régulation du marché postal en France », *op. cit.*, p. 60.

⁴⁸¹ M-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », in *Le Dalloz*, n°7, 2001, p. 614 et suiv.

⁴⁸² P. DELVOLLE, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », in J-M. AUBY, (Etudes offertes à), Paris, Dalloz, 1992, p. 57 ; Issalys (P), « La régulation par un organisme administratif autonome comme modèle de contrôle et de participation », in *Les Cahiers de Droit*, vol. 24, n° 4, décembre 1983, p. 853. Cette auteur esquisse même le contenu de la police économique, quoique sous l'angle classique.

⁴⁸³ Selon G. DUPUIS, M-J. GUEDON, P. CHRETIEN, *Droit administratif*, Paris, Armand Collin, 10^e éd., 2007, p. 505 et 524.

⁴⁸⁴ D'après le professeur Robert MBALLA OWONA, « *l'ordre public est le fondement des activités de police* », « Le maintien de l'ordre public dans le golfe de Guinée à l'épreuve de la piraterie et d'autres brigandages en mer », in *RDP*, n°6, 2019, p. 1597.

⁴⁸⁵ T. PEZ, « L'ordre public économique », in *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 49, 2015, p. 43-57. Pour l'auteur, d'ailleurs, « *l'ordre public économique est au cœur de la régulation...la préservation et le rétablissement de l'ordre public économique constitue l'objet même de la régulation* ». L'« *ordre public économique fait le lien entre la notion de police appliquée à l'économie et la notion juridique de régulation ou agence de régulation* », p. 43.

⁴⁸⁶ J. URIBE MAZA, « Les principes d'organisation des autorités de régulation indépendantes pour les télécommunications », in Groupe d'Economie Mondiale, Policy, oct. 2001, p. 8 : « *les opérateurs n'ont plus confiance dans l'impartialité du gouvernement alors même qu'ils sont demandeurs d'une régulation impérative forte* ».

⁴⁸⁷ Alexandre PIRAUX relève alors que l'apparition des agences de régulation « *témoigne essentiellement de la méfiance vis-à-vis de l'impartialité du pouvoir exécutif* », A. PIRAUX, « Les outils publics de la régulation », in *Barricade*, 2015, p. 6. Il pèse sur l'Etat une « *présomption de partialité* », H. DELZANGLES, « L'indépendance des autorités administratives indépendantes

qualités d'opérateur et de régulateur⁴⁸⁸, l'Etat n'eut d'autre choix que de recourir à l'autorité de régulation indépendante⁴⁸⁹. La régulation indépendante⁴⁹⁰ qui en résultait, supposée ou présumée "impartiale"⁴⁹¹, consiste en la création d'organismes plus ou moins indépendants chargés d'assurer la fonction de régulation⁴⁹². En fonction du nombre de secteurs qu'il a en charge, l'organisme de régulation peut être dit « *sectoriel* »⁴⁹³, « *multisectoriel* » ou « *transversal* »⁴⁹⁴.

chargées de réguler les marchés de services publics : élément de droit comparé et européen », in *Droit et Société*, Vol. 2, n°93, 2016, p. 306.

⁴⁸⁸ T. ESCACH-DUBOURG, *Les Autorités administratives indépendantes, un nouveau pouvoir ? Réflexions sur l'Autorité de la concurrence, sa puissance, son indépendance et sa doctrine*. Mémoire de Master, Droit des libertés, Université Toulouse 1 Capitole, 2016/2017 : « les services ministériels étant des intervenants du marché, si le pouvoir de régulation leur était rendu, le cumul de qualités d'opérateur et de régulateur constituerait une situation contraire aux principes généraux du droit de la concurrence ». L'Etat possède des entreprises dans certains secteurs (V. la loi n°2017/011 du 12 juillet 2017 portant statut sur les entreprises publiques portant statut général des entreprises publiques) De même, il demeure actionnaire dans ses anciens monopoles qu'il a privatisés et où il garde une grande influence.

⁴⁸⁹ V. DELVAL, *Recherche sur un modèle d'autorité de régulation*, *op. cit.*, p. 388.

⁴⁹⁰ P. ISSALYS, « La régulation par un organisme administratif autonome comme modèle de contrôle et de participation », *op. cit.*; A. VAUCHEZ (dir.), *Un champ de la régulation publique indépendante ? Acteurs, registres de justification et formes d'autorité politique des agences de régulation en France*, Rapport final de recherche, septembre 2019, p. 4.

⁴⁹¹ Il faut noter que nonobstant l'étroitesse du lien entre l'impartialité et l'indépendance, ces deux réalités sont dissociables. En effet, si l'indépendance est un statut, l'impartialité est une qualité. L'on peut donc être impartial sans être indépendant et réciproquement l'on peut être indépendant et refuser d'être impartial. V. DELVAL, *Recherche sur un modèle d'autorité de régulation...*, *op. cit.*, p. 379.

⁴⁹² C'est ce qu'on appelle encore "autorité de régulation", entendue comme « un organisme indépendant en charge de l'équilibre d'un secteur particulier », M-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *op. cit.*, p. 615.

⁴⁹³ Cette forme réfère à la situation de spécialisation du régulateur dans un secteur précis Cette forme du Régulateur est soutenue en doctrine au motif que pour accomplir efficacement sa fonction, il importe que le régulateur ait une connaissance fine du secteur qu'il régule ; or pour cela, il nécessaire de créer des régulateurs sectoriels spécialisés. V. M. BACACHE-BEAUVALLET, « Régulations économiques :... », *op. cit.*, p. 5.

⁴⁹⁴ Cette hypothèse correspond à la situation où un même régulateur est en charge de plusieurs secteurs de l'économie. M. BACACHE-BEAUVALLET, « Régulations économiques : quels secteurs réguler et comment ? », *op. cit.*, p. 4. Exemple de l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et de la Poste) en France qui est une autorité de « *régulation bi-sectorielle* » c'est-à-dire en charge du secteur des communications électroniques et du secteur des postes. Il en est de même de l'ARCEP au Tchad (loi n°013/PR/2014 portant régulation des Télécommunications et des activités postales) et au Niger (loi n°2018/047 du 12 juillet 2018 portant création, organisation et fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Communications électroniques (ARCEP). Auparavant, dans ce dernier pays, la loi de n°99/044 modifiée par l'ordonnance n°2010/83 du 16 décembre 2010 créait une « *Autorité de Régulation multisectorielle* ».

Il y a également lieu de signaler la possibilité d'une coexistence de plusieurs organismes en charge de la régulation dans le même secteur⁴⁹⁵.

Les organismes de régulation, encore appelés autorités de régulations, marquent l'avènement d'une nouvelle catégorie d'institutions administratives. En tant que telles, leurs règles statutaires doivent être édictées en prenant en compte certaines exigences inhérentes à la nature des activités régulées. Il s'agit d'organismes chargés de maintenir ou de rétablir, lorsqu'il est rompu, l'équilibre dans un secteur du champ socioéconomique. Quant à la notion d'exigences statutaires, elle commande de réaliser une combinaison des contenus respectifs du substantif « exigence » et de l'adjectif *statutaire*. S'agissant de la notion d'exigence, au-delà de la diversité des sens dont elle fait l'objet, elle renvoie, dans un premier sens à « *ce qu'une personne exige, réclame à une autre* »⁴⁹⁶ et dans un autre sens, elle s'entend comme « *ce qui est commandé par quelque chose* »⁴⁹⁷. Elle constitue ce qui doit être accompli pour parvenir à un résultat. Le terme y a pour synonymes la contrainte, l'impératif, l'obligation.

S'agissant de l'épithète statutaire, sa préhension peut être faite à partir de son radical « *statut* ». Ainsi, d'après le *Lexique des termes juridiques*, cet adjectif, polysémique, s'appréhende soit comme un « *ensemble de droits et d'obligations (...)* »⁴⁹⁸, soit comme un ensemble de « *garanties et prérogatives(...)* »⁴⁹⁹. Par ailleurs, le *Vocabulaire juridique* y rattache « *soit un ensemble de règles établies par la loi...soit la condition juridique qui en résulte pour une personne, une catégorie de personne ou une institution* »⁵⁰⁰. De là, il vient qu'est statutaire, ce qui est relatif soit à un texte portant l'ensemble des règles définissant les droits et obligations, les garanties et prérogatives, voire la condition juridique qui en résulte pour une personne, une catégorie de personnes, ou une institution, soit alors tout simplement à ces règles.

⁴⁹⁵ L'exemple au Cameroun de l'Agence Régulation des Télécommunications (ART) et de l'Agence Nationale de régulation des Nouvelles Techniques de l'Information et de la Communication (ANTIC).

⁴⁹⁶ *Larousse 2009*, p. 539.

⁴⁹⁷ *Id.*

⁴⁹⁸ S. GUINCHARD, T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques (2017-2018)*, Paris, Dalloz, 2017, p. 2190.

⁴⁹⁹ *Idem.*

⁵⁰⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, Puf, 10^e, 2014, p. 988.

Au demeurant, les exigences statutaires désignent donc en l'espèce, l'ensemble des contraintes auxquelles doivent se conformer les autorités émettrices des règles juridiques fixant des garanties pour les organismes de régulation, ceci dans le but de rendre leur action régulatrice efficace, du reste dans l'optique d'offrir une « *bonne régulation* »⁵⁰¹. D'où viennent donc ces exigences pour s'imposer aux autorités nationales d'un Etat souverain ? D'emblée, il convient de rappeler que ces exigences ne résultent pas toujours des règles juridiques. Elles peuvent en être issues mais pas forcément. Toutefois, elles sont toujours issues d'une réalité considérée comme supérieure, comme modèle. En Europe, par exemple, certaines de ces exigences sont issues du droit communautaire⁵⁰². Elles peuvent par ailleurs être issues de la doctrine, du bon sens juridique, d'une certaine conscience juridique, des circonstances, des valeurs et principes, d'une idéologie (libérale par exemple), des « *bonnes pratiques* »⁵⁰³ repérables à travers les expériences étrangères en la matière. Somme toute, lesdites exigences fournissent ses fondements matériels au droit statutaire des organismes de régulation. Elles incarnent une sorte d'orthodoxie en matière de régulation. Elles constituent des normes de référence en la matière. Elles transcendent le cadre de l'ordre juridique étatique et projette un droit statutaire idéal. C'est donc à la source de ces exigences que vont s'abreuver les Etats pour bâtir le droit statutaire de leurs organismes de régulation.

Ceci étant, il convient de relever que l'économie mondiale et la grande majorité des économies de notre planète sont actuellement dominées par le libéralisme, l'ouverture à la concurrence et la privatisation. Un tel contexte nécessite, sans conteste la création d'organismes de régulation. Au regard des droits internes des Etats, les organismes sont créés à l'effet d'assurer la régulation de l'économie⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Observatoire International des Régulations Economiques (OIRE), *La régulation de la concurrence à travers le monde : bonnes pratiques et enseignements, Conclusions préliminaires*, conclusions préliminaires, Rapport final, juillet 2016, p. 7 et 80.

⁵⁰² A. DELVAL, *Recherche sur un modèle d'autorité de régulation dans l'union européenne dans les secteurs économiques et financiers*, op. cit., p. 388.

⁵⁰³ *Id.*

⁵⁰⁴ J. M. PONTIER, *Les Autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, Rapport, in www.senat.fr

Pour ce qui est des Etats d'Afrique noire francophone, leurs économies étaient marquées, au lendemain de leurs indépendances, par l'omniprésence de l'«*Etat opérateur*»⁵⁰⁵, c'est-à-dire «*producteur de biens et de services*»⁵⁰⁶. Ils en furent vivement interpellés, subséquemment à la crise des années 80, par les apôtres du libéralisme. Alors contraints à la conversion, ceux-ci devaient s'accommoder aux exigences de ce nouveau paradigme parmi lesquelles se compte la mise en place d'organismes de régulation. Le Cameroun, au sortir des politiques d'Ajustement structurel, va adopter le libéralisme comme doctrine officielle en matière économique⁵⁰⁷. Conformément donc aux exigences imposées par ce nouveau contexte, le pays va faire droit à l'impératif d'une fonction de régulation. C'est alors que le législateur va instituer de nombreux organismes de régulation dans divers secteurs notamment de l'électricité⁵⁰⁸, des communications électroniques⁵⁰⁹, de l'Aviation civile⁵¹⁰, de la Poste⁵¹¹, de la Communication

⁵⁰⁵ B. CONTAMIN, Y-A FAURE, « Des économies et des Etats en Afrique francophone : pour comprendre l'interventionnisme », in *Cah. Sci. Hum.*, n°2, Vol. 28, 1992, p. 305.

⁵⁰⁶ A. NGUELIETOU, « L'évolution de l'action publique au Cameroun : l'émergence de l'Etat régulateur », in *Polis/RCSP/CPSR*, vol. 15, numéros 1&2, 2008, p. 2.

⁵⁰⁷ R-G. NLEP, *L'administration publique camerounaise. Contribution à l'étude des systèmes africains d'administration publique*, Paris, LGDJ, 1987, p. 42.

⁵⁰⁸ L'Agence de Régulation du Secteur de l'électricité (ARSEL) instituée par la loi n°98/022 du 24 décembre 1998 régissant le secteur de l'électricité au Cameroun.

⁵⁰⁹ L'Agence de Régulation des Télécommunications (ART) instituée par l'article 36 (1) de la loi n°2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun, et chargée, d'après l'alinéa 2, d'assurer « pour le compte de l'Etat, la régulation, le contrôle et le suivi des activités des opérateurs et exploitants du secteur des Télécommunications et des Technologies de l'information et de la communication ». Concurrément, dans le même secteur, et plus précisément dans le sous-secteur des Technologies de l'Information et de la Communication, l'« Agence Nationale des Technologies de l'information et de la communication (ANTIC) va être instituée par l'article 96 de la même loi et dont la mission est précisée à l'article 7 de la loi n°2010/012 du 21 décembre 2010 relative à la cybersécurité et à la cybercriminalité au Cameroun.

