

Horizons du droit

The background features a solid teal color at the top. Below it, there are several overlapping, organic, wavy shapes in various colors: a dark purple shape on the left, a large red shape in the center, a yellow shape at the bottom, and a green shape on the right. The overall composition is modern and artistic.

N°21

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° 21 – décembre 2020

Page 5 Communiqué du Conseil d'administration de l'AFDD, en date du 20 novembre 2020, sur la voie d'accès des Docteurs en Droit au Barreau

Page 8 Les juristes au cœur de la relance économique

Franck JULIEN

Page 34 La réparation des préjudices nés de l'utilisation du sang humain en droit camerounais

Frédéric ESSIANE

Page 56 La protection sociale de l'Union des Comores : un modèle classique en construction à l'épreuve de la réalité socio-économique

Ali Djambae NASSER

Page 70 OAPI : Droit d'auteur, le vent des réformes

Patrick Juvet LOWE GNINTEDEM

Page 76 Chronique de jurisprudence africaine

Patrice BADJI

Page 83 Les membres de l'AFDD publient : David RICHARD, Le droit du BIM (*Building Information Modelling*)

David RICHARD

Page 89 Lancement du prix de l'Association Française des Docteurs en Droit, *Environnement-Energie*

**Communication du conseil
d'administration de l'AFDD sur la voie
d'accès des docteurs en droit au barreau
(20 novembre 2020)**

Sandrine Clavel, professeure de droit privé, et Kami Haeri, avocat, ont récemment remis au Garde des Sceaux un rapport sur la formation des avocats, commandé par la direction des affaires civiles et du sceau. Or les auteurs de ce rapport, sans remettre en cause l'actuelle voie qui permet aux docteurs en droit d'accéder directement aux écoles de formation du Barreau, proposent cependant de la subordonner désormais à l'accomplissement par le docteur de soixante heures d'enseignement en droit, effectuées en deux ans maximum et de manière successive, au sein d'un établissement dont dépend l'école doctorale auprès de laquelle le doctorant aura effectué sa thèse. Une condition, ajoutent les rapporteurs, que remplissent pratiquement tous les docteurs dès lors qu'ils se sont véritablement investis dans leur cycle doctoral.

Naturellement, l'Association Française des Docteurs en Droit ne se reconnaît pas qualité pour formuler elle-même des propositions à la suite de ce rapport et laisse donc les autorités saisies pleinement décisionnaires des suites qu'il convient de lui donner. Simplement, en sa qualité d'association d'utilité publique chargée de mettre en valeur ce beau diplôme qu'est le doctorat en droit, elle souhaite elle-même rappeler son attachement au maintien de l'actuelle voie d'accès et attirer aussi l'attention sur le développement considérable que connaissent aujourd'hui les conventions Cifre permettant la préparation d'un doctorat en dehors d'une carrière universitaire, en partenariat étroit avec une structure professionnelle ou une entreprise dans laquelle le doctorant travaille à mi-temps.

Plus généralement, l'AFDD souhaite également souligner qu'au-delà de cette question de la voie d'accès, on ne doit oublier l'apport des avocats docteurs en droit à leur profession. Certes, il va de soi qu'un parcours doctoral n'est aucunement une condition de réussite professionnelle, mais par leur capacité de recherche et de publication, ces avocats nous paraissent quand même largement contribuer au rayonnement du Barreau. Notre Association le constate d'ailleurs quotidiennement, dans l'organisation de colloques et congrès, dans la publication d'ouvrages collectifs dont ces avocats ont pris depuis plusieurs années l'initiative (le prochain va réunir plus de 50 contributions comparatives sur les droits fondamentaux), ou encore dans le cadre de notre revue électronique Horizons du Droit où les avocats docteurs jouent un rôle essentiel. Et très prochainement, l'AFDD en sera à nouveau le témoin puisque la Newsletter internationale qu'elle va lancer en janvier 2021 va s'appuyer très fortement sur un réseau de correspondants étrangers, dont une grande part est constituée par des avocats ayant fait leur thèse en France et très fiers tant de l'avoir conduite dans notre pays que d'avoir pu à sa suite apprendre les bases de leur métier dans une Ecole du barreau française !

Aussi, au moment où le sort de la voie d'accès est une nouvelle fois discuté, l'AFDD estime de sa responsabilité de rappeler ces quelques données très concrètes pour que ne s'altèrent pas les liens étroits entre le Barreau et le doctorat en droit et que nos jeunes docteurs ne soient pas à l'avenir tentés de délaisser cette si belle profession pour d'autres qui pourraient être séduites par leur capacité de créativité et d'innovation. Des liens très étroits aussi humainement, que nous nous permettrons d'illustrer, en terminant, par l'évocation d'une très belle figure du Barreau : celle d'Albert Viala, jeune toulousain titulaire d'un diplôme d'études supérieures qui arriva à l'Oflag XVIII A en août 1940 à l'âge de vingt-cinq ans et qui, sur la suggestion de Jean Rivero qu'il y rencontra, entreprit une thèse de doctorat en droit !

Cette thèse, Albert Viala la soutint à sa libération, après avoir tout fait, en 1944, pour sauver son manuscrit lorsqu'à la dissolution de cet Oflag, il dut rejoindre un autre camp de prisonniers et choisir alors entre quelques vivres et les pages de son labeur. Comme devait l'écrire ensuite Georges Vedel en préface à cette thèse, « *garder, tout au long des jours gris, son attention fixée sur le même objet ; ne point céder à la tentation de changer de divertissement, résister à l'énervement quand se dérobe une documentation indispensable et vainement attendue ou simplement quand manque l'encre sur le papier, être fidèle à un dessein dont rien ne marque la nécessité ni le terme, voilà qui fut difficile* ». Et d'ajouter à propos du choix d'Albert Viala de privilégier son manuscrit sur quelques subsistances terrestres : « *Rarement, l'option entre la chair et l'esprit eut une forme aussi concrète* » ! Un choix donc éminemment courageux, qui ne pouvait que préluder à une superbe vie de juriste, comme le fut effectivement celle d'Albert Viala, ensuite bâtonnier du Barreau de Toulouse et président de la Conférence des Bâtonniers de France...

Les juristes au cœur de la relance économique

**Franck Julien - Executive Director - Senior Legal Counsel - Crédit Agricole CIB-
Docteur en droit - Professeur associé - Université Paris II Panthéon-Assas**

Le présent article est issu d'une intervention de l'auteur effectuée le 14 octobre 2020, dans le cadre du colloque ('webminar') de l'Association Française des Docteurs en Droit (AFDD) « Les juristes au cœur de la relance économique », organisé par le Professeur Jacques Mestre, président de l'AFDD.

Pas de relance sans finance. Il est clair que le maintien ainsi que la relance de l'activité économique ne peuvent se faire sans capitaux, pour financer les investissements, renforcer les fonds propres des entreprises, renflouer leurs trésoreries¹. De nombreux textes adoptés par le gouvernement pour faire face à la crise économique issue de la pandémie Covid 19 (la « Pandémie ») illustrent cette évidence², dans un contexte très particulier. Urgence et nécessité sont en effet les deux mots caractérisant la situation issue de la Pandémie. « *La loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, adoptée en seulement quelques jours par les deux chambres du Parlement – a été publiée au Journal Officiel du 24 mars 2020. Elle contient une série de mesures exceptionnelles touchant notamment la vie des entreprises, en particulier la mise en œuvre d'un « état d'urgence sanitaire », ou encore l'habilitation donnée au gouvernement de légiférer par ordonnances pour soutenir l'économie*³. ».

Le thème de ce colloque revêt une dimension psychologique de première importance. Tous les acteurs sont en effet concernés, et en particulier les banques⁴, pour s'inscrire dans une dynamique de reprise, car « *beaucoup de*

¹ « Communication financière au temps du Covid-19 : les constats de l'AMF », BRDA 20/20, p. 6 - « Covid-19 : analyse des données des entreprises (1^{er} mai – 31 juillet 2020) », Bull. Jol. Ent. En diff., sept. oct. 2020, p.7

² <https://www.economie.gouv.fr/plan-de-relance/place-de-paris-soutien-financement-entreprises#>

³ « COVID 19 présentation des ordonnances », cabinet Gide, <https://www.gide.com/fr/actualites/covid-19-livret-de-presentations-des-ordonnances>

⁴ « *Les banques ont fait part, dès la semaine dernière, de leur totale mobilisation afin d'accompagner leurs clients, en particulier commerçants, professionnels, petites et moyennes entreprises, qui pourraient faire face à des difficultés résultant du développement de l'épidémie de coronavirus pouvant impacter temporairement leur activité. Les banques françaises seront à leur côté pour les accompagner dans cette période exceptionnelle* » : communiqué de presse Fédération Bancaire Française, 15 mars 2020.

projets stratégiques ont été repoussés. Les secteurs les plus touchés se sont focalisés sur le bilan, la liquidité, l'analyse de l'impact de la crise sur leurs clients en termes de commandes, de délai de paiement ou quant à la capacité d'honorer leurs contrats »⁵.

Dans le domaine des fusions acquisitions, les difficultés rencontrées par les entreprises peuvent créer des opportunités pour des investisseurs, mais la situation de crise a rendu les 'due diligences' sur les cibles identifiées bien plus complexes, difficiles et délicates⁶. Quelques projets de transactions significatives ont été stoppés, voire abandonnés, et les perspectives sont moins nombreuses⁷.

Le secteur du private equity⁸ « est aujourd'hui au ralenti. Le nombre d'opérations a ainsi chuté de 35% depuis le début de l'année. Ce ralentissement va se poursuivre dans les prochains mois, de nombreuses incertitudes demeurant quant aux conditions économiques futures. La valorisation des actifs est très complexe compte tenu de la chute des profits et de la volatilité des multiples. Par ailleurs, les deux tiers des opérations de LBO (leverage buy-out) en Europe sont réalisés de fonds à fonds, contrairement aux Etats-Unis, et beaucoup d'acteurs vont retarder la vente de leurs participations. La durée de détention moyenne, avoisinant les cinq ans en 2019, va croître. Cela va dès lors alimenter une congestion sur le marché européen. (...). L'argent engagé par les investisseurs, mais non encore investi, est aujourd'hui à des sommets.⁹ ».

⁵ « M&A – classement exclusif – la fête est finie », P. Bay et J. Morisseau, cités par F. le Quintrec, l'Agefi Hebdo, 2 au 8 juillet 2020, p. 22 et s.

⁶ « Le concept d'EBITDAC (bénéfice avant intérêts, impôts, dépréciation, amortissement et coronavirus) est apparu dans le compte de résultats de certaines entreprises, comme celui de l'allemand Schenk Process qui a réintégré plus de 5 millions d'euros, qu'il aurait dû, selon lui, réaliser s'il n'avait pas subi les effets du confinement » : F. Le Quintrec, « M&A – classement exclusif – la fête est finie », p. 23.

⁷ « Le droit au service du redémarrage des fusions-acquisitions : une opportunité à saisir », P. Tardivy, P. Hubert, Option Finance n° 1562, 8 juin 2020, p. 40

⁸ Le private equity est une forme privée d'investissement dans des entreprises, généralement non cotées, souhaitant financer leur développement par un apport de capitaux non-publics.

⁹ J.M. Leroux, Bain & Company, cité par V. Deneuille, « Capital-investissement – les fonds s'adaptent à la crise », l'Agefi Hebdo, 27 août au 2 sept. 2020, p. 22.

Or le financement, l'investissement, sont inconcevables sans sécurité juridique, issue de la prévisibilité juridique. Dans les contraintes de temps imposées par l'état d'urgence sanitaire, un nombre impressionnant, considérable, de textes normatifs¹⁰, français, européens, internationaux, ont été adoptés, dans des délais très courts, pour faire face à la situation de crise sanitaire provoquée par la Pandémie¹¹ à l'origine d'une crise économique (la « situation de crise »). Il y a donc une formidable masse de normes, guides et éclairages à lire, comprendre, analyser, interpréter, expliquer, clarifier. Les commentaires publiés en doctrine fournissent très souvent des clefs de compréhension précieuses, quel que ce soit l'ordre juridique concerné¹². Tout ceci requiert une méthode éprouvée, un esprit de synthèse, de la rigueur, et une véritable aptitude à la pédagogie et au conseil, autant de qualités détenues par un juriste.

¹⁰ EBA : <https://eba.europa.eu/coronavirus> - Décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé - LOI n° 2020-856 du 9 juillet 2020 organisant la sortie de l'état d'urgence sanitaire

France : arrêtés, décrets, lois et ordonnances :

<https://cms.law/fr/fra/offres/covid-19-coronavirus/mesures-exceptionnelles>

<https://www.vie-publique.fr/dossier/273985-les-ordonnances-covid-19-mars-juin-2020-dossier>

<https://www.e-tlf.com/2020/09/01/mesures-relatives-a-la-lutte-contre-la-propagation-du-virus-covid-19-arrete-du-14-03-20/>

foires aux questions : <https://www.service-public.fr/particuliers/actualites/A13959>

¹¹ Ex : décret n° 2020-1140 du 15 septembre 2020 modifiant le dispositif d'aides ad hoc au soutien de la trésorerie des entreprises fragilisées par la crise du covid-19.