⁵¹⁰ L'Autorité aéronautique instituée par la loi n°2013-010 du 24 juillet 2013 portant régime de l'aviation civile au Cameroun.

⁵¹¹ L'article 20 de la loi n°2006/019 du 29 décembre 2006 régissant l'activité postale au Cameroun institue l'Agence de Régulation Postale (ARP) « chargée d'assurer la régulation...du secteur postal ».

Audiovisuelle⁵¹², Portuaire⁵¹³, de l'Audio-visuelle⁵¹⁴, des marchés publics⁵¹⁵. Dans leur effectivité, ces organismes se caractérisent par de saisissantes disparités⁵¹⁶ : d'abord, ils apparaissent sous des appellations diverses notamment de Conseil⁵¹⁷, d'Agence⁵¹⁸, d'Autorité⁵¹⁹ ou de Commission⁵²⁰ et derrière cette diversité de dénomination, se cache des disparités juridiques essentielles⁵²¹. Néanmoins, les organismes de régulation camerounais ont vocation à constituer une catégorie juridique spécifique⁵²². De ce fait, ils doivent se conformer à certaines exigences qui conditionnent l'efficacité de leur action régulatrice. Dès lors, vient la préoccupation de la manière dont le Cameroun s'approprie ces exigences question d'en vérifier la prédisposition à assurer l'accomplissement optimal de leur fonction. D'après l'OIRE, il existerait des « *impératifs de la mise en place de régulateurs véritablement indépendants* »⁵²³ auxquelles tout organisme qui s'en revendique devrait répondre afin d'assurer

⁵¹² Le Conseil National de la Communication correspond à l'organe en charge de la régulation de l'audiovisuel prévue par la loi n°2015/007 du 20 avril 2015 régissant l'activité audiovisuelle au Cameroun. Ceci dans la mesure où l'article 2 (1) du décret n°2012/038 du 23 janvier 2012 portant réorganisation du Conseil national de la communication, « *le Conseil est un organe de régulation et de consultation* ».

⁵¹³ L'Autorité portuaire Nationale (APN) instituée par la loi n°98/21 du 24 avril 1998 régissant le secteur portuaire au Cameroun.

⁵¹⁴ Loi n°2015/007 du 20 avril 2015 régissant l'activité audiovisuelle au Cameroun

⁵¹⁵ L'Agence de Régulation des Marchés publics (ARMP) qui correspond à l'organisme institué désormais par l'article 48 du décret n°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics.

⁵¹⁶ Il résulte d'un regard comparatif que cette diversité n'est pas une spécificité camerounaise.

⁵¹⁷ Exemple le Conseil National de la Communication (CNC).

⁵¹⁸ Agence de Régulation des Marchés publics (ARMP), Agence de Régulation des Télécommunications (ART), Agence de Régulation Postal (ARP), Agence de Régulation du Secteur de l'Electricité (ARSEL).

⁵¹⁹ Autorité Aérienne Civile, de sa dénomination officielle, « *Cameroon Civil Aviation Authority* » (CCAA). D'après l'article 16 (1) de la loi n° 2013/010 du 24 juillet 2013 portant régime de l'aviation civile au Cameroun il est créé une autorité aérienne, organisme public de type particulier, chargé de l'aviation civile, doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière; Portuaire Nationale (APN).

⁵²⁰ Plusieurs commissions camerounaises ont des allures d'organismes et devraient d'ailleurs être transformées en organismes de ce type. Il en est ainsi de la Commission Nationale Anti-corruption (CONAC) ; Commission nationale pour la promotion du bilinguisme ; de la Commission nationale des droits de l'Homme et des Libertés publiques ; de la Commission nationale des frontières au Cameroun.

⁵²¹ Par anticipation, et de façon sommaire, l'on peut noter que certaines ont la personnalité juridique, d'autres pas ; certains ont la forme d'établissement public, pour d'autres aucune précision n'est faite ; d'autres encore ont le statut d'administration centralisée.

⁵²² M-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *op. cit.*, p. 615.

⁵²³ L'OIRE, *La régulation...*, *op. cit.*, p. 22.

une régulation crédible⁵²⁴ c'est-à-dire, celle-là qui répondrait efficacement aux besoins du secteur, légitime devient alors l'interrogation de savoir comment le jurislature camerounais s'approprie-t-il les exigences statutaires des organismes de régulation ? Pareille préoccupation ne saurait manquer d'intérêt tant elle offre l'opportunité de jauger la réception du libéralisme et de tenter quelque appréciation critique du système de régulation du Cameroun dont une doctrine de plus en plus nombreuse ne cesse d'en révéler les curiosités, les imperfections et les ambiguïtés. Elle permettra de se faire une idée sur la place réservée aux organismes de régulation au Cameroun et de leur capacité d'action dans leurs champs d'intervention respectifs. La réalisation de cet objectif peut s'effectuer au travers d'une méthode essentiellement orientée vers l'exégétique imprégnée du comparatisme juridique. Cette méthode a conduit à l'hypothèse d'une appropriation perfectible des exigences statutaires pour les organismes de régulation. En effet, il en résulte que le jurislature s'approprie imparfaitement les exigences matérielles (I) de même qu'il s'accommode inadéquatement aux exigences formelles (II).

I. L'appropriation imparfaite des exigences matérielles

De manière générale, les exigences matérielles font référence à l'ensemble de garanties à accorder aux organismes de régulation par le jurislature. Elles s'attachent à l'indépendance desdits organismes, à leur traitement normatif et à leurs pouvoirs. En l'espèce, la réception par le Cameroun de ces exigences se trouve quelque peu en marge de la perfection ou de la satisfaction. En effet, à parler même d'"indépendance", celle-ci s'avère faible (A) de même l'aménagement normatif de ces organismes demeure perfectible (B).

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 7.

A. Une “indépendance” faible

L'indépendance est essentielle pour les organismes de régulation⁵²⁵. Elle doit être garantie non seulement vis-à-vis de l'Etat⁵²⁶ mais aussi à l'égard des opérateurs du secteur régulé⁵²⁷, dans la perspective de prévenir le risque de “capture” du régulateurs par les acteurs du secteur. Pour l'assurer, plusieurs mécanismes sont envisageables, qu'on peut distinguer selon qu'ils s'attachent à la dimension organique ou à la dimension fonctionnelle de l'organisme. Il est déjà nécessaire que cette indépendance soit affirmée clairement⁵²⁸ afin d'éviter toute équivoque avec la notion d'autonomie. Il faut signaler d'emblée que l'exigence d'indépendance est difficilement, voire jamais satisfaite à la perfection⁵²⁹. Néanmoins, l'on devrait parvenir à un niveau d'indépendance acceptable⁵³⁰.

Au Cameroun, malgré l'absence généralisée de sa déclaration dans les textes⁵³¹, la doctrine reconnaît l'indépendance des organismes de régulation⁵³². Toutefois,

⁵²⁵ M. BACACHE-BEAUVALLET, A. PERROT, « Régulations économiques... », *op. cit.*, p. 6 ; J. T. HOND, « Des transformations de l'Etat au Cameroun », *op. cit.*, p. 216 ; d'après V. DELVAL, « l'indépendance serait « l'ADN » de l'autorité de régulation », in *Recherche sur un modèle ...*, *op. cit.*, p. 379 ; « la régulation serait indépendante ou ne serait pas », T. TUOT, « Perspectives d'évolution », in M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Paris, Dalloz, 2006.

⁵²⁶ Entendu comme le Gouvernement (pouvoir politique), et de façon générique, l'instance qui élabore les lois et règlements (pouvoir exécutif et législatif) ; v. G. ECKERT, « L'indépendance des autorités de régulation économique à l'égard du pouvoir politique », in *RFAP*, n°143, Vol. 3, p. 629-643.

⁵²⁷ M. BACACHE-BEAUVALLET, A. PERROT, *op. cit.*, p. 7. D. De ROY, « Le pouvoir réglementaire des autorités administratives indépendantes en droit belge », *Belgium.doc*, 31 mai 2006, p. 8.

⁵²⁸ Il est vrai que cette affirmation ne conditionne pas l'efficacité de l'Autorité de régulation mais elle révèle la bonne intention du jurislature et ouvre la voie à la revendication de certains de ses attributs qui manqueraient dans son aménagement.

⁵²⁹ D'après l'OIRE, « même dans les pays où les régulateurs sont considérés comme pleinement indépendants, des anomalies peuvent demeurer... », in *La régulation de la concurrence dans le monde...*, *op. cit.*, p. 20.

⁵³⁰ D'après certains auteurs, « En ce qui concerne l'indépendance, nous évaluons l'indépendance juridique à travers treize critères différents, qui sont : les déclarations d'indépendance statutaires vis-à-vis des acteurs du marché (1) et des acteurs politiques (2), les règles d'incompatibilité claires vis-à-vis des secteurs réglementés (3) et du pouvoir politique (4), une absence de tutelle ministérielle (5), des compétences exclusives et assez détaillées (6), l'absence de tout pouvoir ministériel d'"instruction (7) ou d'"homologation (8), l'"existence de budgets séparées du budget général de l'Etat (9) et contrôlé par l'agence elle-même (10), le caractère fixe de la durée du mandat des chefs d'organismes et / ou des membres du conseil d'administration (11) avec des limitations touchant à leur renouvellement (12), et aux causes de révocation (13) », C. HANRETTY, P. LAROUCHE, A. REINDL, *Independence, accountability and perceived quality of regulators*, CERRE, 2012, p. 9.

⁵³¹ Seules la CONAC et la CNDHL en bénéficient.

⁵³² Pekassa Ndam (GM), « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du droit administratif camerounais », *op. cit.* v. A. NGUELIETOU, « L'évolution de l'action publique au Cameroun... », *op. cit.*, p. 9.

les garanties qui la sous-tendent ne sont pas toujours effectives dans les textes⁵³³ ce qui insinue une conception minimale de l'indépendance des régulateurs camerounais⁵³⁴. Ces derniers disposent donc d'une « *indépendance minimisée* »⁵³⁵. Car elle s'avère faible dans sa dimension organique (1), et déficitaire (minimale) dans sa dimension fonctionnelle (2).

1. La faible "indépendance" organique

L'indépendance organique du régulateur est appréciable à partir de plusieurs éléments notamment relatifs à son existence juridique, sa composition, le statut de ses membres notamment la durée du mandat, les modalités de leur désignation, le renouvellement du mandat ou non et les incompatibilités⁵³⁶. Mais il faut souligner que le premier signe d'indépendance est sa formulation explicite⁵³⁷ par un texte et l'injonction à la respecter par ses potentiels prédateurs. Au Cameroun, à l'analyse des textes, il apparaît déjà que rare sont des textes dont les dispositions mentionnent de manière explicite le bénéfice de l'indépendance par les organismes de régulation⁵³⁸. Celle-ci n'est que l'aboutissement d'une analyse doctrinale l'ayant constaté⁵³⁹. Ces organismes sont toutefois « *dotés de certaines manifestations d'indépendance* »⁵⁴⁰ ou d'un « *faisceau d'indices* » d'indépendance. En effet, certains bénéficient d'une existence juridique distincte de celle de l'Etat⁵⁴¹ dans ce sens qu'ils sont tous des

⁵³³ J. T. HOND, « Des transformations de l'Etat au Cameroun », *op. cit.*, p. 216.

⁵³⁴ C. TEITGEN-COLLY, « Les instances de régulation et la constitution », *RDJ*, 1990, p. 238.

⁵³⁵ *Ibid.*, p. 233.

⁵³⁶ R. RAMBAUD, *L'institution juridique de régulation recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Thèse pour l'obtention du grade de docteur en Droit public, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 11 octobre 2011, p. 619-620. V. aussi, J. T. HOND, « Des transformations de l'Etat au Cameroun », *op. cit.*, p. 216.

⁵³⁷ V. DELVAL, *Recherche sur un modèle ...*, *op. cit.*, p. 379.

⁵³⁸ Seules la CONAC et la CNDHL en bénéficient.

⁵³⁹ v. A. NGUELIETOU, « L'évolution de l'action publique au Cameroun... », *op. cit.*, p. 9. G. M. PEKASSA NDAM, « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du droit administratif camerounais », *op. cit.*, on peut d'ailleurs déplorer le fait que législateur n'ait pas consacré formellement cette catégorie parmi les catégories d'établissements publics qu'il énumère dans la nouvelle réforme des établissements publics.

⁵⁴⁰ OIRE, *La régulation de la concurrence...*, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁴¹ Il est admis que « *l'indépendance des régulateurs suppose la création d'organisations spécifiques, distinctes de l'administration...* », E. BROUSSEAU, « La régulation et ses modèles », *op. cit.*, p. 14.

personnes morales de droit public⁵⁴². Cette distinction de personnalités est un élément important d'indépendance organique⁵⁴³. S'il est vrai que les régulateurs n'ont pas toujours la personnalité juridique⁵⁴⁴, l'attribution de la personnalité juridique constitue un élément de perfection de l'indépendance de l'organisme de régulation⁵⁴⁵. Du point de vue de la désignation des membres, certes aucun mode de désignation ne peut prétendre à la perfection⁵⁴⁶, il s'avère tout de même que la diversification des autorités de nomination renforce l'indépendance du régulateur⁵⁴⁷. Si suivant l'adage « *vous m'avez nommé, je ne vous connais plus* »⁵⁴⁸, certains arguent que la nomination discrétionnaire ne constitue pas en soi une entrave à l'indépendance, il faut tout de même avouer que sans certaines garanties, l'autorité nommée serait dénuée de toute disposition à refuser son allégeance à l'auteur de sa nomination⁵⁴⁹. Les membres des organismes de régulation camerounais sont tous nommés discrétionnairement par décret du président de la République⁵⁵⁰. Ce qui constitue déjà un facteur d'affaiblissement de

⁵⁴² D'après l'article 2 du décret n° 2012/038 du 23 janvier 2012 portant réorganisation du Conseil National de la Communication, « *Le Conseil ...organe de régulation et de consultation...est doté de la personnalité juridique* » ; l'article 2 (2) du décret n°2019/174 du 9 avril 2019 portant réorganisation de l'Autorité Aérienne du Cameroun dispose que cette instance est « *...dotée de la personnalité juridique* ». D'après l'article 2 du décret n°2012/203 du 20 avril 2012 portant organisation et fonctionnement de l'Agence de régulation des Télécommunications, l'Agence est « *un établissement public administratif doté de la personnalité juridique* ». D'après l'article 1^{er} du Décret du 28 juin 2013 portant organisation et fonctionnement de l'Agence de Régulation du Secteur de l'Electricité (ARSEL), « *L'Agence est un établissement public administratif doté de la personnalité juridique* ».

⁵⁴³ M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », in *AJDA*, 2005, p. 531. Il s'agit de « *l'une des manifestations du choix consistant à doter les institutions de régulation économique d'une indépendance vis-à-vis sinon du politique, du moins du pouvoir exécutif* ».

⁵⁴⁴ En France, les autorités de régulation ayant le statut d'AAI ne disposent pas de la personnalité juridique.

⁵⁴⁵ Q. EPRON, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », in *Ius Publicum, Network Review*, www.ius.com, p. 2.

⁵⁴⁶ A. PIRAUX, « Les outils publics de la régulation », *op. cit.*, p. 12.

⁵⁴⁷ En particulier, ce mécanisme renforce l'autorité d'un membre vis-à-vis de ceux qui ne l'ont pas nommé. R. RAMBAUD, *L'institution juridique...*, *op. cit.*, p. 620.

⁵⁴⁸ Il faut noter que cet adage ne peut fonctionner comme un « *vœu d'ingratitude* » ; bien plus, il ne peut opérer comme « *devoir d'ingratitude* » que sous réserve de (moyennant) certaines conditions (non renouvellement du mandat, durée assez longue du mandat...). V. Rapport P. GELARD, *Les autorités administratives indépendantes*, Tome 2, p. 67.

⁵⁴⁹ F. AKINDES, V. TOPANOU, « Le contrôle parlementaire de l'action gouvernementale en République du Bénin. Une lecture sociologique », Etude pour le compte de l'UNRISD, oct. 2005.

⁵⁵⁰ Art. 7 du décret relatif au Conseil National de la Communication. V. aussi, A. DIARRA, « Les Autorités administratives indépendantes dans les Etats d'Afrique noire. Cas du Mali, du Sénégal et du Bénin », in *Revue Afrilex*, 2000, p. 16.

leur indépendance et de diminution de leur autorité à l'égard du pouvoir exécutif⁵⁵¹. L'offre d'une possibilité de renouvellement de leur mandat⁵⁵², combinée à son raccourcissement et à sa révocabilité⁵⁵³ constituent des mesures aggravantes de la faiblesse de l'indépendance. Il serait donc souhaitable de revisiter le mode de désignation du régulateur⁵⁵⁴ et de parer son mandat de certains paramètres pour une indépendance plus forte⁵⁵⁵ et donc une régulation plus efficace.

S'agissant de la composition, la doctrine s'accorde à valider que la collégialité constitue le mode le plus adéquat pour une régulation qui se veut indépendante⁵⁵⁶ car pareille règle rend difficile la capture de l'autorité de régulation⁵⁵⁷. En l'espèce, si quasiment tous les organismes de régulation du pays satisfont à cette exigence⁵⁵⁸, avec des collèges à géométrie variables d'un

⁵⁵¹ V. utilement, P. E. ABANE ENGOLO, « Réserves sur le recrutement des sénateurs... », in *Solon, Revue Africaine de parlementarisme et de démocratie*, Vol. III, n°17, 2017, à partir de la p. 66, d'après l'auteur cette forme de nomination diminue l'autorité de l'autorité nommée ; le professeur Gérard Martin PEKASSA NDAM émet une réserve pertinente au mécanisme de la nomination discrétionnaire des autorités de régulation en affirmant que « *la désignation des dirigeants relève d'une décision administrative discrétionnaire dont on peut craindre qu'elle n'abonde pas nécessairement dans le sens de la consolidation de l'idéologie libérale recherchée dans le domaine des services publics* », in G. M. PEKASSA NDAM (GM), « La consolidation de l'idéologie libérale », in M. ONDOA et P. E. ABANE ENGOLO (dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 183.

⁵⁵² Art. 9 du décret n°2012/203 du 20 avril 2012 relatif à l'ART ; art. 8 (1) décret n° 2012/038 du 23 janvier 2012 portant réorganisation du Conseil National de la Communication. Arts. 9(1), 17 (2) décret relatif à l'ARSEL ; art. 12 du décret relatif à l'ANTIC. Ce renouvellement peut être tacite, V. 28 (3) décret sur l'ANTIC.

⁵⁵³ Art. 9(2) Décret portant organisation de l'ARSEL ; Art. 13 du décret n°2019/150 du 22 mars 2019 portant organisation et fonctionnement de l'ANTIC

⁵⁵⁴ Décritant le système de nomination discrétionnaire, Hubert DELZANGLES proposent trois méthodes alternatives plus susceptibles de promouvoir l'indépendance du régulateur: 1° Distribuer le pouvoir de nomination entre les différentes autorités de l'Etat ; 2° Confier le pouvoir de nomination au pouvoir exécutif tout en le subordonnant à la consultation des chambres parlementaires ; 3° Diluer le pouvoir de nomination entre les différents organes constitués de l'Etat et la société civile. H. DELZANGLES, *op. cit.*, p. 309

⁵⁵⁵ Sur ce point, une pratique saluée par la doctrine consiste à nommer le président de l'autorité de régulation par « *appel à candidature* » comme cela est le cas au Royaume-Uni, et parfois en France. M. BACACHE-BEAUVALLET, A. PERROT, « Régulations économiques... », *op. cit.*, p. 7.

⁵⁵⁶ L'OIRE, *La régulation...*, *op. cit.*, p. 22. J. T. HOND, « Des transformations de l'Etat au Cameroun », *op. cit.*, p. 216. R. RAMBAUD, *L'institution juridique...*, *op. cit.*, p. 620 ; H. DELZANGLES, « L'indépendance... », *op. cit.*, p. 308.

⁵⁵⁷ R. RAMBAUD, *op. cit.*, p. 620. Hubert DELZANGLES relève alors qu'il « *est beaucoup plus difficile d'influencer un collège entier de membres qu'une seule personne* », H. DELZANGLES, *op. cit.*, p. 308.

⁵⁵⁸ Le CNC comprend est composé de neuf (09) membres (art. 7 alinéa 1) décret du 23 janvier 2012. Le Conseil d'administration de l'ANTIC comprend 11 membres (Article 11 décret sur l'ANTIC). Le Conseil d'administration de l'ART comprend 12 membres (Art. 7 décret sur l'ART).

organisme à l'autre, le problème demeure au niveau de la provenance des membres⁵⁵⁹. De fait, l'administration d'Etat demeure le "bassin de recrutement" des membres des Conseils d'administration des autorités de régulation. Il est dès lors souhaitable de diversifier les sources de recrutement des membres des conseils d'administration. Par exemple, qu'ils peuvent être choisis au sein de l'administration et parmi les acteurs du secteur (les opérateurs, les consommateurs). Pour ce qui est du mandat, à la suite de ce qui déjà été dit supra, il s'avère qu'un mandat non renouvelable, d'une durée suffisamment longue et de surcroît, irrévocable assure plus d'indépendance à l'organisme de régulation⁵⁶⁰.

Pour être indépendant, une autorité de régulation ne doit pas être en conflit d'intérêt⁵⁶¹. A cet égard, un régime des incompatibilités s'impose, qui interdit aux membres d'un organisme de régulation d'une part, d'avoir un mandat électoral, ou de financer une campagne électorale, d'autre part, de bénéficier d'aides, ou de gratifications de la part des entreprises régulées, ni de prendre d'emplois de ces entreprises aussi bien pendant qu'à l'issue de son mandat chez le régulateur⁵⁶². Cette exigence est relativement respectée au Cameroun car à la lecture des textes, si la règle existe pour certains régulateurs⁵⁶³, elle n'est pas

⁵⁵⁹ Tous ces membres proviennent souvent des administrations soumises à l'autorité du gouvernement, et nommés discrétionnairement (c'est-à-dire choisis et nommés) par le président de la République. On peut dire qu'on a affaire à une régulation politique et non régulation technique. Exemple : le Conseil d'administration de l'ART est composée de 12 membres qui en majorité constituent « *le pouvoir exécutif représenté* » : aux termes de l'article 7 du décret sur l'ART, cette Agence comprend au Conseil d'Administration : un représentant de la présidence de la République, un représentant des services du Premier ministre, un représentant du Ministère en charge des télécommunications, un représentant du Ministère chargé de la défense, un représentant du Ministère des Finances, un représentant du Ministère de la justice, une représentant du Ministère de la Communication, un représentant de la Délégation générale à la sureté nationale, un représentant de l'ANTIC, un représentant du personnel de l'ART, un représentant des bénéficiaires.

⁵⁶⁰ OIRE, *La régulation de la concurrence...*, op. cit., p. 22 ; R. RAMBAUD, *L'institution juridique de la régulation...*, op. cit., p. 621.

⁵⁶¹ OPEL, *Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 67.

⁵⁶² M. BACACHE-BEAUVALLET, A. PERROT, « Régulations économiques : ... », op. cit., p. 6.

⁵⁶³ Art. 10(3) du décret relatif à l'ART dispose que « *les fonctions de président et de membre du Conseil d'administration sont incompatibles avec toute détention directe ou indirecte d'intérêt dans une entreprise du secteur des télécommunications et des Technologies de l'information et de la communication ou de toute fonction salariée dans une entreprise ou bénéfice d'une rémunération sous quelque forme que ce soit, d'une telle entreprise* ». L'article 10 (2) du décret organisant l'ART dispose que « *les fonctions de président du Conseil d'administration sont incompatibles avec celles d'autorité de tutelle des télécommunications, des finances ou de leurs représentants* ». Dans le même sens, le décret sur l'ANTIC dispose que « *le président et les*

consacrée pour d'autres⁵⁶⁴. Bien plus, aucune interdiction n'est faite aux membres de prendre d'emplois immédiatement après leur emploi chez le régulateur. Au total, le Cameroun s'approprie insuffisamment l'exigence d'indépendance organique pour les organismes de régulation. La même conclusion semble se dégager de l'analyse de l'indépendance fonctionnelle.

2. La faible "indépendance" fonctionnelle

L'indépendance fonctionnelle des organismes de régulation peut s'apprécier à l'aune des relations qui existent entre ces instances et l'Etat. De façon précise, l'organisme sera réputé fonctionnellement indépendant si et seulement si est souple ou lâche cette relation⁵⁶⁵. Cette souplesse exige que l'Autorité de régulation ne soit soumise ni à la hiérarchie⁵⁶⁶, ni à la tutelle⁵⁶⁷ du Gouvernement ; et dans l'hypothèse où existerait une relation de tutelle, celle-ci doit être d'une faible ampleur à défaut d'être convertie en un simple contrôle de légalité, exercé par les juridictions compétentes⁵⁶⁸.

Au Cameroun, l'indépendance fonctionnelle des organismes de régulation est empreinte de déviations dans ce sens que certains sont soumis à l'indésirable

membres du Conseil d'administration sont soumis aux mesures restrictives et aux incompatibilités prévues par la législation en vigueur ».

⁵⁶⁴ Exemple : le Conseil National de la Communication.

⁵⁶⁵ OIRE, *La régulation...*, *op. cit.*, p. 22.

⁵⁶⁶ J. T. HOND, « Des transformations de l'Etat au Cameroun », *op. cit.*, p. 216 ; v. J-L. AUTIN, *Droit administratif général...*, *op. cit.*, p. 109

⁵⁶⁷ R. RAMBAUD, *L'institution juridique de la régulation...*, *op. cit.*, p.620. J. T. HOND, « Des transformations de l'Etat... », *op. cit.*, p. 216. Des auteurs affirment que « l'indépendance suppose de mettre fin à la tutelle... », M. BACACHE-BEAUVALLET, A. PERROT, « Régulation économique... », *op. cit.*, p. 7. Un régulateur véritablement indépendant ne doit être soumis qu'à un contrôle juridictionnel.

⁵⁶⁸ « Leur action ne peut être contestée que par la voie juridictionnelle », J-L. AUTIN, *Droit administratif général*, *op. cit.*, p. 109.

hiérarchie gouvernementale⁵⁶⁹ et d'autres à une double tutelle technique⁵⁷⁰ et financière⁵⁷¹. En conséquence, une telle disposition des choses n'est pas favorable à l'indépendance du régulateur⁵⁷² car elle ne permet pas à ces organismes d'agir en toute liberté, à l'abri de toute instruction⁵⁷³. Bien plus, les personnes nommées aux conseils d'Administration des organismes de régulation sont à majorité des représentants des administrations gouvernementales et dont le mandat chez le régulateur n'a pas rompu le cordon hiérarchique avec son administration de rattachement initiale ; il n'est pas précisé que ces personnes, le temps que leurs fonctions, ne sont pas soumises au pouvoir hiérarchique de leurs administrations de provenance. De même il n'est pas formulé, à l'endroit des membres de ces organismes, une interdiction a posteriori consistant à ne pas prendre d'emploi chez les opérateurs à l'issue de leur mandat.