<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042334412>

Dans le contexte de la crise sanitaire de covid-19 et de ses répercussions sur l'activité économique, le présent décret modifie le champ d'application du dispositif d'avances remboursables et de prêts à taux bonifiés aux petites et moyennes entreprises, hors microentreprises, et aux entreprises de taille intermédiaire fragilisées par la crise, et n'ayant pas trouvé de solutions de financement auprès de leur partenaire bancaire ou de financeurs privés. La société anonyme Bpifrance Financement SA est chargée de la gestion opérationnelle de ces aides.

¹² « La crise sanitaire de 2020 et le droit administratif », J.M. Pontier, AJDA, 21 sept. 2020, n° 30, p. 1692 et s. – « Les petites entreprises et l'après Covid-19 – légiférer sur la petite entreprise : un besoin au-delà de la crise sanitaire », S. Tisseyre, Rec Dalloz, 24 sept. 2020, n°32, p. 1801 et s.

Au sein d'un établissement de crédit, les questions émanent tout autant des ingénieurs financiers en charge de répondre à une demande de financement (équipes dites de 'front office' ou d'origination), que des équipes ou fonctions support responsables du suivi d'une opération en cours (équipes dite de 'middle office') ou de gérer les opérations en portefeuille sur des aspects spécifiques (équipes dite de 'portfolio management').

Le juriste est donc conduit à analyser les problématiques qu'il a identifiées ou qui lui sont soumises, à s'interroger sur leur incidence pour la banque¹³, dans une approche globale de l'activité de l'entité, et dans la perception que peuvent en avoir les tiers¹⁴.

La proximité du juriste interne et des équipes opérationnelles permet au premier d'identifier et de comprendre toutes les contraintes pesant sur les secondes, et aussi de saisir l'importance d'un accompagnement adapté à la situation de crise. Cela requiert de sa part une parfaite compréhension des produits financiers concernés, dans leurs tenants et aboutissants, afin d'anticiper les difficultés susceptibles d'intervenir tant en amont (négociation, structuration, processus de syndication primaire ...) qu'en aval (exécution du contrat, restructuration) de la relation nouée avec le client.

Le rôle du juriste est de conseiller son interlocuteur afin de lui permettre de prendre une décision, de faire ou de ne pas faire. Seul l'interlocuteur du juriste peut en effet décider car lui seul détient une connaissance globale du contexte dans lequel la transaction négociée s'inscrit. Le juriste intervient donc dans un processus de réflexion puis de prise de décision, qu'il s'attache à favoriser, sans préjuger d'ailleurs de la nature même (positive ou négative) de la position attendue. Ce processus peut exister à l'échelle du chargé d'affaires, de sa ligne hiérarchique ou du comité de crédit, que le juriste devra le cas échéant éclairer.

¹³ Toute démarche de la banque doit en effet être envisagée sous l'angle de la responsabilité éventuelle, que ce soit par action ou par abstention.

¹⁴ Les observateurs institutionnels, le marché, les investisseurs, le régulateur, les autorités financières de place ...

Ce rôle perdure dans un contexte de crise, avec pour le juriste une obligation d'éclairer son interlocuteur plus importante, sans doute, qu'en temps ordinaire. Car les engagements souscrits en période de crise, parfois peut-être dans l'urgence, seront pleinement opposables une fois la crise terminée. Un devoir général de vigilance et de discernement continue donc de peser sur l'établissement de crédit.

Le juriste sera d'autant plus en mesure d'y répondre qu'il assure une veille régulière des textes, normes et autres réglementations ou positions de place et en particulier ceux adoptées en situation de crise. Cette attention portée aux publications présente le premier mérite de faire du juriste un interlocuteur crédible. Elle permet également, de manière anticipée, d'attirer l'attention sur l'opportunité de telle mesure ou norme en cours de discussion ou adoptée, ainsi que de ses limites ou faiblesses, en vue le cas échéant d'un débat au sein des instances professionnelles de place¹⁵. La veille juridique permet aussi une mise en perspective des situations passées et nouvelles, contribuant à enrichir, de façon critique, le regard porté sur une problématique donnée, d'acquérir une capacité de discernement utile dans les relations avec les équipes opérationnelles¹⁶.

La démarche bancaire classique n'est en rien modifiée dans ses fondamentaux par la situation de crise, à savoir (i) répondre à la demande du client et (ii) protéger les intérêts de la banque. Il importe donc d'offrir de la visibilité aux

¹⁵ Voir par ex R. Ferrère et M. Issad, « *Eté prolifique pour la Commission européenne : panorama des propositions pour soutenir la reprise post-Covid 19* », *Option Finance* n° 1573, lundi 14 sept. 2020, p. 43 et s. : « *la Commission européenne propose de supprimer un certain nombre de contraintes formelles de la directive MiFID II qui ne sont pas strictement nécessaires, notamment dans un contexte post-crise, et de recalibrer avec davantage de précisions les exigences en matière de protection des investisseurs* ».

¹⁶ Voir par exemple M. Roussille, « *PGE : le levier prudentiel, antiviral du credit crunch. Et la sécurité juridique dans tout cela ?* », *rev. De Droit bancaire et financier*, n° 3, mai-juin 2020, p. 3 et S. – H. Hoepffner, « *L'indemnisation des surcoûts liés à l'épidémie de Covid- 19 dans les contrats de la commande publique* », *Contrats et marchés publics*, n° 8-9, août sept. 2020, p. 7 et s. - Livre Blanc de l'association Droit et commerce intitulé "Le droit des affaires, instrument de gestion de crise... et de reprise - Les entreprises à l'épreuve de la pandémie", 2020, sous la direction de J. Heinich.

équipes de l'établissement de crédit afin de leur permettre soit d'adapter l'offre de crédit au nouveau contexte ainsi qu'aux contraintes et besoins de leurs interlocuteurs¹⁷, soit de gérer une situation contractuelle en cours¹⁸. Autant de situations qui font du juriste à la fois une source d'explications (I) et une force de propositions (II).

I. Les explications fournies par le juriste¹⁹

Face à la situation de crise, les demandes d'informations ont concerné principalement le recours à la signature électronique (A) et la force obligatoire du contrat (B).

A. La signature électronique²⁰

Les mesures de confinement imposées par la Pandémie ont empêché l'emploi des modes classiques de signature manuscrite. Parmi les questions posées figure celle du recours à la signature électronique des contrats négociés ou renégociés. Bien que la signature électronique figure depuis l'an 2000 dans le code civil, en temps ordinaire, les parties ont conservé l'habitude de l'emploi de la signature manuscrite, plus conviviale et éprouvée. Dans sa version électronique, la signature consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant le lien entre une signature, qui identifie son auteur tout en manifestant le consentement de celui-ci aux obligations de l'acte concerné, et l'acte juridique auquel ladite signature s'attache²¹. La signature électronique

¹⁷ Equipe de structuration et d'origination ('front office').

¹⁸ Equipes en charge du suivi des encours ('middle office') ou de la gestion des opérations en portefeuille ('portfolio management').

¹⁹ Voir par exemple : « *Les relations d'affaires à l'épreuve du COVID-19 – difficultés d'exécution du contrat en raison de l'épidémie : les premiers contrôles à effectuer* », E. Flaicher-Maneval, C. Flatrès, CMS Francis Lefèbvre, BRDA 11/20, p. 26 et s.

²⁰ Article 1366 : « *L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, sous réserve que puisse être dûment identifiée la personne dont il émane et qu'il soit établi et conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité.* » « *Coronavirus : electronic signatures : when can these be used ? a global perspective* », Clifford Chance, mars 2020, www.cliffordchance.com – « *La signature électronique, le must have de la rentrée ?* », C. Guicheteau, Juriste d'entreprise magazine, n° 37, p. 42.

²¹ Article 1367 du Code civil.

simple désigne le procédé par lequel le signataire fournit lui-même les informations personnelles le concernant, le contrôle étant assuré par l'envoi d'un code unique OPT²² par sms. En présence d'une signature électronique avancée, le niveau de sécurité est plus important en ce qui concerne l'identité du signataire, établie de manière claire par la création d'un certificat, via la communication par l'intéressé d'un document d'identité. La signature électronique qualifiée offre le plus haut niveau de sécurité : le certificat nécessite la présentation d'un document d'identité mais aussi un entretien en face à face avec le signataire²³.

Au-delà de ces aspects techniques, en période de relance, il est important de mentionner toutes les économies permises, selon les études effectuées, par ce procédé de signature. Ainsi, *« la signature électronique ferait gagner 2,20 heures par contrat et 9,47 euros par transaction (impression, papier, consommables, frais d'affranchissement ...) (...). Jusqu'à 82% des accords sont conclus en moins d'une journée et 49 % en moins de 15 minutes ! J'ajouterai un chiffre qui parle aux juristes : notre étude a souligné que les entreprises pouvaient économiser en moyenne 100 000 euros par an en frais juridiques et en pénalités commerciales liées aux litiges sur des documents signés. (...). La signature électronique fluidifie le parcours client, diminue les temps de traitement et les coûts, tout en évitant les erreurs humaines. Elle est source de gains de productivité et de sécurité juridique. »*²⁴. Le contractant s'est interrogé également sur le principe de la force obligatoire du contrat.

B. La force obligatoire du contrat

La situation de crise donne-t-elle prise à une remise en cause du lien contractuel ? Nul doute que la radicalité des effets de la Pandémie et les mesures

²² One Time Password.

²³ Sur tous ces points, lire C. Guicheteau, op cit., p. 42

²⁴ C. Guicheteau, op cit, p. 43

imposées par la situation de crise bouleversent les prévisions et attentes des parties. Il est important de rappeler toutefois que l'anéantissement d'un contrat doit être murement réfléchi et ce pour plusieurs raisons. La mise en place de l'édifice contractuel est très souvent consommatrice de temps, de ressources humaines et financières ; par ailleurs, une fois exécuté ou en cours d'exécution, le contrat, ou le groupe de contrats, a vocation à développer des effets positifs non seulement pour le cercle restreint des parties signataires, mais aussi plus largement pour le personnel des entités du groupe concernées, les fournisseurs, les sous-traitants, voire la collectivité (cotisations diverses, charges sociales, impôts, taxes ..). Tout doit donc être entrepris pour tenter de sauver le contrat, et le juge qui serait saisi effectuerait une vérification en ce sens.

En ces circonstances de crise, l'établissement de crédit se doit donc d'entendre et d'accompagner autant se faire que peut, le client dans la réalisation de la relation contractuelle. Ceci tient en particulier aux dispositions de droit commun qui imposent une négociation et exécution de bonne foi des contrats²⁵, ou permettent au débiteur aux abois, face à un créancier peu coopératif, de bénéficier de l'octroi d'un délai de grâce²⁶ sur décision du juge, étant précisé que, dans le contexte particulier de la situation de crise, des mesures dérogatoires ont été adoptées afin de prévenir la survenance de difficultés pour les entreprises²⁷. Certaines questions ont toutefois pu se poser en ce qui concerne le recours à la théorie de la force majeure (1), de l'imprévision (2) sans occulter les dispositifs contractuels trouvant par exemple leur expression dans une clause de changement significatif contraire (3).

²⁵ De cette obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, dérivent deux devoirs particuliers pour le partenaire contractuel : un devoir de loyauté et un devoir de coopération, pour atteindre une exécution optimale de la relation contractuelle : F Julien, « Financements bancaires et bonne foi », Rev Banque et Droit n° 135, janv. Fév. 2011, p.7.

²⁶ Art. 1343-5 du code civil.

²⁷ Pendant l'état d'urgence sanitaire, l'ordonnance n° 2020 du 25 mars 2020 prévoit que les astreintes (prononcées par les juridictions), les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation qui était attendue pendant cette période, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit leur effet.

1. Force majeure

La survenance de la Pandémie ou de la situation de crise était-elle imprévisible, et place-t-elle les parties, établissement de crédit ou emprunteur²⁸, face à une impossibilité d'exécution ? La force majeure est définie à l'article 1218 du code civil, dans sa rédaction issue de la réforme de 2016²⁹. La question de savoir si la Pandémie était ou non prévisible dépend de la date de conclusion du contrat considéré, étant précisé que le critère de l'imprévisibilité est interprété de manière relative par la jurisprudence, car selon certains rien n'est imprévisible de façon absolue. Etat de chose pris en compte d'ailleurs par l'article précité du code civil, qui vise l'événement « *qui ne pouvait être raisonnablement prévu* »³⁰.

En présence d'un contrat conclu ou renouvelé après l'apparition de la Pandémie, « *la condition de l'imprévisibilité ne sera sans doute pas considérée comme remplie* »³¹. Pour le futur, le contrat pourra contenir des clauses appropriées permettant d'anticiper l'avenir (aggravation des mesures de police administrative, explosion des coûts liés à l'exécution d'un contrat, ..) et les parties seront avisées alors de se démarquer du code civil, pour élaborer leur propre

²⁸ A titre d'exemple, il est permis de penser que, dans le cadre de l'affaire 'Cœur Défense' ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 8 mars 2011, les difficultés rencontrées par l'emprunteur, suite à la disparition de la banque Lehman Borthers, pouvaient donner prise à une analyse sous l'angle de la force majeure.

²⁹Article 1218 : « *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1.* »

³⁰ Sur tous ces aspects, voir l'étude de J. Heinich, « *L'incidence de l'épidémie de Coronavirus sur les contrats d'affaires : de la force majeure à l'imprévision* », Recueil Dalloz, 26 mars 2020, n° 11, p. 2. Voir également M. Julienne, « Régime général des obligations », LGDJ, 3° ed., n° 674 et s., p. 432

³¹ J Heinich, op. cit, P. 3

clause de force majeure³². Enfin, il convient de rappeler qu'en 2014, la Cour de cassation a décidé « *que le débiteur d'une obligation contractuelle de somme d'argent inexécutée ne peut s'exonérer de cette obligation en invoquant un cas de force majeure*³³ ». Se pose ensuite la question du coût de l'exécution du contrat.

2. Imprévision

La question est ici de savoir si, face à une augmentation drastique des frais et coûts issus de l'exécution du contrat, les parties peuvent tirer argument de la Pandémie ou de la situation de crise, pour tenter une reconsidération des termes de leur accord. Telle est la question dite de l'imprévision. Selon l'article 1195 du code civil, « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe. »

On indiquera seulement qu'en matière d'imprévision, le changement que subit le contrat en raison de la survenance de circonstances imprévisibles, doit avoir

³² « Covid-19, force majeure et marché de l'électricité », M. Lamoureux, la Sem Jur. Entr. Et Aff., n° 38, 17 sept. 2020, p. 40 et s., étude n° 1350 : « *dans un litige opposant EDF et Total Energie, le président du tribunal de commerce de Paris, statuant en référé, a jugé que les conditions de la force majeure telle que définie par l'accord cadre les unissant étaient manifestement réunies (décision qui a ensuite été confirmée par la cour d'appel de Paris). Total Direct Energie invoquait la force majeure au titre de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour y faire face, qui ont provoqué une chute des cours sur le marché de gros de l'électricité* ». La portée de cette solution « *ne doit cependant pas être généralisée, dans la mesure où l'accord-cadre litigieux comportait une définition contractuelle extensive de la force majeure.* »

³³ Cour de cassation, ch. com., arrêt du 16 sept. 2014, pourv. n° 13-20.306.

pour effet non pas de rendre l'exécution du contrat impossible, mais particulièrement coûteuse. En matière bancaire, la pratique largement répandue consiste à écarter l'application de cet article³⁴, jugé trop attentatoire à la confidentialité. En effet, s'agissant des opérations de financement complexe, faute pour le juge, très souvent, de détenir une maîtrise intellectuelle de ces montages, les parties prendraient le risque de voir ce dernier nommer un ou plusieurs experts, situations coûteuses en temps, argent et peu propices au respect de la confidentialité. L'autre inconfort issu de l'application de l'article 1195 tient au fait qu'il ne produit pas d'effet suspensif, contrairement à la force majeure. Il convient de noter par ailleurs qu'en matière d'opérations sur titres et contrats financiers, l'article 1195 n'est pas applicable³⁵. Toutes ces limites confèrent une réelle utilité aux clauses de hardship³⁶ et en particulier à la clause 'MAC'.

³⁴ Contra : « Feu le caractère supplétif de l'article 1195 du code civil sur l'imprévision », B. Mercadal, BRDA 19/20, étude 22. S'agissant du droit administratif, le Conseil d'Etat a retenu la position suivante dans un arrêt du 21 octobre 2019 (n° 419155, Sté Alliance) : « *une indemnité d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'administration, et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat. Le concessionnaire est alors en droit de réclamer au concédant une indemnité représentant la part de la charge extracontractuelle que l'interprétation raisonnable du contrat permet de lui faire supporter. Cette indemnité est calculée en tenant compte, le cas échéant, des autres facteurs qui ont contribué au bouleversement de l'économie du contrat, l'indemnité d'imprévision ne pouvant venir qu'en compensation de la part de déficit liée aux circonstances imprévisibles* ».

³⁵ « *L'article 1195 du code civil n'est pas applicable aux obligations qui résultent d'opérations sur les titres et les contrats financiers mentionnés aux I à III de l'article L. 211-1 du présent code.* »

³⁶ La clause de hardship permet aux parties d'adapter et de reconsidérer les termes et conditions de la relation contractuelle suite à la survenance d'un événement, ou d'une série d'événements extérieurs et imprévisibles, ayant pour effet de porter atteinte de manière significative à l'équilibre recherché du contrat. Voir notamment : « *De l'intérêt des clauses de force majeure, hardship et MAC en temps de crise* », R. Boyet, A. Fevre, M. Fleury, Option Finances, 15 juin 2020, dossier spécial, <https://www.optionfinance.fr/services/lettres-professionnelles/la-lettre-des-fusions-acquisitions-et-du-private-equity-avec-cms-francis-lefevre-avocats/covid-19-impacts-sur-les-operations-de-ma/de-linteret-des-clauses-de-force-majeure-hardship-et-mac-en-temps-de-crise.html>

3. Clause de changement significatif contraire ou clause MAC³⁷

Quelles que soient les circonstances, la période pré-contractuelle ou contractuelle doit en principe toujours offrir une porte de sortie à la banque en cas de survenance d'un événement, ou d'une série d'événements, de nature à bouleverser ou remettre radicalement et durablement en cause le cadre d'affaires initialement envisagé par les parties.

Compte tenu de la situation de crise, cette clause semble retrouver toute son utilité, du moins en période pré-contractuelle³⁸. Les parties doivent cependant être conscientes qu'elle ne pourra recevoir application que dans des circonstances très limitées, lorsque l'événement ou la série d'événements pris en référence, porte un coup d'une magnitude considérable, au cœur même de la transaction, provoquant l'écroulement des perspectives escomptées. Tels sont précisément les critères de mise en œuvre d'une clause de changement significatif contraire dégagés par les juges, que ce soit en matière de financement³⁹ ou de rapprochement d'entreprises⁴⁰

L'intention des juges est en effet d'éviter que la simple perspective de diminution de la rentabilité attendue d'une transaction ne soit retenue par une partie, pour porter atteinte au principe de force obligatoire du contrat, et donc au lien contractuel, alors que les pertes sont inhérentes à la vie des affaires.

En matière de fusion et acquisition (M&A⁴¹), le changement de circonstances peut tenir dans un écart considérable entre le prix de cession initialement convenu et la valorisation de la société cible, ou une détérioration particulièrement

³⁷ Clause de 'material adverse change' – voir J.M. Lamontagne, F. Julien, « Material adverse change et financements bancaires syndiqués », *Rev Banque et Droit* 2003, n° 91, sept. Oct 2003, p. 27 et s. et « Material adverse change and syndicated bank financing », *J.I.B.L.R.*, issue 6, 2004, Sweet & Maxwell Ltd.

³⁸ « *De l'intérêt des clauses de force majeure, hardship et MAC en temps de crise* », R. Boyet, A. Fevre, M. Fleury, *Option Finances*, op. cit.

³⁹ Voir J.M. Lamontagne, F. Julien, op.cit.

⁴⁰ "MAC clauses in M&A and Debt Transactions During COVID-19", Hughes Hubbard & Reed, Client Advisories, [https://www.hugheshubbard.com/news?page=5&newsTypes\[\]=client-advisories](https://www.hugheshubbard.com/news?page=5&newsTypes[]=client-advisories).

⁴¹ Merger and acquisition.

significative de la valeur de ses actifs, le tout lié de manière indiscutable et imprévisible, à la Pandémie ou à la situation de crise, selon le libellé retenu⁴².

Dans le domaine des financements bancaires, en période précontractuelle, la clause MAC stipulée dans la lettre de mission entre l'arrangeur et le client, permettra le cas échéant une interruption non abusive des négociations, et ce d'autant plus légitimement qu'elle sera complétée d'un avertissement ('*disclaimer*') inséré dans les documents de travail échangés⁴³. A titre d'alternative à la clause MAC, la Pandémie ou la situation de crise peuvent conduire l'arrangeur, lié par un engagement de prise ferme ('*underwriting commitment*')⁴⁴, à imposer la présence dans la lettre de mission d'une clause de '*market flexibility*'⁴⁵ permettant de mener le processus de syndication à terme, malgré un contexte de marché dégradé, mais sans disparition, toutefois, des perspectives de syndication. En revanche, une fois les contrats signés, la clause MAC devra être envisagée de manière très relative. En effet, pendant l'état d'urgence sanitaire, les astreintes (prononcées par les juridictions), les clauses pénales, les clauses résolutoires ainsi que les clauses prévoyant une déchéance, lorsqu'elles ont pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation qui était attendue pendant cette période, sont réputées n'avoir pas pris cours ou produit leur effet.

⁴² "With respect to an agreement that preceded the current crisis, a buyer seeking to invoke a MAC clause by citing the effects of COVID-19 would be required to demonstrate both that the crisis has had a material adverse impact on the seller's financial condition or operations and that the arm of such adverse impact will persist for a significant period of time.": Hughes Hubbard & Reed, Client Advisories, op cit.

⁴³ A savoir dans les projets de 'term sheet', expression désignant en pratique le résumé des principaux termes et conditions indicatifs du financement envisagé.

⁴⁴ "Underwriting comitment: the maximum amount a lender commits to lend. The purpose of syndication is to reduce this commitment to reach a final retention target." : Clifford Chance, « syndicated lending, practice and documentation », Seventh Ed. M. Campbell, C Weaver.

⁴⁵ « Market flex: the unilateral right reserved for underwriters to vary the structure and conditions of mandate (in favour of the lenders) if the syndication process does not raise sufficient funds. Borrowers may negotiate restrictions on this unilateral right limiting variations to price onky, hence price flex. » : Clifford Chance, « syndicated lending, practice and documentation », Seventh Ed. M. Campbell, C Weaver.

Dans cet environnement d'incertitude et de visibilité limitée imposées par la Pandémie, le confinement ou la situation de crise, le juriste est également une force de propositions.

II. Les propositions formulées par le juriste

S'interroger sur le rôle du juriste dans la relance économique suppose de dresser un diagnostic des maux des entreprises résultant de la situation de crise (A). Ensuite, le juriste se doit de constituer une force de propositions, pour les besoins de l'accompagnement des entreprises, en suggérant des solutions de financements tenant compte de leurs besoins et faiblesses (B). Il doit également exprimer les préoccupations et vues des corps professionnels concernés au sein des organes représentatifs (C).

A. Conséquences économiques de la Pandémie et de la situation de crise

Nombreuses sont les entreprises qui, quelle que soit leur taille, ont souffert du confinement qui a affecté les moyens de transport, aériens, terrestres ou maritimes, et par voie de conséquence, soit leur approvisionnement en matière premières, soit leurs circuits de vente et de distribution. *« La confiance des entreprises a évidemment été violemment atteinte durant le confinement. (...). Malgré un rattrapage important, la production industrielle a, plus tardivement que la demande, retrouvé son niveau d'avant crise. (...). Aussi le secteur bancaire est-il en situation de jouer un rôle d'amortisseur, en évitant que des crises de liquidité ne se transforment en crise de solvabilité. ⁴⁶».*

⁴⁶ Paola Monperrus-Veroni, « L'analyse économique et sectorielle du Groupe Crédit Agricole – Perspectives - Zone euro – scénario macro-économique 2020-2021- La carte de la résilience pour écarter le scénario du pire », in « L'analyse économique et sectorielle du Groupe Crédit Agricole – perspectives », n° 20/240 – 5 octobre 2020, p. 3 et s.

Dans le domaine des travaux publics ou privés, à partir du 17 mars 2020, la plupart des chantiers ont dû être arrêtés, à l'exception de ceux liés à des services ou fonctions indispensables au fonctionnement du pays. Dans un tel contexte, les entreprises dont la trésorerie a fondu, devaient bénéficier de liquidité financière, pour continuer de faire face à leurs charges et besoins de fonctionnement.