Pour ce qui est de l'autonomie, tout aussi essentielle pour l'indépendance, elle revêt un volet administratif et financier. L'autonomie administrative, dans la perspective de l'indépendance fonctionnelle, suppose que le personnel devant

⁵⁶⁹ Cette hiérarchie trouve l'une de ses traductions dans le décret n°2002/2171/PM du 19 décembre 2002 fixant les modalités de régulation et de contrôle des réseaux et des services postaux qui attribue la fonction de régulation du Secteur de la Poste au Ministère des Postes et Télécommunications au grand dam des dispositions pertinentes de la loi du 29 décembre 2006 régissant le l'activité postale au Cameroun qui institue une Agence de Régulation postale (ARP) pour l'exercer. Il s'agit là d'une survivance de l'Etat régulateur. Elle se traduit également par le rattachement des organismes de régulation aux institutions gouvernementales : Le CNC est rattaché aux Services du Premier Ministre. De même, la CONAC est rattachée à la présidence de la République.

⁵⁷⁰ Généralement exercée par le Ministère du secteur du régulateur. Il convient de relever ici que l'utilisation de l'appellation de "tutelle" pour désigner l'action de surveillance de l'Etat sur certaines autorités (décentralisées notamment des CTD et des établissements publics, donc des régulateurs) ne s'accommode pas déjà à la décentralisation *a fortiori* à la fonction de régulation indépendante. A en croire les professeurs Jean-Louis Autin et Catherine Ribot, l'expression n'est pas juridiquement heureuse car transposée du droit civil, elle laisse penser que les CTD, les établissements publics et donc les régulateurs sont des « *majeurs incapables* » de gérer les affaires les concernant sans l'intervention d'un tiers responsable. J-L. AUTIN, C. RIBOT, *Droit administratif général*, Paris, Litec, 4^e édition, 2005, p. 37-38. En tout cas, vaudrait mieux parler de "contrôle" à la place.

⁵⁷¹ Exercée par le Ministère des Finances.

⁵⁷² A. NGUELIETOU, « L'évolution de l'action publique... », *op. cit.*, p. 9.

⁵⁷³ Il convient de noter que le discours des autorités de tutelle camerounaises sur les organismes de régulation témoigne que celles-ci ne se sont pas encore appropriées correctement l'esprit de la régulation. Pour preuve, dans sa correspondance du 17 juillet 2020 adressée au président du Conseil d'administration de l'ART, le MINPOSTEL après avoir rappelé au président du Conseil les très hautes instructions du chef de l'Etat repercutées par les Directives du premier Ministre, l'invite au « strict respect de [s]es instructions ... », en lui martelant la répartition des compétences entre les organes de l'organisme de régulation qu'est l'ART.

participer à l'exécution des tâches administratives de l'organisme doit être recruté librement par celui-ci⁵⁷⁴. L'autonomie financière, plébiscitée par la doctrine comme étant l'une des conditions *sine qua non* d'indépendance fonctionnelle du régulateur, exige l'existence d'un budget propre c'est-à-dire élaboré et exécuté librement par les autorités de l'organisme et même d'une certaine capacité fiscale⁵⁷⁵.

Tel qu'il est aménagé, le régime financier des organismes de régulation camerounais⁵⁷⁶ n'est pas à l'état de leur assurer une pleine autonomie financière⁵⁷⁷. En effet, si l'on peut relever à l'actif de certains de ces organismes des indices d'autonomie financière (un budget propre⁵⁷⁸, élaboré et exécuté librement par les autorités de l'organisme⁵⁷⁹), sont aussi perceptibles toutefois des entorses⁵⁸⁰ à celle-ci notamment la dépendance des budgets de ces organismes vis-à-vis des budgets des structures gouvernementales⁵⁸¹. Somme toute, l'indépendance des organismes de régulation au Cameroun n'est pas, à l'état actuel, satisfaisante à l'instar de leur articulation normative qui demeure perfectible.

⁵⁷⁴ Le décret sur l'ANTIC dispose en son article 36 que « *L'Agence peut employer : le personnel recruté par l'Agence, les fonctionnaires en détachement et les agents de l'Etat relevant du Code du travail mis à la disposition de l'Agence, les personnels occasionnels...* ». Des dispositions analogues se trouvent à l'article 35 du décret sur l'ART, à l'article 34 du décret relatif à l'ARSEL sus-cité,

⁵⁷⁵ Quentin EPRON estime que « *l'indépendance est mieux assurée par des taxes affectées que par des crédits budgétaires qui nécessitent une négociation avec le Ministère et un vote du parlement* ». Q. EPRON, *op. cit.*, p. 25.

⁵⁷⁶ J-L. ENGOUTOU, « Le régime financier des organismes de régulation au Cameroun », in *RAFIP*, n°6, 2019, p. 87-120.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 93.

⁵⁷⁸ Adopté en équilibre entre les recettes propres et les dépenses effectuées librement sous réserve du respect des règles de la comptabilité publique.

⁵⁷⁹ De ce point de vue, le budget est élaboré par le chef de l'organisme et approuvé par le Conseil d'Administration. De plus, l'ordonnateur principal du budget est généralement le chef de l'organisme ; il peut y avoir un ou des ordonnateur (s) délégué (s) ou secondaire (s). V. Art. 44 du décret sur l'ANTIC, art. 19 du décret sur le CNC, art. 25 du décret sur l'ARSEL.

⁵⁸⁰ Lire pour plus de détails, J-L. ENGOUTOU, « Le régime financier des organismes de régulation... », *op. cit.*, p. 88.

⁵⁸¹ Le budget du régulateur du secteur postal, en l'occurrence, la Direction de la régulation du Ministère en charge des postes, dépend totalement du budget de ce département ministériel. Bien plus, le budget du CNC, d'après l'article 20 (2) du décret relatif à cette institution, « *...est inscrit au budget des Services du Premier Ministre. Il est préparé par le Secrétaire général, adopté par le Conseil et soumis à l'approbation du Premier Ministre* ». Ensuite, d'après l'article 21 du texte précité, « *les ressources du Conseil proviennent des subventions de l'Etat et des dons et legs* ».

B. Une articulation normative déficiente

La création des institutions ne peut se faire sans égard aux logiques qui imprègnent l'activité normative. L'une des logiques concerne le choix de la norme créatrice ou institutrice. Fort chargée d'enjeux, cette logique est révélatrice de la garantie, de l'importance ou de l'intérêt accordé à l'institution ou à la catégorie d'institutions en question. Une autre logique est relative à la norme statutaire c'est-à-dire la norme qui détermine les différentes garanties accordées aux organismes de régulation. En réalité, il doit exister une norme générique fixant le cadre général d'une catégorie d'institutions précise. Cependant, non seulement les organismes de régulation indépendante sont dépourvus de statut constitutionnel (1) mais également la norme législative générique fait défaut (2).

1. Le silence de la constitution

Le choix du statut normatif⁵⁸², pour un organe de régulation n'est pas neutre⁵⁸³. Il est en effet, révélateur de l'importance de l'organisme et insinue le type de garanties qu'on désire lui accorder. En particulier, l'attribution du statut constitutionnel à l'organisme de régulation lui offre plus de garanties en termes de stabilité et d'autorité⁵⁸⁴ que tout autre statut normatif. Corollairement, l'attribution d'un statut législatif ou réglementaire est de nature à le soumettre à la versatilité des pouvoirs exécutif et législatif. Il s'avère donc impérieux d'offrir une assise constitutionnelle à cette catégorie, question de rehausser l'autorité des institutions constitutives.

Cependant, quoique bien ancrée dans le droit public camerounais, la catégorie des organismes de régulation indépendante ne dispose d'aucune assise

⁵⁸² Le statut normatif renvoie à la norme créatrice d'une institution. C'est le sens qu'en donne le Doyen L. Favoreu en opérant la classification des collectivités territoriales décentralisées en fonction de la norme créatrice. L'auteur distingue donc les CTD à statut constitutionnel et les CTD à statut législatif. L. FAVOREU, «Les bases constitutionnelles du droit des collectivités locales», in *La nouvelle décentralisation*, Sirey, Paris, 1983, Pp : 15-37

⁵⁸³ E. ADJOVI, *Les instances de régulation des médias en Afrique de l'Ouest. Le cas du Bénin*, Cotonou, Khartala, 2003, p. 32.

⁵⁸⁴ *Id.*

constitutionnelle. L'on ne peut rechercher son fondement constitutionnel qu'à l'article 8 alinéa 9 qui donne pouvoir au président de la République de créer et d'organiser les services publics. Bien plus, il est observable en droit étranger que certaines institutions de régulation indépendante, en raison de leur haute sensibilité relèvent singulièrement du domaine de la constitution notamment la Haute Autorité de l'Audiovisuelle au Bénin, et en France. Il faut le relever, cette disposition des choses renforce l'autorité voire l'indépendance de l'institution en question. Cependant, l'équivalent camerounais d'une telle institution, le Conseil National de la Communication ne dispose pas d'un statut constitutionnel⁵⁸⁵. De même, dans un environnement où le besoin de bonne gouvernance se pose avec acuité, certains organismes ont été oubliés par le constituant, c'est plutôt l'autorité réglementaire qui s'en est souvenu si bien que c'est par sa grâce qu'ils sont advenus à l'existence. Ainsi en est-il de la Commission Nationale Anti-corruption (CONAC) qui fut créée par décret du président de la République⁵⁸⁶. In fine, d'un point de vue normatif, les organismes de régulation au Cameroun ont au plus un statut législatif c'est-à-dire qu'ils sont créés ou institués par les lois régissant les différents secteurs respectifs de régulation. Il en résulte donc une diversité de lois régissant des institutions non pas identiques néanmoins similaires. Cette diversification constitue un des facteurs de dispersion du "statut" de ces organismes.

2. L'absence de loi générique

L'identification d'une catégorie d'institutions une certaine unification du régime de ses éléments constitutifs. Cette unification peut se faire par le regroupement du "droit commun"⁵⁸⁷ de la catégorie dans une "norme générique" que pourraient accompagner des normes spécifiques d'égal niveau ou de niveau différent.

⁵⁸⁵ C'est plutôt la loi régissant l'activité audiovisuelle, loi n°2015/007 du 20 avril 2015, qui l'a vaguement instituée avant le décret vienne en préciser les contours. V. Décret n° 2012/038 du 23 janvier 2012 portant réorganisation du Conseil National de la Communication

⁵⁸⁶ Décret n°2006/088 du 11 mars 2006 portant création, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale Anti-corruption.

⁵⁸⁷ Certains grands traits de ce "droit commun" sont relatifs :

- Aux garanties notamment le statut de l'organisme (personnalité juridique) ;
l'autonomie (financière et décisionnelle) ;

Au Cameroun, les organismes de régulation forment une catégorie juridique à part entière. Cependant, le "droit commun" de cette catégorie repose sur une diversité de lois spécifiques régissant chacune le secteur d'intervention de l'organisme. Il s'agit de plusieurs lois régissant des organismes similaires tant du point de vue organique que fonctionnel, et ne présentant que quelques disparités dues aux spécificités relatives à leurs secteurs. En pareille situation, le risque d'une cacophonie législative difficilement digérable n'est pas épargné. Une loi générique portant statut général des organismes de régulation s'avère, dès lors, nécessaire. Semblable loi devrait être en harmonie avec une éventuelle autre régissant la catégorie des *administrations publiques indépendantes*, laquelle formerait avec la catégorie d'organismes de régulation des « *catégories cumulatives* »⁵⁸⁸. Le besoin d'indépendance des organismes de régulation vis-à-vis du pouvoir politique justifie que la préoccupation liée à leur qualification juridique ne soit pas laissée à la libre appréciation de l'autorité réglementaire. Cette qualification qui, jusqu'ici ne s'est faite qu'« à la carte » voire « *sur mesure* », selon son libre arbitre par l'autorité réglementaire, est une matière normalement due au législateur générique. Celui-ci devra donc préciser les critères de d'attribution de tel ou tel statut à tel ou tel régulateur⁵⁸⁹.

Par ailleurs, identifiée comme une activité de service public au Cameroun, la régulation appelle logiquement l'adoption d'une loi d'orientation qui en fixe les grands principes⁵⁹⁰ y compris ceux régissant les aspects organiques et fonctionnels des organismes de régulation. Une telle suggestion n'est pas nouvelle. Elle fut déjà émise par une doctrine en faisant d'ailleurs une « *exigence fondamentale* »⁵⁹¹. En effet, le professeur Jean Tobie HOND préconise à l'adoption d'« *une loi d'orientation* »⁵⁹² fixant un cadre institutionnel approprié

-
- A la fonction et aux missions des organismes ;
 - Aux relations avec l'Etat (tutelle...).

⁵⁸⁸ J-L. BERGEL, *Méthode du droit. Théorie générale du droit*, 2^e éd., Paris, 1989, p. 210.

⁵⁸⁹ Administration publique indépendante, AAI.

⁵⁹⁰ Cependant, parce qu'il existe une diversité d'institutions de régulation, justifiée par les spécificités liés aux différents secteurs régulés, l'adoption de textes spécifiques d'autorités de régulation s'impose.

⁵⁹¹ J. T. HOND, « Des transformations de l'Etat au Cameroun », *op. cit.*, p. 216.

⁵⁹² *Idem*.

pour ces « *organismes publics indépendants* »⁵⁹³. Cet auteur dévoile d'ailleurs quelques axes majeurs de la réforme envisagée. Ainsi, le texte devra spécifier la nature, les missions, les pouvoirs, le contrôle et la responsabilité des membres, le régime financier, de ces organismes d'une part, ainsi que les règles de leur organisation et de leur fonctionnement et bien évidemment la forme institutionnelle ou la qualification juridique sous laquelle l'organisme doit être créé. Le mutisme du législateur a donné lieu à des formes presque toutes éloignées des exigences en la matière.

II. L'accommodation inadéquate aux exigences formelles

Les exigences formelles réfèrent à l'ensemble d'impératifs relatifs aux différentes formes institutionnelles appropriées pour les organismes de régulation. Il convient pour le jurislature d'opter pour les formes les plus adaptées aux exigences et aux spécificités de la mission de régulation et donc garantes de l'efficacité de celle-ci.

A travers le monde, la fonction de régulation s'incarne surtout dans des situations institutionnelles de formes variées. Néanmoins, on peut se rendre compte après un tour parmi les précurseurs de la matière que les organismes de régulation, quelle qu'en soit la dénomination, prennent la forme d'Administrations indépendantes. Autrement dit, il existe une exigence de donner la forme d'*organisme public indépendant* aux organes de régulation. Cependant, au Cameroun les organismes de régulation sont créés sous la forme d'institutions de statuts variés qui, au regard des exigences de la mission qu'elles sont appelées à exercer, ne conviennent pas (A). La fonction de régulation s'accommode mieux avec le statut d'*Autorité Administrative Indépendante*⁵⁹⁴ vers lequel les organismes camerounais doivent être mutés (B).

⁵⁹³*Idem.*

⁵⁹⁴ M. BACACHE-BEAUVALLET, A. PERROT, « Régulations économiques... », op. cit., p. 4.

A. L'inconvenance des situations actuelles

En l'état actuel du droit positif camerounais de la régulation⁵⁹⁵, les organismes de régulation apparaissent sous des formes variées. Dans certaines hypothèses, le statut n'est pas spécifié, tantôt, l'instance de régulation est une régie, tantôt elle se voit affublée le statut d'établissement public, comme cela est le cas dans la majorité des situations. Il est donc des organismes qui ont un statut d'administration centralisée et ceux qui ont un statut d'organismes techniquement décentralisés⁵⁹⁶.

Néanmoins, quelle qu'en soit la forme choisie, le statut des organismes de régulation camerounais se trouvent en déphasage avec les exigences statutaires formelles des institutions de ce type. Ainsi, non seulement le statut d'administration centralisée est inconvenant (1) mais également celui d'établissement public est inconvenant (2).

1. L'inconvenance du statut d'administration centralisée ou de la "régulation retenue"

Certains organismes en charge de la régulation au Cameroun ont le statut soit d'administration centrale soit d'administration centralisée. De ce fait, ils participent d'une sorte de « *régulation retenue* »⁵⁹⁷ selon l'expression d'Amélie BEAUX par analogie à la théorie de la justice retenue en contentieux administratif. La première hypothèse s'illustre dans le secteur de la Poste où la régulation est assurée à titre transitoire par un département ministériel du secteur. Dans le secteur de la Poste, en attendant la mise en œuvre effective de l'Agence de Régulation postale (ARP), la régulation est assurée directement par le Ministère des Postes et des Télécommunications⁵⁹⁸. Ce département comprend une

⁵⁹⁵ La régulation constitue aujourd'hui une branche de droit à part entière et entièrement à part. M-A. FRISON- ROCHE, « Le droit de la régulation », *op. cit.*

⁵⁹⁶ Furent-ils indépendants, les établissements publics procèdent de la décentralisation technique.

⁵⁹⁷ A. BEAUX, « La régulation du marché postal en France », *op. cit.*, p. 75.

⁵⁹⁸ L'article 2 du Décret n°2002/2171/PM du 19 décembre 2002 fixant les modalités de régulation et de contrôle des réseaux et services postaux dispose « *l'administration chargée des postes assure la régulation, le contrôle et le suivi des activités des opérateurs publics et privés du secteur postal* ».

Direction de la régulation et du contrôle des activités postales⁵⁹⁹. Pareille disposition des choses traduit une survivance de la « *régulation ministérielle* »⁶⁰⁰ aujourd'hui en nette récession⁶⁰¹. Il s'agit d'une espèce de « *régulation en régie* » c'est-à-dire un mode de gestion en régie du service public de la régulation⁶⁰². La régulation ministérielle trouve encore un terrain d'expression dans le secteur de la concurrence. Dans ce secteur, l'institution d'une Commission Nationale de la Concurrence⁶⁰³, dépourvue de personnalité juridique et son rattachement au Ministère chargé des problèmes de la concurrence⁶⁰⁴ met cet organisme dans une situation de dépendance vis-à-vis de l'autorité politique⁶⁰⁵, ce qui heurte sans doute les exigences qui s'impose à un organisme de régulation.

Une telle situation est loin d'enchanter dans la mesure elle engendre une situation de cumul des casquettes d'opérateur, de jurislatureur et de régulateur, par nature incompatibles pour une régulation efficace. Cette situation est d'autant plus inconvenante que « *les règles de la gouvernance contemporaine insistent sur la nécessité de l'existence d'un organisme spécifiquement chargé de la régulation (...) [et] disposant d'une certaine autonomie* »⁶⁰⁶.

Dans la seconde hypothèse, il est à observer qu'il n'est pas fait de précision sur le statut de ces organismes, « *innommés* »⁶⁰⁷. Seul le décret créant le Conseil National de la Communication se limite à indiquer qu'il dispose de la personnalité juridique. Bien plus, ils sont placés l'un sous l'autorité du premier Ministre, chef

⁵⁹⁹ Articles 58 à 64 du Décret n°2012/512 du 12 novembre 2012 portant organisation du Ministère des Postes et Télécommunications.

⁶⁰⁰ G. M. PEKASSA NDAM, « La consolidation de l'idéologie libérale dans le domaine des services publics au Cameroun », in M. ONDOA & P. E. ABANE ENGOLO (dir.), *Les fondements du droit administratif camerounais*, Actes du Colloque organisé à l'Université de Yaoundé II les 2 et 4 novembre 2015, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 184

⁶⁰¹ *Ibid.*, p. 182.

⁶⁰² Sur la régulation comme service public, lire J. CHEVALLIER, « Régulation et service public », in T. BOCCON-GIBOD et C. GABRIELLI (dir.), *Normes institutions et régulations publiques*, éd. Hermann, 2015, p. 157-166.

⁶⁰³ Article 21 de la loi n°98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence.

⁶⁰⁴ Article 22 de la loi précitée.

⁶⁰⁵ A. NGUELIETOU, « L'évolution de l'action publique au Cameroun : l'émergence de l'Etat régulateur », *op. cit.*, p. 9.

⁶⁰⁶ P. E. ABANE ENGOLO, *Traité de droit administratif du Cameroun. Théorie générale et droit administratif spécial*, Paris, L'Harmattan, 2019, p. 332.

⁶⁰⁷ G. M. PEKASSA NDAM, « La consolidation de l'idéologie libérale... », *op. cit.*, p. 183.

du Gouvernement⁶⁰⁸ et l'autre, sous l'autorité du président de la République⁶⁰⁹. Ces dispositions attestent d'une volonté de maîtriser les organismes de régulation par le pouvoir politique.

En particulier, il apparaît que, malgré l'autonomie financière accordée au CNC, son budget n'est pas véritablement autonome car il est inscrit au budget des Services du Premier Ministre. Pis encore, il est soumis à l'approbation du Premier Ministre⁶¹⁰ qui y dispose, pour reprendre une expression chère au professeur Jacques Chevallier, un « *constant droit de veto* »⁶¹¹. Il en est de même de la CONAC dont le budget est quête d'autonomie, malgré l'affirmation de l'indépendance⁶¹². Somme toute, ces formes juridiques attribuées aux organismes de régulation tranchent avec les exigences formelles en la matière. Elles ne sont pas favorables à l'émancipation de ces organismes à l'égard du pouvoir exécutif, pourtant nécessaire pour une régulation efficace.

Toute autre forme de régulation inconvenante est la régulation « *déléguée* » apparaissant sous la forme d'établissement public.

2. L'inconvenance du statut d'établissement public ou de la « régulation déléguée »

Dans le contexte camerounais, une bonne part de ces organismes est créée sous la forme d'établissement public soit à caractère administratif⁶¹³ soit à caractère technique⁶¹⁴ soit alors cumulativement à double caractère administratif et technique⁶¹⁵ conformément à la loi sur les établissements publics⁶¹⁶.

⁶⁰⁸ Art. 2 (3) du n° 2012/038 du 23 janvier 2012 portant réorganisation du Conseil National de la Communication.

⁶⁰⁹ Art. 1^{er} (2) du décret n°2006/088 du 11 mars 2006 portant création, organisation et fonctionnement de la Commission Nationale Anti-corruption.

⁶¹⁰ Art. 20 (2) du décret relatif au CNC.

⁶¹¹ J. CHEVALLIER, « La place de l'établissement public en droit administratif français », *Rev. de l'Univ. d'Amiens*, 1972, p. 56.

⁶¹² Art. 2 (1) la « *Commission est un organisme public indépendant* ».

⁶¹³ L'Agence de Régulation des Télécommunications (Art. 2 (1) décret n°2012/203 du 20 avril 2012), l'Agence de Régulation du Secteur de l'Electricité (Art. 1 (2) Décret du 28 juin 2013),

⁶¹⁴ L'Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication (Art. 2 (1) décret n°2019/150 22 mars 2019), CCAA (Art. 2 (1) décret n°2019/174 du 9 avril 2019).

⁶¹⁵ Exemple de l'Autorité Portuaire Nationale. V. Art. 2 (1) décret n°2019/172.

⁶¹⁶ D'après l'alinéa 2 de l'article 2 de la loi n°2017/010 du 12 juillet 2017, « *Un établissement public peut revêtir une ou plusieurs des formes visées à l'alinéa 1 ci-dessus* ».

En théorie, l'établissement public constitue une institution sur laquelle l'Etat a une « *mainmise grave* »⁶¹⁷ pour reprendre le mot du Doyen Hauriou. Pourtant, une institution entretenant semblable relation avec l'Etat paraît inapte à accomplir efficacement la fonction de régulation au regard de l'exigence d'impartialité du régulateur. Au regard de sa relation avec l'Etat, la formule d'établissement public ne saurait échapper à la suspicion éternelle d'être des agences gouvernementales. Pour assurer la régulation, les idées semblent converger vers l'idéal d'avoir un organisme pouvant s'ériger dans certaines hypothèses en une espèce de "contre-pouvoir" au pouvoir et d'« *exploitation publique* » incarné et exercé par les entreprises publiques. La formule de l'établissement n'a guère eu pareille vocation. Au demeurant, il faut dire que parce que l'établissement public n'a pas vocation à être indépendant, la simple autonomie lui suffit. Dès lors, attribuer le statut d'établissement à une institution c'est la condamner à ne pouvoir revendiquer que l'autonomie. Pourtant, il est des fonctions sociales, telle la régulation, qui ont besoin d'indépendance.

Au-delà, le recours à la formule d'établissement public pour assurer la régulation relève du monde de l'inhabituel en droit administratif⁶¹⁸ voire de l'innovation en ce qui concerne le droit administratif camerounais⁶¹⁹. Pour certains auteurs, cette « *qualification d'établissement public...rend partiellement compte de la réalité* »⁶²⁰ insinuant un choix inadéquat du statut du régulateur. A bien regarder, au regard des prérogatives reconnues au régulateur au Cameroun, la démarche consistant à affubler l'organisme de régulation de la qualification d'établissement public suscite un certain nombre d'interrogations notamment de savoir : assiste-t-on à un changement de paradigme dans l'appréhension de la notion d'établissement public en droit administratif ? Ou alors à une dénaturation de son contenu ? Ou bien à une appropriation impropre dans la réception du droit

⁶¹⁷ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 2^e éd., 1893, p. 228.

⁶¹⁸ Madame Agathe-Florence LELE remarque à cet effet que les organismes de régulation disposent « *prérogatives inhabituelles pour un établissement public* ». V. A. F. LELE, *Les agences de régulation au Cameroun*, Mémoire de Master en Administration publique des fonctionnaires internationaux, ENA, 2004-2005, p. 12.

⁶¹⁹ G. M. PEKASSA NDAM, « Les établissements publics indépendants : une innovation du droit administratif camerounais », *op. cit.*

⁶²⁰ A. H. SANDIO KAMGA, *L'établissement public en droit administratif camerounais*, Thèse de doctorat Ph.D, en Droit Public, Université de Yaoundé II, 2014, p. 233.

administratif français en Afrique ? Les précurseurs en matière d'établissement public ont-ils trop fait en recourant à d'une formule institutionnelle différente pour incarner la fonction de régulation ? A vrai dire, au Cameroun, les organismes de régulation sont à mi-chemin entre le statut d'établissement public⁶²¹ et celui d'Autorité administrative indépendante⁶²². L'on peut donc comprendre pourquoi,

⁶²¹ Les organismes de régulation au Cameroun, au-delà de leur qualification d'établissement public présentent les traits d'un établissement public : la personnalité juridique, l'autonomie administrative et financière, l'organisation articulée autour d'un Conseil d'administration et d'un Directeur général, la soumission à la tutelle de l'Etat.

⁶²² Les organismes de régulation sont fonctionnellement indépendants en raison de leurs pouvoirs. Ceux-ci peuvent être systématisés en sous le calque de la séparation des pouvoirs ainsi que le fait Quentin EPRON, « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », in *Ius Publicum, Network Review*, 41p.