Les réserves de liquidité des entreprises sont donc ressorties particulièrement fragilisées de la situation de crise⁴⁷, et les besoins en fonds propres sont très importants, face à la dégradation de leurs bilans⁴⁸. *« Une demande entendue par le gouvernement qui, dans le cadre du projet de loi de finances pour 2021, prévoit qu'une garantie de l'Etat pourra être apportée aux placements financiers les plus pertinents qui recevront le label « France Relance ». De plus, une garantie publique (avec un plafond d'exposition de l'Etat de 2 milliards d'euros) via BpiFrance, pourra être octroyée aux prêts participatifs accordés aux TPE, PME et ETI par les réseaux bancaires, afin de faciliter l'accès des entreprises à ces instruments de long terme assimilés à des quasi-fonds propres.⁴⁹ »*

Après plusieurs mois de crise, les acteurs économiques restent confrontés à de nombreuses incertitudes et doivent faire preuve d'un sens particulier de l'anticipation, afin d'identifier les besoins qui apparaîtront une fois la phase de relance véritablement amorcée, tout en poursuivant les efforts menés depuis le confinement⁵⁰. Ce dernier les a contraint à se mobiliser dans l'urgence, pour faire

⁴⁷ « Les entreprises ont continué à faire face à certains coûts (paiement des fournisseurs, coûts fixes divers ...) à une période où leur chiffre d'affaires était nettement réduit. (...). Dans les mois à venir nous anticipons ainsi une réduction des réserves de trésorerie des entreprises. Pour les entreprises n'étant pas parvenues à constituer de réserves de trésorerie, un problème de liquidité pourrait même se poser et entraîner une hausse des défaillances. » : Pierre Benadjaoud, Kim Lavaud, « L'analyse économique et sectorielle du Groupe Crédit Agricole – perspectives – France - sociétés non financières – hausse de l'endettement et risques de défaillances », n° 20/241, 6 oct. 2020, p. 4 et s.

⁴⁸ « La priorité est donc aujourd'hui au renforcement des fonds propres des entreprises aux bilans les plus fragiles » : F. Le Quintrec, « objectif rebond ! », l'AGEFI Hebdo 1^{er} au 7 octobre 2020, p. 23.

⁴⁹ A. Milleret, « Un budget de soutien pour les entreprises », Option Finance n° 1576, lundi 5 oct. 2020, p. 13 » et s.

⁵⁰ A. Milleret, « Les directions financières dans la crise – Eiffage en route pour la relance », Option Finance n° 1576, lundi 5 octobre 2020, p. 30.

preuve d'adaptation, de réactivité et d'agilité, au moyen du recours au télétravail notamment, ou à des processus dématérialisés⁵¹. Telle est la matière offerte à la réflexion du juriste.

B. Le rôle du juriste dans un processus de négociation et exécution du contrat

Les outils offerts par le droit peuvent révéler une utilité dans le domaine du rapprochement des entreprises (1), en matière de financement (2) ou dans un contexte dégradé, dans lequel il s'agit de prévenir la survenance de difficultés plus importantes pour l'entreprise (3).

1. Fusion et acquisition

La banque peut intervenir ici en qualité de conseil financier de l'acquéreur. Ce rôle est l'occasion de rappeler qu'il existe différentes possibilités d'adaptation des dispositifs contractuels aux contraintes, interrogations et incertitudes posées par la Pandémie ou la situation de crise⁵². En cas d'impossibilité pour les parties de s'entendre sur un prix de cession, les accords peuvent inclure une clause de complément de prix (ou '*earn out*'), ou subordonner l'effectivité juridique de l'accord à une ou plusieurs conditions suspensives. Le recours aux bons de souscription d'actions (BSA) exercés ensuite à une date précise, ou aux

⁵¹ C. Cassayre, Dir fin. Eiffage, cité par A. Milleret, in « Les directions financières dans la crise – Eiffage en route pour la relance », Option Finance n° 1576, lundi 5 octobre 2020, p. 31.

⁵² « *Capital-Investissement – les fonds s'adaptent à la crise* », V. Deneuille, l'Agefi Hebdo, 27 août-2 sept. 2020, p. 20 et s. – « Le droit au service du redémarrage des fusions-acquisitions : une opportunité à saisir », P. Tardivy, P. Hubert, Option Finance n° 1562, 8 juin 2020, p. 40 – « Quelles solutions pour les management package face à la crise ? », J. Fortin, C. Dalarun, Option Finance n° 1563, 15 juin 2020, p. 39 et s. – « M&A – classement exclusif – la fête est finie », F le Quintrec, l'Agefi Hebdo, 2 au 8 juillet 2020, p. 22 et S.

prises de participation progressives⁵³, permet d'ajuster le montant du prix réglé initialement⁵⁴.

Vendeur et acheteur peuvent aussi convenir du paiement différé d'une partie du prix⁵⁵ ou négocier une clause de changement significatif contraire (clause 'MAC') qui les conduira à discuter d'autant plus facilement qu'il existera un porte de sortie de nature à préserver leurs intérêts, le cas échéant⁵⁶.

2. Financement

S'agissant des opérations de financement, les établissements bancaires devront faire preuve d'anticipation, et bénéficier d'un éclairage quant aux solutions juridiques disponibles. En effet, les PGE accordés arriveront à maturité au terme d'une période de 6 ans, voire moins, et il conviendra de s'interroger sur leur remboursement, si les effets de la relance tardent⁵⁷. En effet, *« les cash flows futurs ne permettront sans doute pas de rembourser le PGE et les autres dettes sans impact sur leur capacité d'investissement future qui en serait alors amoindrie et cela aura un impact sur le rebond économique, d'où l'importance de leur fournir des quasi-fonds propres pour les aider »⁵⁸*.

Le facteur « coût » devra aussi être pris en compte, pour ménager la trésorerie des entreprises ou leur capacité d'investissement et faciliter l'intervention des banques.

Ces dernières seront disposées à intervenir pour autant que l'impact prudentiel du financement demeure limité et que leur protection soit assurée via des sûretés appropriées, et acceptables pour l'emprunteur. Sur le premier point, la garantie

⁵³ « M&A – classement exclusif – la fête est finie », F Le Quintrec, l'Agefi Hebdo, 2 au 8 juillet 2020, p. 22 et s.

⁵⁴ « Capital-Investissement – les fonds s'adaptent à la crise », E. Laillier, cité par V. Deneuille, l'Agefi Hebdo, 27 août-2 sept. 2020, p. 20 et s.

⁵⁵ – « Le droit au service du redémarrage des fusions-acquisitions : une opportunité à saisir », P. Tardivy, P. Hubert, Option Finance n° 1562, 8 juin 2020, p. 40

⁵⁶ « Pourquoi LVMH a rompu avec Tiffany », Le Monde, 23 sept. 2020, p. 16.

⁵⁷ FBF, communiqué de presse, 29 oct. 2020 : *« les banques sont pleinement mobilisées aux côtés des entreprises et adaptent les possibilités de remboursement du PGE. »*

⁵⁸ D. Gaillard, cité par F. Le Quintrec, « objectif rebond ! », l'AGEFI Hebdo 1^{er} au 7 octobre 2020, p. 24.

que l'Etat pourra apporter sera ici déterminante, et cette donnée semble prise en compte dans le projet de Loi de Finances 2021, avec « *un plafond d'exposition de l'Etat pour cette garantie de 2 milliards d'euros* ⁵⁹ ». Le juriste devra alors analyser les conditions et modalités d'appel, voire de transfert, de cette garantie.

Dans le même ordre d'idée, une opération de « monétisation » d'actifs, sous forme, par exemple, de location longue durée ou tout autre moyen permettant le transfert de leur propriété économique à une entité ad hoc, peuvent révéler de multiples utilités. Une telle opération peut ainsi offrir un effet de décomptabilisation des actifs, et de déconsolidation, sans priver l'entreprise de son outil de production. Les flux financiers issus de l'exploitation des actifs pourront être captés par les prêteurs sans les placer en concours avec d'autres créanciers, notamment dans un contexte de procédure collective ; objectif atteint au moyen de la cession Dailly⁶⁰, la délégation de débiteur, du nantissement de créance⁶¹, par exemple.

Par ailleurs, une entreprise ou un groupe disposant de créances saines peut envisager le recours à l'affacturage ou à un programme de titrisation. Le risque étant adossé aux portefeuilles des créances et non à l'entreprise elle-même, le coût s'en trouve en principe réduit.

Les opérations de crédit-bail peuvent aussi présenter un intérêt pour l'entreprise⁶² et le crédit-bailleur, qui reste propriétaire juridique de l'actif.

⁵⁹ F. Le Quintrec, « objectif rebond ! », l'AGEFI Hebdo 1^{er} au 7 octobre 2020, p. 23.

⁶⁰ La cession Dailly présente toutefois certaines limites : elle ne peut garantir un financement obligataire, ni profiter à une banque de couverture engagée au titre d'une opération de swap.

⁶¹ « *Le nantissement confère à son titulaire un droit exclusif qui l'emporte face au privilège du Trésor Public. Cette solution, consacrée par un arrêt du 2 juillet 2020, tranche les controverses relatives à l'efficacité de cette garantie, et confirme que le nantissement constitue une alternative pertinente aux sûretés propriétés* » : M. Julienne, « le nantissement enfin pris au sérieux ! », Banque et Droit n° 193, sept. Oct. 2020, p. 4 et s.

⁶² Selon l'évolution de la situation, le crédit-preneur pourra décider d'acquérir l'actif, ou d'y renoncer si les conditions de marché restent trop incertaines ou se révèlent défavorable (ex : augmentation du prix du carburant pour une compagnie opérant dans les transports, diminution significative du trafic sur une ligne donnée, ..)

Pour des entreprises de dimension réduite, le recours au crowdfunding⁶³ peut constituer une réelle opportunité pour financer la relance, en proposant des remboursements différés et un taux d'intérêt qui pourrait être réduit grâce à l'obtention d'une garantie publique sur ces financements⁶⁴. Le succès de la relance passe aussi indiscutablement par une vision claire et complète des solutions offertes par le droit en matière de prévention des difficultés des entreprises.

3. La prévention des difficultés des entreprises

« Dans le contexte de l'épidémie de Covid-19, alors que les dispositions du Livre VI du Code de commerce relatives aux entreprises en difficulté avaient déjà été adaptées aux circonstances exceptionnelles, ces dernières ont été de nouveau modifiées par l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020⁶⁵.

Ce faisant, le législateur entend passer d'une gestion dans l'urgence de la crise à l'instauration d'outils renforcés de traitement des difficultés des entreprises pour permettre un rebond durable des sociétés concernées dans un contexte post-crise sanitaire. Cette ordonnance demeure par essence un aménagement temporaire des dispositions du Livre VI. En effet, ces dispositions doivent encore être adaptées dans le cadre de la transposition de la directive européenne du 20 juin 2019 dont certains traits semblent se préciser dans cette ordonnance.⁶⁶ »

Depuis quelques années, les avancées dans ce domaine ont été considérables, avec l'introduction dans le code de commerce en 2010 de la conversion des

⁶³ <https://www.credit-agricole.fr/ca-paris/association/conseils/magazine/tout-un-mag/creation-du-portail-du-crowdfunding.html>.

⁶⁴ « Dette privée – les institutionnels misent sur le crowdfunding pour financer la relance », Option Finance n° 1576, lundi 5 oct. 2020, p. 28.

⁶⁵ Ordonnance portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de Covid 19.

⁶⁶ Sur tous ces aspects, voir Cabinet Francis Lefèbvre, https://cms.law/fr/fra/offres/covid-19-coronavirus?utm_source=Concep%20Send&utm_medium=email&utm_campaign=Newsletter+Covid-19+%7c+2+octobre+2020

créances en capital⁶⁷, technique de redressement préconisée de longue date par les praticiens⁶⁸, des procédures de sauvegarde accélérée⁶⁹ et de sauvegarde financière accélérée⁷⁰, du vote de l'augmentation de capital par désignation d'un mandataire ad hoc, en cas de refus des assemblées⁷¹ d'adopter la modification du capital prévue par le projet de plan de redressement⁷².

Compte tenu de la situation de crise, des mesures supplémentaires s'imposaient. S'agissant de la seule procédure de conciliation, l'ordonnance précitée du 20 mai 2020 ouvre la possibilité au président du tribunal de commerce, à la demande du débiteur, d'imposer des mesures aux créanciers appelés à la conciliation, et refusant de suspendre l'exigibilité des sommes à eux dues. Ainsi, pourront être prononcés pendant la durée de la procédure :

- l'interruption ou l'interdiction de toute action en justice tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent ;
- l'arrêt ou l'interdiction de toute procédure d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles ainsi que toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant la demande ; et
- le report ou échelonnement du paiement des sommes dues.

Dans le même ordre d'idées, un débiteur en conciliation peut demander au juge l'application des mesures prévues à l'article 1345-5 du code civil, avant toute mise en demeure ou poursuite de la part d'un créancier, lorsque ce dernier a

⁶⁷ Art. L 626-5 du code de commerce, modifié par la loi 2010-1249 du 22 octobre 2010

⁶⁸ « *Le debt for equity swap* », G. Burgala et N. Morelli, *Sem Jurid Ed G* n° 41, 11 oct. 2010, 1016. – R. Dammann, G. Podeur, « la conversion de créances en capital dans les entreprises en difficultés », *Bull Joly Soc. déc.* 2009, n° 12, p. 1129.

⁶⁹ Art. L 628-1 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ord. 2014-1088 du 26 septembre 2014.

⁷⁰ Art. L 628-9 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ord. 2014-326 du 12 mars 2014.

⁷¹ Assemblées générales des associés ou actionnaires, d'actionnaires titulaires de droit particuliers, ou des créanciers titulaires d'obligations.