Ainsi, ils disposent d'un pouvoir normatif dual. Dans un premier temps, celui-ci consiste d'abord à la participation de ces organismes à la fonction législative par l'émission d'actes ou d'avis qui accompagnent le processus législatif. Ils sont associés à la préparation des projets de textes législatifs relatifs à leur secteur ; ils peuvent également à cet égard proposer des modifications de la loi soit à leur demande, soit à la demande du pouvoir exécutif ou du Parlement. Après l'adoption de la loi, ils en assurent le respect dans leurs secteurs respectifs. Dans un second temps, ils exercent un pouvoir réglementaire qui consiste à la formulation d'avis dans certains cas conformes, en vue de la formulation d'actes réglementaires. Ils peuvent se voir attribuer un pouvoir réglementaire (V. Article 6 (3) du décret sur l'ANTIC qui dispose qu' : « *un texte particulier du Conseil d'administration de l'Agence fixe l'organisation et les modalités de fonctionnement du comité...* » « *...chargé de gérer les différends* ».) Le comité précédemment visé traduit l'exercice d'attributions quasi-juridictionnelles du régulateur. Les organismes de régulation disposent en effet de pouvoir de régler les différends, bien évidemment en disant le droit. Ils « *tranchent les litiges* » le faire par voie arbitrale ou contentieuse. Ils peuvent exercer une fonction répressive de même qu'ils participer à l'exercice de la fonction répressive du juge. Les organismes de régulation disposent d'un pouvoir de sanction. A cet égard, ils peuvent infliger des sanctions administratives, pécuniaires, des amendes civiles...Lire pour tous ces développements et plus de détails, G. M. PEKASSA NDAM, « La consolidation de l'idéologie libérale dans le domaine des services publics au Cameroun », *op. cit.*, p. 184-186. Il convient de s'arrêter quelque peu sur le pouvoir consultatif des organismes de régulation camerounais pour signaler l'ambiguïté dont il est empreint. En effet, Les organismes de régulation camerounais disposent sans doute de pouvoirs consultatifs consistant à émettre un avis ou formuler des recommandations sur certaines questions essentielles concernant leurs secteurs respectifs. Seulement, il s'agit d'un pouvoir dont la portée est empreinte d'ambiguïté. En effet, en considérant d'abord, les dispositions du décret relatif à l'ART, on relève que cette Agence a pour mission « *...d'émettre un avis formel sur tous les projets de textes à caractère législatif et réglementaire en matière de communication électronique* ». Ensuite, dans le sous-secteur des TIC, le décret relatif à l'ANTIC dispose que cette Agence « *d'émettre des avis sur les projets de contrats de prestation de services dans le domaine des TIC en général et en matière de cyberspace en particulier, entre l'administration et les tiers* ». Bien plus, l'ANTIC se voit reconnaître le pouvoir d'« *émettre un avis consultatif sur les textes touchant à son domaine de compétences* ». A la lecture de ces dispositions, il ressort l'idée d'ambiguïté dans l'articulation du pouvoir consultatif des organismes de régulation en question. En effet, les différents textes utilisent des expressions d'« *avis consultatif* », d'« *avis formel* » et d'« *avis* » tout court, qui ne sont pas facilement classifiables dans l'une des catégories d'avis connues en droit administratif. En effet, l'interrogation demeure de savoir que signifie la notion d'« *avis consultatif* » ? N'est-ce pas là un pléonasme juridique ? Une tautologie dans le langage juridique ? bien plus, à quoi réfère la notion d'« *avis formel* » ? Doit-on y voir un avis donné par formalité ? Au surplus, quelle portée attacher à l'avis donné sans autre

parce que fusionnel en même temps des attributs d'un établissement public et des principes caractéristiques d'une AAI, le professeur G. M. PEKASSA NDAM finit par les qualifier d'« *établissements publics indépendants* »⁶²³. A en croire les précurseurs en la matière, la fonction de régulation ne s'accommode pas du statut d'établissement public. Celui qui conviendrait semble être le statut d'AAI. Autrement dit, les organismes de régulation constituent au Cameroun des AAI affublées de la qualification d'établissement public. En d'autres termes, cette qualification ne convient pas ; celle qui convient est celle d'AAI. D'où la nécessité d'une conversion statutaire des Organismes de régulation en AAI.

B. La convenance du statut d'Autorité indépendante: la nécessité d'une conversion statutaire

Même s'il n'existe pas une forme institutionnelle "modèle" ou "standard" universellement homologuée pour les organismes de régulation⁶²⁴, le besoin d'un modèle d'organisme de régulation est réel et la doctrine en a vu un objet fécond de recherche⁶²⁵ ; ce qui justifie l'intérêt de la réflexion sur le choix du statut du régulateur. En l'espèce, il semble que le statut d'AAI s'accommode mieux de la fonction de régulation. Dès lors, la conversion des organismes camerounais de régulation en AAI se faire impérieux. Une telle prise de position exige que soient élucidées ses raisons justificatives (1) et qu'en soient esquissées les voies de traduction (2).

1. Les justifications de la conversion suggérée

L'idée de suggérer une mutation statutaire des organismes de régulation camerounais repose sur plusieurs raisons. Il s'agit d'abord de raisons conceptuelles dans ce sens que l'organisme de régulation est apparu sous le

précision ? Comme on peut s'en apercevoir, il est difficile de se prononcer sur la portée des avis donnés par les Agences.

⁶²³ G. M. PEKASSA NDAM, « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du droit administratif camerounais », *op. cit.*

⁶²⁴ J. M. PONTIER (dir), *Les autorités administratives indépendantes : l'évaluation d'un objet non identifié*, Rapport, in www.senat.fr consulté le 28 mai 2020.

⁶²⁵ V. DELVAL, *Recherche sur un modèle d'autorité de régulation...*, *op. cit.*

statut d'AAI⁶²⁶. Et depuis lors, les précurseurs en la matière ont le plus souvent eu recours à ce statut pour leurs régulateurs⁶²⁷. Il est certes vrai que le perfectionnement n'est pas forcément l'œuvre du concepteur ; toutefois, la perpétuation de l'invention peut donner le sentiment d'une trouvaille adéquate. Sans doute, aujourd'hui, l'AAI demeure en France et aux Etats-Unis, une technologie institutionnelle « (...) *tout terrain de la régulation* »⁶²⁸.

Par ailleurs, le recours à la formule d'établissement public prédispose l'organisme à une présomption de partialité, pourtant indésirable pour la fonction de régulation. Assurée par l'établissement public, l'on ne peut y voir qu'une forme de régulation déléguée⁶²⁹.

En revanche, l'organisme de régulation est soumis d'abord à l'exigence d'indépendance⁶³⁰. Or l'AAI qui se définit d'abord par son indépendance. En théorie, en effet, l'autorité administrative indépendante, dit-on, « *a la particularité de ne pas être soumise à l'autorité hiérarchique d'un ministre, et donc de ne pas relever de l'autorité gouvernementale. Elle ne reçoit ni d'ordres, ni de conseils des pouvoirs publics. Elle agit en toute indépendance* »⁶³¹. Elle s'avère donc « *plus adéquate* »⁶³² pour formuler le statut des organismes de régulation. Si l'on peut douter de l'impartialité de l'établissement public qui procède d'ailleurs d'une espèce de « *décentralisation autoritaire* », l'AAI en matière de régulation bénéficie d'une légitimité originelle voire naturelle⁶³³ dans ce sens qu'elle aurait été conçue spécifiquement pour répondre à la préoccupation de la régulation.

Le statut d'AAI offre donc plus de garanties d'indépendance dont les organismes de régulation ont besoin que celui d'établissement public auquel la simple autonomie suffit. Le Conseil d'Etat français a même eu à affirmer que « *la création*

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 17.

⁶²⁷ En France, les organismes de régulation apparaissent très souvent sous le statut d'AAI :

⁶²⁸ A. VAUCHEZ (dir.), *Un champ de la régulation publique indépendante ? Acteurs, registres de justification et formes d'autorité politique des agences de régulation en France*, Rapport final de recherche, septembre 2019, p. 4

⁶²⁹ Inspirée de la théorie de la *justice déléguée*.

⁶³⁰ A. VAUCHEZ (dir.), *Un champ de la régulation publique indépendante ?*, *op. cit.*, p. 6.

⁶³¹ "Autorité administrative indépendante", in www.justice.ooreka.fr/ mise à jour en août 2020.

⁶³² P. GELARD, *Les Autorités Administratives Indépendantes: évaluation d'un objet juridique non identifié (Tome 1)*, *op. cit.*

⁶³³ E. S. MVAEBEME, « Les pouvoirs budgétaires... », *op. cit.*, p. 412.

*d'autorités administratives indépendantes...a répondu à un besoin que l'établissement public n'a à tort ou à raison, pas semblé pouvoir remplir »*⁶³⁴.

La doctrine camerounaise ne semble pas adhérer au recours à la formule d'établissement public pour les organismes de régulation. En effet, la sollicitation d'un « *cadre institutionnel approprié* »⁶³⁵ pour ces organismes insinue à l'évidence, l'idée d'un cadre en quête d'adéquation avec les exigences de la fonction de régulation. Somme toute, si la mutation s'érige en nécessité, esquisser ses voies de traduction s'avère une impérieuse nécessité.

2. La traduction de la mutation projetée

Plusieurs pistes pourraient être explorées en vue de donner forme à la mutation suggérée. Avant de les décliner, il importe de rappeler que tels qu'aménagés, les organismes de régulation camerounais sont des hybrides juridiques. La qualification qu'en fait la doctrine est suffisamment éloquente à cet effet. Celle-ci est révélatrice d'un régime juridique mêlant critères de la catégorie d'établissement public et critères de la catégorie AAI pour faire un organisme au statut « *sui generis* »⁶³⁶. Dans cette situation, parce qu'ils sont pourvus de la personnalité juridique publique, ces organismes se rapprochent des API françaises. Une telle situation, qui se démarque par sa puissance d'équivoque, est génératrice d'insécurité juridique puisque de fait, l'on ne peut déterminer avec certitude le régime, mieux le statut appliqué ; alors que celui souhaité est clair. Une autre précision mérite d'être faite. C'est que tous les organismes de régulation ne sont pas des établissements publics. Certains auraient même reçu, fut-il de nom, le statut d'Autorité administrative indépendante⁶³⁷. Pour d'autres, les textes sont silencieux sur leur statut⁶³⁸. Ces précisions permettent de mieux esquisser les orientations de la réforme suggérée. Dès lors, cette dernière peut s'articuler autour de plusieurs points : d'abord, le statut normatif de la forme

⁶³⁴ Conseil d'Etat, *Les établissements publics*, Rapport d'études sur les établissements publics, 15 octobre 2009, p. 20.

⁶³⁵ J. T. HOND, « Des transformations de l'Etat au Cameroun », *op. cit.*, p. 216.

⁶³⁶ G. M. PEKASSA NDAM, « Les établissements publics indépendants... », *op. cit.*, p. 153-178.

⁶³⁷ Il en est ainsi de la CONAC, v. E. S. MVAEBEME, « Les pouvoirs budgétaires du président de la République », *op. cit.*, p. 412.

⁶³⁸ Le CNC notamment.

institutionnelle choisie doit être au moins législatif. Cela revient à dire qu'il faudrait que le législateur ou le constituant fixe, selon la sensibilité de l'organisme, le statut à leur attribuer. Par exemple, le législateur pourrait procéder à l'adoption d'une loi fixant le cadre général de la régulation, et en octroyant aux institutions devant en assurer la charge le statut d'institution indépendante⁶³⁹. Le choix de la forme appelle en conséquence un ravalement du régime actuel. Tout d'abord, au niveau du mandat, il est de bon aloi d'allonger le mandat dans le temps, tout en excluant l'éventualité de son renouvellement et de sa révocabilité. Ledit mandat doit être protégé par un régime conséquent d'incompatibilités afin de soustraire le régulateur aux pressions des opérateurs du secteur. Il importe donc de décrire un statut modèle d'organisme de régulation.

Ainsi, il serait souhaitable de donner une configuration véritablement collégiale à l'organisme un peu à l'image de ce qui a été fait au sujet de l'organisation du Conseil national de la communication camerounais à travers la belle formule de l'article 7 qui reflète la collégialité souhaitée pour un organisme de régulation⁶⁴⁰. Aussi, importe-t-il de soigner le mode de désignation des membres et des présidents de ces organismes en optant pour une régulation représentative, qui implique la participation des différentes franges d'acteurs du secteur en réservant au pouvoir central le prérogative de pourvoir à leur nomination. En dernière analyse, le lien d'« *autorité* » qui existe entre certains organismes de régulation et le pouvoir d'Etat n'est pas souhaitable.

⁶³⁹ Il faut noter qu'il existe sur ce point une offre abondante de solutions :

- L'autorité administrative indépendante
- L'autorité publique indépendante
- Autorité indépendante
- Organisme public indépendant
- Pourquoi ne pas retenir la dénomination d'« *établissement public indépendant* ».

Nombre d'Etats africains ont fait le choix de l'autorité administrative indépendante. V. art. 5 de la Loi n°2018-45 du 12 juillet 2018 portant réglementation des communications électroniques et de la poste au Niger. Au Mali, l'ordonnance n°2016-014 du 31 mars 2016 relative à la régulation du secteur des télécommunications, des technologies de l'information et de la communication et de la poste en son article 18 dispose que « *l'autorité exerce en toute indépendance et de manière objective, transparente et impartiale ses missions de régulation des secteurs des télécommunications, des technologies de l'information et de la communication et des postes* ». De plus, selon l'article 19 du même texte, « *les membres du Conseil sont indépendants vis-à-vis du pouvoir politique et de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux...* ».

⁶⁴⁰ Le Conseil est composé de neuf (09) membres, dont un Président et un Vice-Président.

Le Cameroun, dans son processus de libéralisation, de privatisation et d'ouverture à la concurrence, s'approprie imparfaitement les exigences pour les organismes de régulation. En effet, Tout organisme de régulation digne de ce nom est soumis à une double suite d'exigences matérielles et formelles, consistant en une indépendance forte, une articulation normative adéquate et une forme institutionnelle appropriée (AAI). Ce sont ces exigences qui conditionnent l'efficacité de la régulation. Cependant, dans le contexte camerounais, il ressort du diagnostic juridique mené dans le champ de la régulation, une faible indépendance organique et fonctionnel, une construction normative imparfaite et une forme institutionnelle très souvent inadéquate. Cette dernière oscillant entre silence des textes, inexistence effective contemporaine de situations transitoires indésirables (régulation ministérielle), centralisation à outrance de certains parmi eux et affublement des organismes de régulation du statut d'établissement public au détriment du statut et de la qualification souhaité d'Autorité administrative indépendante. Tout compte fait, l'aménagement actuel des organismes de régulation exprime la réticence de l'Etat à s'ouvrir à la régulation indépendante. Celle-ci oscille entre *régulation retenue* et *régulation délégué*. L'urgence d'une réforme, dans la perspective du ravalement du régime de ces organismes se fait donc jour.

**Franz van der Motte, Membre de
l'AFDD, Avocat
Général La Fayette, De la gloire à l'exil,
éd. L'Harmattan**

Compte-rendu de Patrick de FONTBRESSIN - vice-président de l'AFDD

De la gloire à l'exil, Franz van der Motte entraîne, de manière passionnante, le lecteur sur les traces de celui qui un jour écrira : « *Du premier moment où j'ai entendu prononcer le nom de l'Amérique je l'aimais, dès l'instant où j'ai su qu'elle combattait pour sa liberté j'ai brûlé du désir de verser mon sang pour elle...* ».

Le départ du héros est celui d'un homme généreux et seul qui déjoue les embûches familiales et défie la volonté de son roi pour conquérir la gloire et combattre pour le bonheur d'un peuple.

L'auteur souligne qu'il n'est attendu par personne. Toutefois, très vite, sa rencontre avec un autre frère maçon, George Washington, va jouer un rôle déterminant sur son destin et sur l'avenir d'une grande nation.

Sa témérité au combat mais aussi un sens de la diplomatie lui permettront de rallier à la cause américaine les tribus indiennes qui le baptiseront « Kayewla » (cavalier intrépide). Sa détermination, après maintes péripéties, l'amènera à être entendu par le roi dans sa quête d'un corps expéditionnaire de 6000 hommes au soutien des Américains.

De l'embarquement le 9 mars 1780, sur l'Hermione, à la bataille de Yorktown il bravera tous les dangers pour libérer un peuple qui ne l'oubliera pas et viendra à son tour, en un autre siècle, libérer la France.

Mais après la victoire, qu'en sera-t-il lors du retour dans son pays ?

De la gloire, l'ouvrage nous conduit sur la route de l'exil parsemée de malentendus.

L'auteur du premier projet de « déclaration des droits de l'homme et du citoyen » proposé à l'Assemblée constituante, rédigé de concert avec le futur président Jefferson sera bientôt « *prévenu de crime de rébellion contre la loi, de conjuration contre la liberté et de trahison envers la nation* » sur ordre de Robespierre.

Dans l'autre camp, l'armée des émigrés de Coblençe attend La Fayette pour l'exécuter.

Rejeté de part et d'autre et injustement accusé de désertion et de trahison, La Fayette paiera le lourd tribut des combattants de l'idéal face à la médiocrité des clans.

Après cinq ans de captivité, puis deux ans d'exil misérable en terre étrangère, ni l'Empire ni la Restauration n'offriront à ce personnage complexe une reconnaissance à sa dimension.

Il en ira de même de la République.

En avocat, dans un parfait souci de respect du principe de la contradiction, Franz van der Motte nous livre aussi les opinions de ceux qui ont côtoyé La Fayette.

D'aucuns l'ont admiré. D'autres n'ont pas compris sa quête de dépassement, animée par une symbiose entre un héritage de devoirs de ce chevalier de Saint Louis et une fraternité maçonnique de combat.

En des temps où l'absence d'espoir et le confort intellectuel des étiquettes partisans constituent des dangers réels pour la démocratie, dès le début du livre, La Fayette nous rappelle que : « *Il faudra toujours que des hommes se lèvent pour secouer l'indifférence et la résignation* ».

Il nous transporte ainsi au-delà des limites et renvoie à l'exemple de ceux qui, par-delà les mers et en dépit des vagues, ont scellé une indestructible amitié entre deux peuples à tout jamais unis vis-à-vis de l'Histoire pour la Liberté.

**Appel à contribution/à soutien en vue
de la parution de l'ouvrage « Justice,
ne passe pas ton chemin –
L'expérimentation de la justice
transitionnelle en Asie du Sud-Est »**

Brève présentation de l'ouvrage

(A paraître : éditeur : Peter Lang ; date de parution estimative : fin 2021)

Laissons la parole à l'auteur, Jacques Dupouey, Docteur en droit (Université Paris Nanterre, 2016), et membre de l'AFDD (jacquesdupouey@orange.fr ; t° : 06.16.07.31.74), qui nous présente sa recherche et fait part de son souhait de soutien :

Après les procès de Nuremberg et de Tokyo, dans le contexte d'atrocités de masse se multipliant à l'intérieur des frontières d'un pays, vont apparaître et se développer les concepts de sécurité humaine (concept également mobilisé en cas de catastrophes et calamités naturelles) et de justice transitionnelle. Apparue de manière structurée vers le milieu des années 1980, cette dernière a été conçue pour permettre de passer d'un régime de dictature ou d'oppression, au cours duquel les droits de l'homme ont été systématiquement violés et des violences extrêmes exercées à l'encontre de la population civile, à un régime politique et juridique démocratique. L'objectif du nouveau régime est alors de mettre l'accent sur la restauration de l'état de droit, d'adopter des dispositifs de révélation de la vérité historique, ainsi que des mécanismes de justice répressive à l'encontre des principaux criminels et ou réconciliatrice afin d'éviter la réapparition des violences du passé et d'instaurer une paix durable. La période de transition, ou de passage à un régime privilégiant la démocratie, place les dirigeants du pays face à de profonds dilemmes politiques, économiques, juridiques, sociaux et culturels, que, même avec l'aide de la communauté internationale, ils ne sont pas sûrs de pouvoir surmonter. Le sort des victimes des atrocités de masse du passé et leur résilience est censé figurer à l'agenda d'un processus de justice transitionnelle en même temps que la repentance ou la criminalisation des perpétrateurs. Il faut parvenir à faire vivre côte à côte perpétrateurs et victimes, ou leurs descendants, dans une nouvelle société ne voulant plus s'inscrire dans la déchirure (objectif de guérison sociétale).

L'ouvrage « *Justice, ne passe pas ton chemin – L'expérimentation de la justice transitionnelle en Asie du sud-est* » entend examiner ces questions dans le contexte d'exactions passées ou en cours (politicide, génocide, crimes humanitaires, nettoyage ethnique) au sein de quatre pays d'Asie du Sud-Est,

respectivement l'Indonésie, le Cambodge, les Philippines et le Myanmar (la Birmanie). Il s'appuie sur l'analyse d'une très abondante bibliographie, loin de se cantonner à des publications purement universitaires. C'est le premier à se livrer à un tel exercice à la croisée de plusieurs disciplines, principalement le droit, la science politique et l'histoire.

En Indonésie, au cours des années 1965-1966, sous le régime de Suharto, une fabrique idéologique de la haine a condamné les membres du parti communiste indonésien (Partai Komunis Indonesia, « PKI ») et d'autres mouvements nationalistes de gauche, pourtant tous légalement constitués et populaires, ainsi que leurs organes affiliés, à paraître ensemble, quoi qu'ils fassent, comme « l'ennemi irréductible ». Constituant à l'époque le troisième plus grand parti communiste au monde après celui de l'URSS et de la République Populaire de Chine, il fallait avant tout paralyser, voire anéantir le PKI qui comptait trois millions et demi de membres. Avec les organisations alignées à ce parti 20 millions de personnes occupaient alors le camp d'une gauche indésirable. Aidée par les puissances occidentales anglo-saxonnes, l'armée indonésienne va élaborer un plan machiavélique à l'échelle nationale conduisant à la commission de crimes de masse atroces, de nombreuses spoliations foncières et des détentions arbitraires massives qui vont durer pour certains jusqu'en 1998. Jamais aucune poursuite n'a été diligentée à l'encontre des perpétrateurs de plus haut rang, en grande partie en raison du fait qu'en dehors d'une publication de Robert Cribb en 2001, il aura fallu attendre jusqu'au début des années 2010 avant que plusieurs autres historiens anglo-saxons ne parviennent à élucider la trame des événements. S'agissant du Cambodge, il a longtemps été évoqué le processus interminable de constitution des chambres extraordinaires des tribunaux cambodgiens pour juger les principaux responsables du génocide des Khmers rouges de 1975 à 1979. Les lenteurs de procédure (le premier procès a commencé en février 2009) et l'implication quasi-permanente des autorités politiques ont également fait l'objet de nombreux débats. Ce n'est que récemment (2019) que ces chambres ont terminé leur travail, produisant des décisions parfois volumineuses sur le fond (en particulier le Jugement du 16

novembre 2018, Dossier n° 002) que l'auteur a synthétisées dans une présentation la plus éclairante possible. Aujourd'hui, enfin, toute la clairvoyance a été apportée sur les motivations des dirigeants Khmers et les dommages et les traumatismes de leur politique idéologique génocidaire. Aux Philippines, la situation est toute autre puisqu'il s'agit de rechercher si la guerre qui a été ces dernières années lancée par les autorités contre les trafiquants de drogue n'est pas menée de manière démesurée, en violation avec le droit international humanitaire. La Cour pénale internationale a démarré une enquête préliminaire en février 2018.. Enfin, la justice internationale est convoquée pour faire le point sur les causes des déportations massives des Rohingya du Myanmar vers le Bengladesh principalement. Poussés par un mouvement bouddhiste extrémiste, les dirigeants de la junte birmane sont soupçonnés d'avoir organisé depuis 2007 la discrimination et l'épuration des membres de cette minorité ethnique musulmane (Rohingyas). L'affaire a été portée respectivement devant la Cour pénale internationale (9 avril 2018) et la Cour de justice internationale (11 novembre 2019). Faisant application du principe de compétence universelle, le tribunal de Buenos Aires s'est lui aussi déclaré compétent pour examiner si les éléments constitutifs du crime de génocide sont réunis. Trois procédures judiciaires sont donc actuellement concomitamment en cours pour apporter toute la lumière sur ce qui pourrait être qualifié de crime de génocide ou crimes humanitaires.

Le cercle des politistes, juristes spécialistes des droits de l'homme, du droit international humanitaire et/ou du droit pénal international trouvera par ailleurs d'utiles informations sur la réception et l'appropriation des concepts de droits de l'homme et de R2P (responsabilité de protéger) par les pays d'Asie du Sud-Est, au-delà de l'expérimentation de la justice pénale internationale et de la justice transitionnelle dans cette région du monde. Si la doctrine de la responsabilité de protéger – approuvée par l'assemblée générale des Nations Unies et le Conseil de Sécurité, mais pas transcrite dans un traité international ayant une force obligatoire - est acceptée sur le principe par les pays d'Asie du Sud-Est, elle ne trouve pas d'expression concrète vis-à-vis des populations concernées car le

principe de non-ingérence et de non-intervention prédomine dans les actes fondateurs et la Charte de l'ASEAN. Il est clair que jusqu'à présent, dans la région, le dilemme entre souveraineté et intervention n'a pas été surmonté et révèle un important point de divergence entre Etats membres faisant échec à l'atteinte du consensus pour son application. La difficulté réside probablement dans l'incapacité des pays de l'ASEAN à articuler la portée du principe de souveraineté dans sa double dimension nationale et internationale. La dimension internationale dicte que la protection des populations sur son propre territoire est une responsabilité fondamentale qui concerne aussi au moins les Etats limitrophes, lesquels sont immédiatement concernés par les flux de réfugiés.

L'éditeur Peter Lang a accepté d'éditer cet ouvrage d'environ 700 pages, mais il pratique le compte d'auteur et me réclame par conséquent de participer financièrement à hauteur de 5500 euros, somme qu'il est difficile pour l'auteur à titre personnel de constituer n'exerçant pas officiellement comme membre d'une université ou d'un centre de recherche académique.

J'ai déjà réussi à obtenir le soutien du CEJEC (Université Paris Nanterre) sous l'égide duquel j'avais préparé et soutenu ma thèse en 2016 et du CNRS/Centre d'Asie du Sud-Est. D'autres institutions, comme par exemple l'Ecole Pratique des Hautes Etudes, m'ont indiqué qu'elles ne finançaient que des ouvrages de leurs membres ou n'ont pas donné suite à ma demande. J'apprécierais vivement que, parmi les membres de l'AFDD, certains puissent m'aider à orienter de manière ciblée mes sollicitations à contributions complémentaires.

Bien entendu, je tiens à la disposition de toute personne qui le souhaite le fichier de la table des matières de l'ouvrage ainsi qu'un autre fichier regroupant l'introduction générale, l'introduction et la conclusion de chacune des deux parties et la conclusion générale de l'ouvrage. Je serais également reconnaissant de pouvoir obtenir des contacts au sein respectivement de la Direction des Nations Unies du Ministère de l'Europe et des Affaires Etrangères, du Centre d'analyse, de précision et de stratégie rattaché au même ministère, et de la

Direction Générale de la Recherche et de l'Innovation au sein du Ministère de l'Enseignement Supérieur, de la Recherche et de l'Innovation car, selon moi, ils pourraient me permettre d'identifier d'autres sources de financement ou de soutien.