⁷² Art L 631-19-2 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi Macron 2015-990 du 6 août 2015, modifiée par l'ordonnance 2019-738 du 17 juillet 2019.

refusé de suspendre l'exigibilité de sa créance. En outre, la durée de la procédure de conciliation, limitée à cinq mois au total, est allongée de cinq mois.

S'agissant de la procédure de sauvegarde, le privilège de « post money » a été introduit dans le code de commerce par l'ordonnance du 20 mai 2020, en anticipation des dispositions de l'ordonnance à venir en application de la loi PACTE⁷³. Il profite aux dispensateurs de concours ayant consenti un nouvel apport de trésorerie au débiteur pendant la période d'observation et/ou qui s'engagent, pour l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, à effectuer un tel apport. Ce statut leur permet d'être désintéressés prioritairement, « *par privilège avant toutes les autres créances*⁷⁴ ». L'ordonnance introduit également la possibilité d'une cession de l'entreprise aux dirigeants de droit ou de fait, « *afin de favoriser la poursuite de l'activité des sociétés impactées par la crise. (...). Cet assouplissement était souhaité par de nombreux professionnels du retournement, la justification morale de l'exclusion des dirigeants n'étant plus prégnante lorsque les difficultés sont générées par la crise sanitaire traversée* »⁷⁵.

Dans ce domaine si sensible de la prévention des difficultés des entreprises, où un arbitrage doit être opéré entre la sauvegarde des intérêts de l'entreprise et la protection de ses créanciers, le juriste doit être une fois de plus force de proposition, notamment dans la perspective de la transposition en droit interne de la prochaine directive européenne 'restructuration' de juin 2019. Ceci peut passer par l'assurance que les créanciers d'un rang supérieur soient remboursés intégralement ou bénéficient d'une garantie suffisante, avant d'envisager de désintéresser les créanciers d'une classe inférieure, ou par la possibilité pour un

⁷³ Art. 60 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 pour la croissance et la transformation des entreprises, dite loi Pacte.

⁷⁴ Art. 5, IV de l'ordonnance du 20 mai 2020.

⁷⁵ Voir Cabinet Francis Lefèbvre, https://cms.law/fr/fra/offres/covid-19-coronavirus?utm_source=Concep%20Send&utm_medium=email&utm_campaign=Newsletter+Covid-19+%7c+2+octobre+2020 – voir également L. Laurent, « Faire faillite et racheter son entreprise nettoyée de ses dettes : une option qui ne devrait pas laisser place à des positions dogmatiques en cette période de crise », Option Finance n° 1575, lundi 28 sept. 2020, p. 50

juge français d'homologuer un accord de conciliation en langue anglaise, le tout afin de renforcer, encore, l'attractivité de la place juridique française aux yeux des investisseurs nationaux et internationaux⁷⁶. Les juristes ont également une présence déterminante au sein des instances de place.

C. Le rôle des juristes au sein des organes représentatifs

Dans la prise en compte des dispositifs d'urgence⁷⁷ ordonnés au soutien des acteurs économiques, ainsi qu'à la relance, le chargé d'affaires de l'établissement bancaire, en prise directe avec son client, est souvent conduit à se poser des questions face au contenu des textes adoptés, soit au regard de la complexité de la relation contractuelle, soit face à un texte rédigé de façon imprécise ou incomplète.

Le rôle du juriste s'est vérifié notamment en ce qui concerne les mesures d'accompagnement financier mises en place par l'Etat au profit des entreprises. *« En effet, pour faire face à la baisse d'activité provoquée par le confinement, et confortées par des conditions financières toujours avantageuses pendant la crise du covid-19, les entreprises ont sollicité les banques pour sécuriser leur trésorerie : tirage sur les lignes de crédit existantes, nouvelles demandes de crédit de trésorerie via les prêts garantis par l'Etat. (...). Au 4 septembre, 119 Mds d'euros de PGE avaient ainsi été octroyés à près de 575 000 entreprises. Les conditions de garanties étant plus avantageuses pour les PME et les grandes entreprises ayant plus facilement recours au financement de marché, le dispositif a très majoritairement bénéficié aux TPE (50% du nombre de PGE accordé), PME (36% des prêts accordés), et dans une moindre mesure aux ETI. Par secteur, les*

⁷⁶ Sur tous ces points, voir R. Dammann, « Faire de Paris le centre des restructurations financières en Europe », Les Echos, 29 sept. 2020.

⁷⁷ Arrêtés, ordonnances, loi de finance rectificative

principaux bénéficiaires des PGE ont été le commerce (23% des bénéficiaires), l'hébergement/restauration (15%) et la construction (13%)⁷⁸».

Le juriste constitue un interlocuteur de référence, pour éclairer sur la compréhension du texte⁷⁹, ou confirmer une lacune détectée. En effet, de nombreuses questions se sont posées concernant le PGE : « (...) *il reste des inconnus sur le terrain juridique. A défaut d'entrer dans la taxinomie classique des garanties personnelles, la garantie de l'Etat fait naître un halo de questions. A partir de quand pourra-t-elle être mise en œuvre ? (...) L'Etat pourra-t-il se retourner contre les emprunteurs ? A défaut d'être un cautionnement, la garantie ne devrait pas permettre à l'Etat d'exercer les recours classiquement ouverts à la caution. Si aucun recours n'est possible, cela signifie que plus qu'une garantie, l'Etat aura consenti une assurance. Mais, au fond, n'en est-ce pas l'esprit ?* ⁸⁰»

Face aux enjeux, un travail de concertation en interne puis de communication des observations aux organismes professionnels de représentation et de place, est toujours salutaire. C'est ainsi que la FBF⁸¹, dûment alertée, a relayé auprès des pouvoirs publics des remarques destinées à être ultérieurement prises en

⁷⁸ Pierre Benadjaoud, Kim Lavaud, op. cit. p.3 et s.

⁷⁹ Le recours au PGE à la demande du client peut concerner une opération de financement structuré, et les retombées du PGE devront être analysées au regard de toutes les composantes de la structure de financement retenue, au-delà de la seule entité bénéficiaire du PGE. Or les équipes gouvernementales en charge de la rédaction des arrêtés ne détiennent pas toujours une connaissance affinée de ces opérations complexes.

⁸⁰ M. Roussille, op.cit., p. 3. Pour le cas des PGE consentis par un intermédiaire en financement participatif (IFP), voir N. Malherbe, « PGE octroyés via un IFP : problématiques juridiques et perspectives de marché », Rev. Banque et Droit n° 193, sept. Oct. 2020, p. 24.

⁸¹ Fédération Bancaire Française.

compte pour le besoin des textes futurs. De façon générale, le rôle des associations⁸² ou des comités de place⁸³ doit aussi être souligné.

Les foires aux questions (FAQ) du gouvernement⁸⁴ accompagnant la publication des textes en matière de prêt garanti par l'Etat⁸⁵ ont pu ainsi être enrichies, en amont, des remarques notifiées par la FBF, et préalablement recensées auprès des différents groupes ou établissements bancaires concernés, grâce au travail de lecture, d'analyse, et de concertation effectué dans des délais très courts par les équipes juridiques. Or l'enjeu est significatif, puisqu'une banque sera alors conduite à accompagner le client sur une base éclairée, alors qu'elle aurait pu instinctivement songer à s'abstenir. On indiquera toutefois qu'une FAQ, tout comme une position prise par certains représentants du gouvernement⁸⁶ ou organisation internationale, ne lie pas les juges⁸⁷. Il est cependant permis de penser que ces prises de positions médiatiques développeront des effets dans les contrats conclus avec l'Etat en matière de commande publique⁸⁸, et contenant des clauses pénales sanctionnant un retard du débiteur dans l'exécution de ses obligations.

⁸² « Horizons du droit », revue de l'Association Française des Docteurs en Droit, <https://www.afdd.fr/> - Livre Blanc de l'association Droit et commerce intitulé "Le droit des affaires, instrument de gestion de crise... et de reprise - Les entreprises à l'épreuve de la pandémie", 2020, précit.. Association Européenne de Droit Bancaire et Financier (AEDBF) : <http://aedbf-france.fr/>.

⁸³ Pour un exemple : « *Rapport sur les classes de créanciers pour la transposition de la directive du 20 juin 2019 relative aux cadres de restructuration préventive* », Haut Comité Juridique de la Place Financière de Paris, 25 septembre 2020.

⁸⁴ R. Gueugneau, E. Lederer, Les Echos, 5 juil. 2020, « *prêts garantis : Bercy veut apporter de la visibilité aux entreprises* » : <https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/prets-garantis-bercy-veut-apporter-de-la-visibilite-aux-entreprises-1221323>

⁸⁵ Arrêté du 23 mars 2020 accordant la garantie de l'Etat aux établissements de crédit et sociétés de financement, ainsi qu'aux prêteurs mentionnés à l'article L 548-1 du code monétaire et financier, en application de l'article 6 de la loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finance rectificative pour 2020.

⁸⁶ Le Ministre de l'Economie Bruno Le Maire a annoncé le 28 février 2020 que « *pour tous les marchés publics de l'Etat, si jamais il y a un retard de livraison de la part des PME ou des entreprises, nous n'appliquerons pas de pénalité* » et que le Coronavirus sera « *considéré comme un cas de force majeure pour les entreprises* », cité par J. Heinich, op. cit. p.4, al. 5.

⁸⁷ J. Heinich, op. cit., p. 4, al. 5.

⁸⁸ Marché publics (incluant les marchés de partenariat) et contrats de concession.

Un travail identique de réflexions et de propositions communes a été conduit en ce qui concerne le recours à l'affacturage⁸⁹. Les factors, réunis dans le cadre de l'ASF⁹⁰, ont conçu avec l'Etat une nouvelle forme d'achat des créances en germe, avec le bénéfice de la garantie de l'Etat⁹¹.

Enfin, à l'échelle européenne⁹², le soutien financier, considérable, apporté par l'Etat français à l'économie pose la question de la qualification de ces interventions en aide d'Etat, prohibée. En effet, l'article 107 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE)⁹³ interdit en principe les aides octroyées par les personnes publiques aux entreprises. Ainsi, l'alinéa 1 énonce que « *sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». Il y a aide d'État (i) lorsqu'une aide accordée à une entreprise, (ii) par l'État au moyen de ressources publiques, (iii) procurant un avantage sélectif, et (iv) affectant les échanges entre États membres et la concurrence⁹⁴. Même si une certaine souplesse a pu être observée sur ces points de la part des instances européennes en raison de la situation de crise, les juristes devront ici faire œuvre d'analyse, de réflexion et de proposition afin d'identifier des formules d'accompagnement par l'Etat échappant aux critères ci-dessus. Un autre débat.

⁸⁹ Lamy droit du financement 2019, n° 3544 et s.

⁹⁰ Association française des Sociétés Financières.

⁹¹ « *L'Etat donne un coup de pouce à l'affacturage* », B. Menou, l'Agefi Hebdo, du 1^{er} au 7 octobre 2020, p. 25.

⁹² <https://www.europe-en-france.gouv.fr/fr/aides-d-etat>

⁹³ Anciennement traité instituant la Communauté européenne (TCE), établi par le traité de Rome de 1957 et modifié plusieurs fois par l'Acte unique européen (1986).

⁹⁴ https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/guidance_state_aid_financial_instruments_fr.pdf

La réparation des préjudices nés de l'utilisation du sang humain en droit camerounais

Frédéric Essiane⁹⁵ - Docteur en droit privé - Université de Yaoundé II. Soa
(Cameroun)

⁹⁵ E-mail: essianeessiane@yahoo.fr. Tél : (+237) 697 01 69 99.

Résumé

Les préjudices nés des multiples usages dont le sang humain en est l'objet, soulèvent de sérieuses difficultés au sujet de leur réparation. Difficultés notamment dues au fait que les positions admises en droit commun de la responsabilité s'avèrent limitées toutes les fois que le sang humain voire le corps d'où il est extrait, se retrouve impliqué. Cet état de choses sera d'ailleurs plus accentué dans un contexte comme le nôtre où le dispositif législatif n'a pas véritablement suivi les innovations intervenues au sein du secteur de la santé notamment à travers la vulgarisation de la transfusion sanguine qui sauve certes des vies mais peut également être cause de décès. Nous avons pu l'observer non seulement lorsqu'il s'est agi de se pencher sur le caractère du préjudice donnant droit à réparation, mais aussi sur la réparation idoine à accorder aux victimes. D'où l'invite à de réformes allant dans le sens d'une meilleure sauvegarde des intérêts en présence.

En écrivant que *le préjudice est le nerf de la guerre en matière de responsabilité*⁹⁶, Moustapha MEKKI énonçait là un constat devenu de nos jours irréfutable dans le droit de la réparation des dommages impliquant la personne humaine. L'auteur a voulu en d'autres termes relever le fait que cette entité préoccupe de plus en plus les intervenants à la chaîne de responsabilité, à telle enseigne que l'on peut être amené à se poser la question de savoir si elle n'aurait pas ravi la vedette à la *faute*⁹⁷. Et si cet état de chose est consécutif au fait que les intérêts de la victime sont plus que par le passé, pris en compte, en droit de la responsabilité, force demeure de constater que la situation aborde une tangente élevée lorsqu'il s'agit de la réparation des préjudices nés de l'utilisation du sang extrait de l'organisme humain. Mais curieux peut sembler le fait qu'en doctrine, le préjudice soit l'élément constitutif de la responsabilité dont l'existence

⁹⁶ MEKKI (Moustapha), « La place du préjudice en le droit de la responsabilité civile », RDP, 1997, p. 519.

⁹⁷ Lire dans ce sens, VINEY (Généviève), *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Thèse, Paris, éd. LGDJ, 1965 ; LE TOURNEAU (Philippe), «La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin) », RTD civ. 1988, p. 505.

soulève le moins de discussions⁹⁸. Ce n'est nullement pour dire que les juristes ne connaissent pas cette notion, que non. Ladite expression est généralement appréhendé dans ses variantes⁹⁹ (*préjudice physique, préjudice moral, préjudice économique etc.*)

Et lorsqu'il faut se prononcer sur l'essence même de ce mot, la synonymie est vite établie avec le « dommage ». Pour s'en convaincre, il convient de consulter cette notion dans le *Vocabulaire juridique* de l'Association Henri CAPITANT où il est écrit : « le dommage est subi par une personne dans son intégrité physique (préjudice corporel, esthétique), dans ses biens (préjudice patrimonial, pécuniaire, matériel), dans ses sentiments (préjudice moral) qui fait naître, chez la victime, un droit à réparation ». Les professeurs LAUDE, MATHIEU et TABUTEAU¹⁰⁰, vont d'ailleurs utiliser simultanément le *dommage* et le *préjudice*, pour renvoyer à la même idée, lorsqu'ils affirment que « la notion de préjudice est protéiforme et recouvre aussi bien les dommages matériels ou financiers que les dommages liés à la personne, à savoir le préjudice moral, le préjudice esthétique (...) ». Cette confusion est parfois grande, au point où certains auteurs n'hésitent plus à parler de *dommage réparable*¹⁰¹.

Mais comme l'a si bien dit le Professeur LE TOURNEAU¹⁰², une chose est la lésion, l'atteinte, celle des corps (dommage corporel), des choses (dommage matériel), des sentiments (dommage moral) ; autres choses sont les répercussions sur la personne de la victime sur ses avoirs (préjudice patrimonial) et sur son être (préjudice extrapatrimonial).

Ce prérequis notionnel se devait d'être établi¹⁰³ lorsqu'on décide de mener une analyse sur la réparation des préjudices nés de l'utilisation du sang humain. Cela s'impose notamment parce que les difficultés rencontrées en droit commun de la responsabilité atteignent une valeur exponentielle une fois que le corps humain en général voire le

⁹⁸ MAZEAUD (Jean), MAZEAUD (Henri Léon) et TUNC (André), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle*, tome 2, 6^e édition Montchrestien, 1970, n°208.

⁹⁹ LE TOURNEAU (Philippe), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action 2006-2007, n°1304.

¹⁰⁰ LAUDE (Anne), MATHIEU (Bertrand) et TABUTEAU (Didier), *Droit de la santé*; 2^e édition PUF; Coll. Thémis droit; 2007, n°416.

¹⁰¹ JurisClasseur *Responsabilité civile et Assurances*, Fasc. 101

¹⁰² LE TOURNEAU (Philippe), *ibid.*, n°1309.

¹⁰³ Pour une étude de la distinction sus-évoquée en science criminelle, lire OLLARD (Romain), « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », RSC, 2010, p. 561-586.

sang de celui-ci est impliqué. Les suites réservées à *l'affaire du sang contaminé*¹⁰⁴ en sont d'ailleurs une parfaite illustration. Le traitement de cette *saga* sous l'angle politique et juridique avait en effet permis de s'en rendre compte de toute la complexité qui entoure la mise en œuvre du dispositif législatif pouvant exister à un moment ou à un autre, lorsque surviennent des préjudices qui touchent de manière aussi directe, l'intégrité du corps humain.

Et lorsqu'on se rend à l'évidence que ces difficultés rencontrées ailleurs ne sont pas si éloignées de la société camerounaise, notamment avec la vulgarisation de la pratique de la transfusion sanguine au sein de nos centres de santé, il peut paraître indiquer de s'interroger sur la capacité du droit de ce pays à résoudre les problèmes pouvant survenir le cas échéant. Autrement dit, comment est-ce que le droit camerounais assure la réparation des préjudices nés de l'utilisation du sang humain ? Une telle préoccupation permet non seulement de revisiter le dispositif législatif et jurisprudentiel en la matière, mais surtout de voir si les intérêts de ceux-là qui interviennent dans le circuit de distribution et d'utilisation du sang humain, sont garantis dans un contexte sanitaire national et mondial marqué par la recrudescence de certaines maladies graves dont ce produit corporel peut en être vecteur.

En empruntant le procédé généralement mis en œuvre dans le secteur médical, nous tablerons tout d'abord sur l'établissement du diagnostic voire la sélection du préjudice réparable (I), avant de mener une réflexion sur l'ordonnance prescrite pour soigner voire réparer les préjudices issus de l'utilisation du sang humain (II).

I. L'établissement du « diagnostic » ou la sélection du préjudice réparable

En médecine, l'assurance d'une guérison efficace s'obtient le plus souvent à l'issu de l'élaboration d'un diagnostic adéquat. Une telle démarche n'est pas étrangère au droit de la responsabilité¹⁰⁵ dans la mesure où le régime de réparation n'ouvre pas la porte à

¹⁰⁴104 MIRABAIL (Solange), « Affaire du sang contaminé: suite et fin », Rec. Dalloz.2004, Som.com, p.2751

¹⁰⁵ Que celle-ci soit civile, pénale ou administrative.

tout type de préjudice. C'est dire que celui-ci doit revêtir un caractère. En droit camerounais, il est admis depuis l'arrêt BIAO¹⁰⁶ notamment, que le préjudice éligible à la réparation doit être *certain, direct et porter atteinte à une situation légitime*. Le juge s'est en fait aligné à l'idée communément admise selon laquelle, un préjudice est réparable s'il présente certains caractères propres et à condition que certaines circonstances extérieures tenant à la situation d'une victime juridiquement protégée soient réunies. Cependant, en confrontant ladite condition aux lésions généralement rencontrées dans le cadre de l'utilisation du sang humain, il ressort que la mise en œuvre de ce préalable est assez complexe à ce niveau. Cela est vrai non seulement pour ce qui est du caractère *direct* (A), mais également pour la *certitude* qui doit accompagner tout préjudice afin d'ouvrir les portes de la réparation (B).

A. De l'existence du préjudice direct dans l'utilisation des produits sanguins

S'il est traditionnellement admis en droit commun de la responsabilité que le préjudice qui ouvre la porte de la réparation doit être *direct*¹⁰⁷, force est de reconnaître qu'en matière d'utilisation du sang humain, la satisfaction à ce critère n'est pas aisée (1). De même, le souci de garantir les intérêts de la victime, partie faible, conduit à adjoindre la possibilité de prendre en compte les hypothèses d'une probabilité élevée lors de la réalisation du préjudice (2).

1. Une exigence difficilement satisfaite

« *La notion de préjudice direct ou indirect est bien la plus obscure qui soit ; en dépit de son apparente rigueur, il ne semble pas que les problèmes qu'elle pose soient*

¹⁰⁶ Arrêt N°352 CCA du 12 Juillet 1955, BIAO c/ Administration du Territoire. Cité par BILONG (Simon), *Responsabilité de la puissance publique et compétence du juge en droit camerounais*, Thèse Univ. Douala 2000/2001, note n°641.

¹⁰⁷ La Chambre administrative de la Cour suprême le réaffirma dans un *sous-entendu* lorsque dans le jugement BAHA NGUE Jean Michel, il dit: « Considérant que BAHA NGUE ne pouvant rapporter la preuve d'un lien de causalité entre l'Administration, l'accident et le préjudice qu'il a subi, devrait saisir le juge judiciaire d'une action en réparation dirigée contre le chauffeur et le propriétaire du véhicule ». V. Jugement N°29 CS/CA du 28 Décembre 1978, BAHA NGUE Jean Michel c/ Etat du Cameroun.

susceptibles d'être résolus d'après une règle universelle ». Ces propos du Commissaire du gouvernement KAHN¹⁰⁸, résumés à suffisance la problématique qui entoure l'exigence d'un préjudice *direct* de nos jours.

Le préjudice dont veut se prévaloir la victime ici, doit laisser penser qu'aucune autre hypothèse ne peut justifier sa survenance. On pourrait parler de conséquence directe du dommage produit. C'est dire que les conséquences trop lointaines du dommage ne devraient pas être prises en compte. Ce qui exclut en principe toute application de la théorie des *équivalences des conditions*.

Ramenée au domaine de la médecine en général et celui de l'usage du sang extrait du corps humain en particulier, l'exigence du caractère *direct* du préjudice devient un véritable obstacle pour les victimes. En effet, les sciences médicales et biomédicales sont intimement liées à la notion d'exactitude. Sous cet angle, les personnes victimes sont obligées d'établir que la faute du professionnel de la santé est la cause du préjudice final. Ce qui est source de multiples désagréments pour les victimes, généralement profanes, surtout lorsqu'on se place sous l'angle d'une responsabilité subjective fondée sur la faute prouvée ou présumée.

La preuve de la faute du professionnel de santé telle que demandée par le régime de la responsabilité subjective, est généralement impossible à rapporter par la victime dans la mesure où cette dernière a la plupart du temps, aucune connaissance sur les méandres de l'art médical. Comment prouver le manquement du médecin à son devoir d'information si l'on ne sait au préalable que celui-ci doit renseigner et éclairer l'utilisateur du système de santé sur les contours de l'acte transfusionnel avant et pendant la consommation des produits sanguins ? Dans la même lancée, il sera très difficile de démontrer que ce médecin a outrepassé l'exigence légale du consentement de la personne candidate à l'acte de transfusion sanguine, car dans notre société, ce professionnel est comparable, pour le patient *lambda*, à un dieu à qui on vient implorer

¹⁰⁸ Propos émis en conclusion de l'arrêt CE. Sect. 22 Mars 1957, *Sieur Jeannier*, Lebon 196 (Cité par CANEDO-PARIS (M), note sous CE 18 février 2010, *Consorts Ludwig*, req. n° 316774 », RFDA. 2010, note n°1.)

la guérison¹⁰⁹. La conséquence logique de tous ces cas d'impossibilité dans la probation du caractère *direct* du préjudice subi sera de deux ordres. D'une part, la résignation et d'autre part, le refus de réparer.

La résignation viendra du côté des victimes ou de leurs ayants droit. Ceux-ci, auront en réalité le sentiment que le préjudice enduré est à mettre sous le prisme de la fatalité, de la malédiction voire de la manifestation d'une volonté divine. Ceci peut expliquer dans une certaine mesure, pourquoi les contentieux de la responsabilité médicale et hospitalière ne sont pas considérables dans nos sociétés.

Le refus de réparer quant à lui, sera manifeste dans l'attitude des juges saisis par les victimes que l'on peut qualifier ici, de téméraires. La jurisprudence camerounaise consultée en matière de responsabilité médicale, faisant de l'Article 1382 du Code civil voire du rapport de la faute du professionnel de santé mis en cause, l'unique référence dans la résolution de l'équation qui conduit à la réparation¹¹⁰. Ce refus sera d'ailleurs accentué par le fait que ledit professionnel de santé pourra aisément apporter la preuve de son absence de faute dans l'acte médical dispensé au patient.

2. Une exigence renforcée par une probabilité élevée dans la réalisation du préjudice

Face aux difficultés que soulève régulièrement la preuve d'un préjudice *direct* dans le chemin qui conduit à la réparation, le droit a dans une certaine mesure, été contraint de recourir à d'autres sciences pour venir en aide à toutes ces victimes, autrefois désemparées en cas de survenance d'un préjudice. La démarche de la science juridique s'est inspirée de la *théorie analytique des probabilités*¹¹¹ propre aux Mathématiques.

¹⁰⁹ Ces difficultés dans la preuve d'une faute ou d'une erreur médicale sont encore plus remarquables lorsqu'il est question de prendre appui sur l'acte médical proprement dit. Le protocole relatif à la transfusion sanguine n'étant pas facilement accessible et compréhensible pour les étrangers au domaine sanitaire, la détection d'une faute durant cet acte, par une victime peut paraître à plusieurs égards, illusoire.

¹¹⁰ Lire dans ce sens le Jugement n°49 du 06 Novembre 1985. TGI du Mfoundi ; Mr. NKONDOCK Emile Valentin et Mme NKONDOCK née NGO BOUMSON c/ Dr. ASHU NGANG Paul et Ministère de la santé publique, *op.cit.*

¹¹¹ Invitée au XVIII^e siècle et selon laquelle, le hasard suit des lois universelles. Lire dans ce sens, « théorie analytique des probabilités », in Encyclopaedia Universalis (en ligne), *universalis.fr*. Consulté le 28 Février 2016.