Et un très grand merci par avance à tous les membres de l'AFDD pour le soutien qu'ils pourraient m'apporter !

« LA COMPLIANCE »

COLLOQUE ORGANISE LE 10 JUIN

2021 à partir de 17h00

En distanciel via zoom

Avec le soutien de l'AFDD

Organisateurs :

Maxime DIOT, Délégué régional de l'AFJE Hauts de France, Directeur juridique de l'Institut Pasteur

Maxence LAUGIER et Jérôme ATTARD, Maîtres de conférences HDR, Codirecteurs Master Droit de l'entreprise de la Faculté de droit de Douai, Membres du Centre droit éthique et procédures et leurs étudiants du Master 2 Droit de l'entreprise (J. ATTARD est également membre de l'AFDD)

Renseignements : attard.jerome@wanadoo.fr

La compliance peut être définie comme l'ensemble des processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables. Pouvant résulter de démarches volontaires s'inscrivant dans le cadre d'une responsabilité sociale de l'entreprise, elle est parfois imposée par le législateur. La loi Sapin2 du 9 décembre 2016 l'a consacrée en obligeant les entreprises qu'elle vise à l'élaboration d'un code de bonne conduite, d'une cartographie des risques, d'un dispositif d'alerte et de procédures de vérification de l'intégrité des clients et fournisseurs de premier rang ainsi que des intermédiaires au regard de la cartographie des risques. La loi 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordres impose de son côté, un plan de vigilance visant à identifier les risques et prévenir les atteintes graves envers les droits humains, et les libertés fondamentales, la santé, la sécurité des personnes, ainsi que l'environnement résultant des activités de la société, de celles des sociétés qu'elle contrôle, de l'activité de ses sous-traitants ou de ses fournisseurs.

Programme

M Hugues Hellio, Directeur du Centre droit éthique et procédures, Mot de bienvenue

Propos introductifs par les étudiants du Master 2 droit de l'entreprise Faculté de droit de Douai.

Mme Magalie Guyot, chargée de sécurité financière à la Banque Populaire du Nord

«La lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme »

Représentants de l'AFJE

« La mise en place de la RSE dans le cadre d'une multinationale développant son activité dans le secteur industriel. »

(Séance de questions vers 17h45)

Mme Dimitra Pallantza, Maître de conférences à la Faculté de droit de Douai

« La protection des lanceurs d'alerte »

M Grégoire Hanquier, Directeur juridique, conformité et affaires publiques chez Data Legal Drive, Membre de l'AFJE et du Cercle Montesquieu

« La protection des données personnelles »

(Séance de questions vers 18h45)

Observations de clôture de M Jacques Mestre, Président de l'AFDD, Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de science politique de l'Université d'Aix-Marseille

TABLE DES ETUDES PARUES
DANS LES 25 PREMIERS NUMEROS D'HORIZONS DU DROIT
(librement accessibles sur le site informatique AFDD, onglet Publications)

Karim ADYEL

Interview (n°17, juill.-août 2020)

Ramsès AKONO ADAM

Réflexions sur la théorie de l'imprévision en droit OHADA des contrats (n°8, oct.2019)

Droit OHADA des modes alternatifs de règlement des litiges et exigence de transparence (n°11, janv.2020)

Chronique de jurisprudence africaine (n°23, févr.2021)

Lazare AMYE ELOUNA

La participation des assemblées parlementaires d'Afrique noire à la politique étrangère : le cas du Parlement camerounais (n°22, janv.2021)

Le seuil de l'autonomie du droit administratif dans les pays d'Afrique noire francophone (n°23, févr.2021)

Valentino ARMILLEI

La protection du lanceur d'alerte : quelques remarques sur l'article 6 de la loi Sapin 2 (n°17, juill.-août 2020)

La protection du lanceur d'alerte issue de la loi Sapin 2 n'est pas rétroactive (n°22, janv.2021)

Joël Louis ATANGANA

Le territoire dans les Constitutions africaines (n°24, mars 2021)

Jérôme ATTARD

Droits fondamentaux : Quelle place pour l'entreprise ? (n°25, avr.2021)

Patrice BADJI

Chronique de jurisprudence africaine (n°17, juill.-août 2020 ; n°18, sept.2020 ; n°19, oct.2020 ; n°20, nov.2020 ; n°21, déc.2020 ; n°22, janv.2021)

Hugo BARBIER

L'incidence sur les sociétés de la loi de ratification du 20 avril 2018 relative au droit commun des contrats (n°5, avr.2019)

Vers un droit des start-up (n°16, juin 2020)

Nawel BELHAJ

Dématérialisation et sociétés en droit tunisien (n°19, oct.2020)

Karine BERARD

Droits de l'Homme et Santé mentale : la reconnaissance tardive des patients comme sujets de droit (n°19, oct.2020)

Jean Mermoz BIKORO

La délégation spéciale dans le droit de la décentralisation des Etats d'Afrique noire francophone (n°24, mars 2021)

Sylvie BISSALOUÉ

Chronique de jurisprudence africaine (n°20, nov.2020)

Gérard BLANC

La filière francophone de droit de Beyrouth : un exemple de coopération interuniversitaire abouti (n°25, avr.2021)

Julia BOCCABELLA

Les évolutions imposées à la profession d'avocat par la crise sanitaire seront-elles pérennes ? (n°16, juin 2020)

Souleymane CAMARA

Le principe de légalité à l'épreuve de la covid-19 (n°18, sept.2020)

Amandine CAYOL

Dix ans après (anniversaire de thèse) ! (n°22, janv.2021)

Cédric CHAPELLE

Quelques aspects de l'évolution de la notion de force majeure en droit des contrats (n°24, mars 2021)

Charlemagne DAGBEDJI

La loi applicable à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance internationale (à propos d'un arrêt de la CJUE) (n°25, avr.2021)

Michel DI MARTINO

La cessation de paiement (n°22, janv.2021)

Lisa DUMOULIN

Deux fois dix ans après (anniversaire de thèse) ! (n°20, nov. 2020)

Sabrina DUPOUY

Regard juridique sur le soleil (n°7, sept.2019)

La défense de la Nature, sujet de droit ou intérêt à partager (n°9, nov.2019)

Séverine DUPUY-BUISSON

L'atteinte à l'intimité de la vie privée : un délit au cœur de l'actualité (n°20, nov.2020)

Frédéric ESSIANE

La réparation des préjudices nés de l'utilisation du sang humain en droit camerounais (n°21, déc.2020)

Romain FAGGIAN

Interview (n°24, mars 2021)

Olivier FANDJIP

Etude comparée des tendances du droit administratif en France et dans les Etats d'Afrique francophone à l'aune des obligations de l'Administration face à une demande (n°18, sept.2020)

Le dialogue des juges en contentieux administratif au Cameroun (avec E.G.Tonnang ; n°20, nov.2020)

La promotion des langues officielles et la diffusion des sources du droit au Cameroun (n°23, févr.2021)

Qowiyou FASSASSI

La crise de normativité dans la protection du consommateur OHADA (n°20, nov.2020)

Darius Kévin FOTSO DJOMKAM

Contourner l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public : petites recettes privatistes en droit camerounais (avec P.-C.Kampaing ; n°23, févr.2021)

Oualid GADHOUM

La conceptualisation en droit tunisien : entre l'effort, le flottement et la mutabilité (n°14, avr.2020)

La responsabilité pénale des personnes morales en matière de fraude fiscale (n°20, nov.2020)

Natalia GAUCHER

Chronique de jurisprudence africaine (n°20, nov.2020)

Bruno GAY

L'attraction du Droit pour les figures géométriques (n°3, janv.2019)

Jean GAZELIX

L'ambiguïté de la notion de perpétuité en matière pénale (n°22, janv.2021)

Christian GUAMALEU KAMENI

Retour sur le paiement de la taxe foncière par le preneur d'un local commercial (n°17, juill.-août 2020)

Raphaël GUBLER

Biodiversité, climat et crise sanitaire : Une révélation qui devrait conduire à une révolution des perspectives (avec C.Huglo ; n°16, juin 2020)

Julia HEINICH

Observations sur l'espace extra-atmosphérique (n°2, déc.2018)

Léon HOUNBARA KAOSSIRI

La théorie classique du patrimoine à l'épreuve du droit OHADA (n°12, févr.2020)

Christian HUGLO

Biodiversité, climat et crise sanitaire : Une révélation qui devrait conduire à une révolution des perspectives (avec R.Gubler ; n°16, juin 2020)

Nicolas IDA

Interview (n°19, oct.2020)

Mouhamed Moutal Issifou IDRISOU

La protection des données personnelles et le consommateur au Bénin (n°17, juill.-août 2020)

Franck JULIEN

Les juristes au cœur de la relance économique (n°21, déc.2020)

Pierre-Claver KAMPAING

Contourner l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public : petites recettes privatistes en droit camerounais (avec D.K.Fotso Djomkam ; n°23, févr.2021)

Le droit de grâce en matière pénale : une disgrâce de la Justice pénale ? (n°25, avr.2021)

Hervé KOBO

Le renforcement des libertés fondamentales dans l'évolution récente du droit des sanctions administratives (n°22, janv.2021)

Sandie LACROIX-DE SOUSA

Dix ans après (anniversaire de thèse) ! (n°17, juill.-août 2020)

Fleur LARONZE

Dix ans après (anniversaire de thèse) ! (n°19, oct.2020)

Arnaud LATIL

Dix ans après (anniversaire de thèse) ! (n°21, avr.2021)

Cédric LATIL

La nullité d'un contrat conclu en violation d'une règle déontologique (n°6, mai-juin 2019)

Regard juridique sur les objets connectés (n°14, avr.2020)

Cécile LE GALLOU

Interview (n°25, avr.2021)

Patrick Juvet LOWE GNINTEDEM

La protection des savoirs traditionnels entre contestation et triomphe du droit de propriété (n°19, oct.2020)

OAPI : Droit d'auteur, le vent des réformes (n°21, déc.2020)

Hugues Joël MAMA OTABELA

Le contrôle de la société anonyme par les actionnaires minoritaires (n°13, mars 2020)

Pierre MARTEL

Le juge administratif ignore l'interruption de la prescription du recouvrement par un avis à tiers détenteur infructueux (n°22, janv.2021)

Armand MBARGA

La sanction du défaut de mise en harmonie des entreprises publiques en droit OHADA (n°25, avr.2021)

Laure MERLAND

Regards sur le droit indien : du Gange au numérique ! (n°20, nov.2020)

L'interdiction coutumière de naître et de mourir sur l'île de Miyajima au Japon (n°24, mars 2021)

Jacques MESTRE

Droit des contrats et arithmétique font-ils bon ménage ? (n°1, nov.2018)

Le doctorat en droit (n°4, févr.2019)

Brèves réflexions sur l'intérêt social (n°10, déc.2019)

Chronique de jurisprudence africaine (n°15, mai 2020)

La loi sénégalaise du 6 janvier 2020 relative à la création et à la promotion des start-up (n°16, juin 2020)

Quelques observations sur l'arbitrabilité en droit des sociétés (n°17, juill.-août 2020)

Petit regard juridique sur l'Optimisation (n°23, févr.2021)

Quelques précisions sur les pouvoirs du juge des référés dans la vie des sociétés commerciales (n°25, avr.2021)

Héloïse MEUR

Retour sur la notion de matière contractuelle en droit international privé européen (n°19, oct.2020)

Hervé Magloire MONEBOULOU MINKADA

Droit pénal et droit de la criminalité transnationale organisée : Plaidoyer pour l'émergence d'un droit pénal souple (n°16, juin 2020)

Ali Djambae NASSER

La protection sociale de l'Union des Comores : un modèle classique en construction à l'épreuve de la réalité socio-économique (n°21, déc.2020)

Jean Marie Noël NDZINA NOAH

Les exigences statutaires pour les organismes de régulation au Cameroun (n°25, avr.2021)

Guillaume N'GUETTA

Interview « Regards croisés sur les pactes d'actionnaires à la lumière des droits OHADA et français » (n°16, juin 2020)

Jean-Marie de POULPIQUET

Interview « A la conquête de l'espace » (n°15, mai 2020)

Emmanuel PUTMAN

La simplification des modes de saisine des juridictions de l'ordre judiciaire : réalité ou trompe l'œil ? (n°17, juillet-août 2020)

Benoît RAYNAUD

Vingt ans après (anniversaire de thèse) ! (n°23, févr.2021)

David RICHARD

Digitilisation of construction in France : a path to develop and improve mediation
(n°15, mai 2020)

Amadou Yaya SARR

Les diverses Organisations d'intégration en Afrique et le rôle du droit
communautaire (n°23, févr.2021)

Interview (n°23, févr.2021)

Edmond SCHLUMBERGER

Dix ans après (anniversaire de thèse) ! (n°24, mars 2021)

Anthony TARDIF

Nouvelles variations autour des clauses d'exclusion de garantie du risque assuré
(n°14, avr.2020)

Edouard Gnimpieba TONNANG

Le dialogue des juges en contentieux administratif au Cameroun (avec O.Fandjip
; n°20, nov.2020)

Jerémie TORRES-CEYTE

Interview (n°18, sept.2020)

Daniel TRICOT

Bulletin de note sur l'arbitrage en France en 2021 : « En progrès, peut mieux
faire » (n°25, avr.2021)

Christian Fabrice YINDJO TOUKAM

Les fondements du droit du citoyen à la bonne gouvernance dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire francophone (n°24, avril 2021)



AFDD