L'admission de la *probabilité* ou du *probabilisme* dans les conditionnalités requises pour accorder réparation à une victime va s'opérer d'une part sur le préjudice lui-même, et d'autre part dans la racine de ce dernier que constitue le *dommage*. De ce fait et en se fondant sur le préjudice, la théorie de la *perte de chance*, sera reconnue. Mais cette reconnaissance est jusqu'à nos jours uniquement prétorienne et doctrinale¹¹². L'on parle d'ailleurs de plus en plus de la *perte de chance de guérison* ou de *survie* en droit comparé¹¹³.

B. De l'existence du préjudice certain dans l'utilisation des produits sanguins

En matière de réparation des préjudices subis, le droit de la responsabilité (quel qu'en soit la discipline), a toujours exigé dudit préjudice, qu'il soit *certain*. Le préjudice *certain* est généralement admis comme celui qui est la conséquence directe du dommage et qui se manifeste au moment où la victime enclenche l'action en réparation. On parle alors de préjudice *actuel*¹¹⁴. Cependant, le caractère certain du préjudice englobe aussi toutes ces atteintes qui apparaîtront sûrement dans l'avenir mais dont on ignore la date de survenance. Relevons à la suite d'une certaine doctrine, que « *le préjudice certain est, en ce sens, le préjudice très vraisemblable, si vraisemblable qu'il mérite d'être pris en considération* »¹¹⁵. Le droit semble donc ne pas donner du crédit aux préjudices *éventuels*.

C'est justement en relation avec ce rejet du préjudice éventuel que des problèmes se posent dans le domaine de l'utilisation du sang extrait du corps humain, constituant de

¹¹² Les études historiques sur cette théorie montrent que dans le silence longtemps gardé par le législateur, la jurisprudence civile va accueillir la *perte de chance* vers la fin du XIX^e siècle¹¹². Le juge administratif va emboîter le pas en 1928, à travers l'arrêt *Bacon*¹¹², relatif à un fonctionnaire qui avait été irrégulièrement privé des chances d'avancement sur lesquelles il pouvait légitimement compter.

¹¹³ En France, depuis 1965, les juridictions civiles décident, d'une manière constante, que le médecin, qui par sa faute fait perdre à son malade une chance de guérison ou de survie, engage sa responsabilité (Civ. 1^{re}, 14 déc. 1965). Lire PENNEAU (Jean), « Médecine (Réparation des conséquences des risques sanitaires) », Rép.civ.Dalloz, 2013, n°230.

¹¹⁴ V. Jugement n°35/CS/CA du 22 Février 1979, CNPS c/ United Cameroon International Compagny. La cour décida que « Considérant que ces prétentions ne sont pas fondées,... qu'en effet, la CNPS... ne peut réclamer à l'entrepreneur que la réparation du préjudice actuel, qu'elle ne peut lui réclamer une indemnité quelconque en raison des mécomptes qu'elle pourra avoir ». Lire NGOLE NGWESE (Philip) et BINYOUM (Jean), op.cit., p.133.

¹¹⁵ MAZEAUD et TUNC (André), *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^e édition Montchrestien, 1965, n°216, note 1.

ce fait de véritables entorses pour les victimes (1). Le danger ici étant de voir toute la politique de réparation des préjudices remise en cause. D'où la nécessité d'étendre le caractère certain de ces préjudices vers l'avenir, en affirmant notamment le préjudice dit de *contamination* (2).

I. Les entorses à la certitude du préjudice

Les préjudices issus de l'usage des produits sanguins ont ceci de particulier que leur survenance et leur ampleur sont influencées par le temps. Les préjudices en matière d'usage du sang humain, se réalisent souvent d'une part, quelque temps après et d'autre part, peuvent avoir des répercussions autres que celles observées au jour de la réalisation dudit dommage. L'on est ici en présence des préjudices *évolutifs*, qu'ils soient *virtuels ou éventuels*.

Le droit appréhende le préjudice *virtuel*, comme « celui qui existe en puissance dans l'acte incriminé parce que sont déjà réunies toutes les conditions de sa réalisation dans l'avenir; il est virtuellement présent »¹¹⁶. La réparation de ce type de préjudice est depuis acquise en jurisprudence¹¹⁷ et celle-ci concerne généralement les dépenses pour les soins futurs (*en cas d'incapacité permanente par exemple*). Toutefois, notons que seul le volet économique est retenu.

Le préjudice hypothétique voire *éventuel* quant à lui, a toujours été le *mal aimé* des préjudices, car les juges ont toujours refusé de lui accorder une valeur réparatrice. Motif pris de ce que son existence dans l'avenir est subordonnée à des événements dont rien ne dit qu'ils se réaliseront¹¹⁸. Le maintien d'une telle position en la matière et au Cameroun peut être préjudiciable à plus d'un titre pour les victimes. Ainsi, avec l'avènement du VIH/SIDA, notons que la déclaration de séropositivité suite à une

¹¹⁶ GUETTIER (Christophe), LE TOURNEAU (Philippe) et alii, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 10^e édition 2014, n°1414.

¹¹⁷ Une jurisprudence étrangère certes mais qui pourra servir aux juges camerounais. En effet, par une série de trois arrêts rendus le 01 Juin 1932, la Cour de cassation a soutenu que : « Attendu que, s'il n'est pas possible d'allouer des dommages et intérêts en réparation d'un préjudice purement éventuel, il en est autrement lorsque le préjudice, bien que futur, apparaît aux juges du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel et comme étant susceptible d'estimation immédiate » (Req. 1er juin 1932, cité par GUETTIER (Christophe), LE TOURNEAU (Philippe) et alii, *ibid.*, n°1415)

¹¹⁸ En droit comparé, lire Cour de cassation, Civ. 3^e, 16 mars 2017, Bull, n° 15-12.384.

transfusion sanguine (fait dommageable) étant un état latent, diffère de la maladie elle-même. En application stricte de ce qui précède, il serait impossible d'obtenir réparation à ce niveau dans la mesure où le patient ne fait pas encore la maladie (*phase où le préjudice deviendra visible*). Cependant, il convient de souligner que la donne change peu à peu.

2. L'extension de la certitude du préjudice vers l'avenir : l'ère du préjudice de contamination

De création récente¹¹⁹, « le préjudice de contamination » est un bel exemple du développement progressif d'une logique de *l'anticipation* dont les applications ouvrent la notion générale de l'obligation à la temporalité du futur¹²⁰. Le Professeur NTONO TSIMI¹²¹ ajoutera qu'avec *l'anticipation*, l'on se représente une chose future et le contenu de cette représentation. Dans l'univers sanitaire, « le préjudice de contamination » est en fait, une réaction du droit face aux conséquences de toutes ces maladies dites *évolutives*, c'est-à-dire, celles dont les effets néfastes affectent le patient tout au long de sa vie et ce de manière parfois dramatique. L'on peut à suffisance comprendre pourquoi cette notion fut initialement évoquée pour le VIH¹²² (virus de l'immunodéficience humaine) dont le principal mode de contamination est le sang, en considération de la pratique transfusionnelle.

La définition originelle de cette notion sera donnée par un établissement spécialisé : le FITH¹²³. De cet établissement on peut retenir que « Le préjudice personnel et non

¹¹⁹Les études sur cette notion nous apprennent que c'est le Fonds d'Indemnisation des Transfusés et Hémophiles (FITH) contaminés par le virus du sida, qui a pour la première fois employé l'expression «préjudice spécifique de contamination », pendant ses premiers actes qui interviennent en début d'année 1992, l'objectif principal de la création de cette structure étant de ne plus vivre les dégâts de la saga du *sang contaminé*.

¹²⁰Nous paraphrasons-là, Monsieur le Professeur Germain NTONO TSIMI, in «L'anticipation en droit des obligations», RRJ, 2013-2, p.663.

¹²¹ *ibid.*, p.664.

¹²²Ce préjudice va ensuite être reconnu pour les personnes contaminées par le virus de l'hépatite C. Lire CRISTOL (Denis), « Contentieux relatif à la contamination d'un patient par le virus de l'hépatite C », RDSS 2007. 1105. Soulignons à ce niveau que contrairement au VIH/SIDA, l'hépatite virale C, a ceci de particulier qu'elle se déroule en trois étapes : l'annonce de la contamination ; l'évolution de la maladie vers une hépatite chronique et la survenue d'une cirrhose pouvant évoluer vers le cancer. De même, la victime n'est pas certaine de faire la maladie, elle peut d'ailleurs guérir.

¹²³ Le Fonds d'Indemnisation des Transfusés et Hémophiles (FITH). C'est un Etablissement français fut créé par la Loi n°91-1406 du 31 Décembre1991.

économique de contamination par le VIH recouvre l'ensemble des troubles dans les conditions d'existence entraînés par la séropositivité et la survenance de la maladie déclarée. Le préjudice spécifique inclut ainsi, dès la phase de séropositivité, tous les troubles psychiques subis du fait de la contamination par le VIH : réduction de l'espérance de vie, incertitude quant à l'avenir, crainte d'éventuelles souffrances physiques et morales, isolement, perturbations de la vie familiale et sociale, préjudice sexuel et, le cas échéant, de procréation. Il inclut en outre les différents préjudices personnels apparus ou qui apparaîtraient en phase de maladie avérée, souffrances endurées, préjudice esthétique et l'ensemble des préjudices d'agrément consécutifs». Cet Etablissement a pris en compte les aspects multiformes de l'incommensurable et indescriptible souffrance de victimes de contamination transfusionnelle par le VIH¹²⁴.

De cette appréhension, l'on peut retenir à la suite d'une certaine doctrine¹²⁵ que, le *préjudice de contamination* est un ensemble de préjudices ayant un caractère personnel tant physique que psychiques, en relation d'une part, avec les souffrances éprouvées par la personne qui se sait contaminée.

Relevons à ce niveau que la largesse de ces contours voire le caractère globalisant de la définition originelle du préjudice de contamination est un aspect qui divise la doctrine. Une franche de celle-ci estime en effet que le préjudice de contamination est « inadapté pour épouser les contours trop larges »¹²⁶. Selon cette doctrine¹²⁷, le préjudice de contamination doit uniquement renvoyer aux craintes et souffrances de se savoir contaminé par une pathologie évolutive, la réparation de la phase de développement de la maladie relevant du droit commun.

¹²⁴ LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), « L'indemnisation des victimes de préjudices non économiques », Les Cahiers de droit, vol.39, n°2-3, 1998, p.556.

¹²⁵ MORLET-HAIDARA (Lydia), « Le préjudice spécifique de contamination de nouveau sur le métier », Resp. civ. et ass. , Décembre 2013, étude 11, n°10 ; et VINEY (Généviève), obs. sous, Cass. 2e civ. 2 Avril, 1996, JCP G 1996, I, 3985, n° 12.

¹²⁶ WALTZ (Bélinda), « Réflexions autour de la notion de préjudice spécifique de contamination », Resp.civ. et ass. , n°7-8, Juillet 2013, étude 5.

¹²⁷ PORCHY-SIMON (Stéphanie), « Connaissance par la victime de la nature de son affection et indemnisation du préjudice spécifique de contamination », D. 2013, p. 346, n°11 et s.; WALTZ (Bélinda), *ibid.*.

Mais, s'il est vrai que cette position peut séduire à plusieurs égards¹²⁸, elle semble limitée à notre avis. Il faut bien qu'on s'entende, aucun préjudice dans le domaine du VIH/SIDA ou de l'hépatite virale C, n'est de droit commun. Cette tendance, oublie par exemple que les dégâts d'un paludisme chez un patient ordinaire, auront une ampleur très grande chez les personnes ayant un système immunitaire altéré ou complètement détruit. C'est dire que nous épousons la position globalisante du préjudice de contamination¹²⁹. L'un des avantages de la définition globalisante du *préjudice de contamination*, étant son uniformité. En effet, les composantes de ce préjudice se trouvent à l'identique chez toutes les victimes¹³⁰. Toute chose qui facilite l'accès à la réparation.

II. L'ordonnance prescrite pour réparer les préjudices nés de l'utilisation du sang humain

La compensation des conséquences dommageables de l'utilisation du sang extrait du corps humain, incombe au premier chef, au juge. C'est en effet à lui que revient le pouvoir de rétablir les individus dans leurs droits notamment lorsque ceux-ci ont été violés. La tâche de ce juge sera différente selon qu'il s'agit de sauvegarder les intérêts des particuliers (A) ou de garantir ceux de la société (B). Mais ce traitement divergent que l'on peut qualifier de *naturel* dans la résolution du contentieux en réparation des préjudices nés de l'usage du sang, est en lui-même compréhensif. Il ne deviendrait problématique que dans la mesure où les enjeux et défis que suscite la réparation des dommages corporels de nos jours ne sont pas satisfaits.

¹²⁸ La nomenclature *Dintilhac* est calquée sur cette doctrine. Elle est en réalité Le « Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels ». Ce groupe de travail fut dirigé par Jean-Pierre DINTILHAC (Président de la deuxième chambre de la cour de cassation française, en 2005. D'où le nom de baptême de cette nomenclature.

¹²⁹ N'oublions pas que la limitation des demandeurs à l'action en responsabilité, est de nature à créer plus de discriminations à l'aune de la pandémie du VIH/SIDA.

¹³⁰ JOURDAIN (Philippe), *op.cit.*

A. L'ordonnance prescrite pour panser les plaies¹³¹ de la victime

Nous entendons analyser ici, les actions en réparation mettant en scène le citoyen *lambda* et la personne morale, qu'elle soit de droit public¹³² ou de droit privé. A ce titre, l'on peut soutenir qu'en matière de réparation des préjudices corporels, le juge administratif et le juge civil ont sensiblement un même mode opérationnel : évaluer (1) tout d'abord le préjudice avant d'octroyer une indemnisation (2)¹³³. Cependant, cette double démarche n'est pas un *fleuve tranquille* en matière de dommages causés par l'usage du sang humain.

I. La typologie des plaies à panser ou la problématique de l'évaluation du préjudice

Moment crucial du contentieux de la réparation, l'évaluation consiste à définir l'étendue voire l'importance du préjudice¹³⁴. Dans cette mission, le juge est guidé par le principe de la *réparation intégrale*¹³⁵.

De création prétorienne¹³⁶, la *réparation intégrale* apparaît aux yeux de certains¹³⁷ comme un principe qui éclipse tous les autres principes en matière du droit de la

¹³¹ Dans le cadre de cette étude, la notion de « *plaies* » devrait être comprise comme « *préjudice* ».

¹³² Au sujet des personnes morales de droit public, la Loi n°2006/022 du 29 Décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs, en son Article 17, est venue soulager les justiciables en les rapprochant de la justice. Cette disposition rend désormais possible d'adresser le recours gracieux à l'autorité auteur de l'acte attaqué. Par analogie, les victimes de l'activité hospitalière vont s'adresser directement à l'hôpital où elles auraient subi le préjudice. Autrefois, elles étaient contraintes de saisir l'autorité *habilitée à recevoir le recours gracieux préalable* (cf. Art.12 de la Loi de 1972, portant organisation et fonctionnement de la Cour suprême) et dans le cas d'espèce, il s'agissait du Ministère en charge de la santé publique, basée à Yaoundé.

¹³³ Au Cameroun, les controverses semblables à celles ayant opposé les magistrats de l'ordre judiciaire, partisans de la nomenclature *Dintilhac* et leurs collègues de l'ordre administratifs, adeptes de la nomenclature *Lagier* (en France), n'existent pas au regard de la jurisprudence consultée.

¹³⁴ GROSSHOLZ (Caroline), « Evaluation du préjudice », Rép.puiss.pub., Dalloz, Avril 2015, n°1.

¹³⁵ En droit comparé, l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la Hollande, la Pologne, l'Espagne, l'Irlande, la Suisse et la Suède ; admettent la possibilité d'écarter ce principe de manière conventionnelle, même en matière contractuelle. La France, l'Italie et le Luxembourg quant à eux, rejettent toute dérogation au principe de la réparation intégrale, la responsabilité extracontractuelle étant d'ordre public. Lire dans ce sens, PIERRE (Philippe), op.cit., p.30.

¹³⁶ Dans un arrêt de la deuxième chambre civile de la cour de cassation française rendu en 1954, que ce principe fut posé pour la première fois. (cf. Cass.2° civ, 28 Octobre 1954, Bull.civ.II, n°328, cité par PIERRE (Philippe), *ibid.*, p.29)

¹³⁷ BRUN (Philippe), « Le droit en principes : la réparation intégrale en droit du dommage corporel », RLDC, Décembre 2013, Supplément au N°110, p.21.

responsabilité. C'est dire que parmi les mythes fondateurs dudit droit, ce principe figure assurément en bonne place¹³⁸ même s'il doit également être confronté à la réalité. L'idée que prône ce principe est de « rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »¹³⁹. Les juges saisis étant ainsi amenés à « faire du dommage une évaluation telle qu'elle assure à la victime l'entière réparation du préjudice »¹⁴⁰. Autrement dit, il est question ici de réparer *tout le dommage*¹⁴¹, rien que *le dommage*¹⁴². L'on remet en quelque sorte la victime en l'état *ante*. Ce principe semble par ailleurs être en conformité avec la règle qui veut que la demande de la victime soit la limite maximum de ce que les juges ont droit de lui accorder. Ces derniers ne pouvant statuer ni *infra* ni *ultra petita*.

Mais à ce niveau, il est vite fait de constater que ce principe, en réalité, n'est qu'un *idéal juridique* ou un paradigme¹⁴³. Prendre ce principe pour argent comptant peut susciter des doutes et parfois des sarcasmes en ce qui concerne les préjudices extra-patrimoniaux. Pour s'en convaincre, il convient juste de prendre l'exemple d'une personne amputée de la jambe pour observer qu'il paraît impossible de « réparer » intégralement le préjudice subi¹⁴⁴. Le juge va-t-il fournir un nouveau pied ou une nouvelle jambe à la victime ?

Au demeurant, il faut appréhender le principe de la « *réparation intégrale* » comme un postulat dans lequel le juge essaie sans relâche de se rapprocher d'une évaluation qui donnerait à la victime une réparation *satisfaisante*¹⁴⁵. Il possède de ce fait un pouvoir

¹³⁸ PIERRE (Philippe), « La réparation intégrale en Europe », RLDC, Décembre 2013, Supplément au N°110, p.29.

¹³⁹ Cass.2^e civ, 28 Octobre 1954, Bull.civ.II, n°328.

¹⁴⁰ CE, 21 Mars 1947, Aubry ; Rec. p. 123.

¹⁴¹ L'effet de ce principe a été le rejet des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité délictuelle en droit francophone notamment. Toutefois, de *lege feranda*, le Projet CATALA et le Projet de Code civil camerounais, admettent ces clauses tout en les excluant en cas de préjudices corporels. Lire l'exposé des motifs des Articles 1480, du Code civil du Cameroun.

¹⁴² SAVATIER (Emmanuel), « Le principe indemnitaire à l'épreuve des jurisprudences civile et administrative : à propos de l'indemnisation des victimes de transfusions sanguines », JCP G, n°13, 31 Mars 1999, p.617.

¹⁴³ Expression empruntée de la sociologie.

¹⁴⁴ LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), « L'indemnisation des victimes non économiques », Les Cahiers de droit, vol. 39, n°2-3, 1998, p.537.

¹⁴⁵ V. « *Satisfaisante* » in *Juridictionnaire*, p.2439. Lire aussi LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), *ibid.*, p. 540 in *fine*.

d'appréciation large dans l'évaluation du préjudice. Cette appréciation se faisant d'ailleurs *in concreto* en personnalisant le dommage. N'oublions pas que tous les organismes humains ne réagissent pas de façon identique face aux attaques pathologiques.

Ceci étant, soulignons qu'au Cameroun, le juge octroie plus aisément l'indemnisation pour les frais médicaux¹⁴⁶, qui relèvent des préjudices d'ordre économique. Relativement aux préjudices non économiques qui renferment le *préjudice moral*¹⁴⁷, le *préjudice sexuel*¹⁴⁸ la jurisprudence s'avère limitée à plus d'un titre lorsqu'on analyse les dommages causés dans le domaine de la consommation des produits sanguins. Cet état de chose étant dû au défaut de prise en compte des caractères *évolutif* et *gravissime* de certains préjudices.

Le caractère *évolutif* pose des difficultés dans la mesure où le droit commun de la réparation évalue le préjudice au jour du jugement car c'est en ce moment qu'il est *consolidé*. Cette position est consécutive à une controverse doctrinale. Nous avons d'une part, la thèse selon laquelle, le droit à réparation existe dès l'instant où le dommage est réalisé, la conséquence étant que la tâche du juge ne consistera qu'à déclarer un droit préexistant. Celui-ci étant entré dans le patrimoine de la victime au jour où le fait dommageable s'est produit¹⁴⁹. A l'opposé, une autre tendance soutient que ce droit ne naît qu'à compter de la décision du juge : il s'agit là d'un jugement constitutif de droit¹⁵⁰.

Et l'affirmation selon laquelle le préjudice est consolidé lorsque « (...) les lésions se fixent et prennent un caractère permanent, tel qu'un traitement n'est plus nécessaire, si ce n'est pour éviter une aggravation, et qu'il est possible d'apprécier un certain degré

¹⁴⁶ Frais d'hospitalisation et frais pharmaceutiques.

¹⁴⁷ V. Arrêt n°10/CFJ/CAY du 16 Mars 1967 ; Dame KWEDI Augustine c/ Etat du Cameroun, *in* NGOLE NGWESE (Philippe) et BINYOUM (Jean), *op.cit*

¹⁴⁸ Appréhendé non seulement comme étant l'incapacité pour la victime de mener une vie sexuelle ordinaire en entretenant par exemple des rapports sexuels en toute tranquillité, mais également comme l'impossibilité voire la difficulté à procréer.

¹⁴⁹ FAGES (Bertrand), Droit des obligations ; 8^e éd. LGDJ, 2018, n°452.

¹⁵⁰ Lire à ce sujet, DELEBECQUE (Philippe), La responsabilité civile : le délit et le quasi-délit (leçon n°15), cours dispensé à l'Université Juridique Francophone (*téléchargé le 20 Mars 2015*). Le professeur fera remarquer qu'en réalité, le droit à réparation existe en son principe dès la réalisation du dommage, mais qu'il ne se trouve consolidé qu'à compter du jugement.

d'incapacité permanente réalisant un préjudice définitif »¹⁵¹, s'avère limitée en matière d'utilisation du sang. Dans l'impossibilité d'avoir un préjudice consolidé au jour du prononcé du jugement due au caractère évolutif des préjudices nés des produits sanguins, l'on peut se poser la question de savoir, si le juge saisi, va évaluer le préjudice au jour du jugement, ou bien, va seulement opérer une évaluation *provisionnelle*, pour ultérieurement agir lorsque le préjudice se sera stabilisé.

Dans le même ordre d'idées, l'ampleur que peuvent prendre certains de ces préjudices, est de nature à inquiéter de plus en plus. En prenant le cas du VIH/SIDA et des hépatites virales, l'on se rend bien compte que le postulat de la *réparation intégrale*, est encore loin d'être atteint.

La méconnaissance du *préjudice spécifique de contamination* en droit camerounais a pour effet d'exclure plusieurs types de préjudices de la liste de ceux qui donnent droit à réparation. Nous pouvons citer entre autres : -la perte de chance de guérison due au caractère incurable de la maladie, -la perte de chance de survie à cause de la réduction de l'espérance de vie, -l'ensemble des troubles dans les conditions d'existence¹⁵² entraînés par la séropositivité et la survenance de la maladie déclarée, -les préjudices personnels apparus ou qui apparaîtraient en phase de maladie avérée, -l'ensemble des préjudices d'agrément¹⁵³ consécutifs.

Voilà donc cinq types de préjudices¹⁵⁴ qui échappent à toute évaluation, réduisant d'une certaine manière la portée même de l'action en réparation, pour les victimes.

¹⁵¹ LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), *Droit du dommage corporel, système d'indemnisation*, 4^e édition Dalloz. 2000, n°57, P. 128. Cette définition fut par ailleurs retenue par la Nomenclature DINTILHAC

¹⁵² L'on répare ici, toutes les répercussions que le trouble ou le dommage a eues dans la vie quotidienne de la victime et de ses proches. V. Arrêt n°488/CCA du 28 Juillet 1956 ; MBONG Clément c/Administration du Territoire (cité par NGOLE NGWESE (Philippe) et BINYOUM (Jean); *Eléments de contentieux administratif camerounais*, édition L'Harmattan 2010, p.134, *in medio*).

¹⁵³ Appelé *dommage à la vie de relation* en droit colombien, le dommage d'agrément est défini par l'impossibilité dans laquelle se trouve la victime de se livrer à une activité d'agrément précise à laquelle elle consacrait auparavant de façon régulière et de profiter des plaisirs de la vie. Lire MOSQUERA (Claudia), *La responsabilité du fait de la prestation des services de santé : Analyse comparative du droit colombien et du droit français*, Univ. Nantes Angers Le Mans, 2015, p.406.

¹⁵⁴ Qui découlent certes de la nomenclature Dintilhac mais qui peuvent être adoptés par le juge camerounais

2. De la posologie ou la problématique de l'indemnisation.

« *Qui ose s'engager dans les méandres du droit de l'indemnisation des victimes peut facilement se perdre* »¹⁵⁵. Au-delà de ce constat, la question ici soulevée, est relative à la forme de l'indemnisation.

Au premier abord, doit-on accorder une réparation en *nature* ou par *équivalent* (réparation pécuniaire). La réparation voire l'indemnisation pécuniaire est celle que le type de préjudice subi par la victime, impose de choisir. S'il est vrai que la dignité humaine peut être incompatible avec la reconnaissance d'une mercuriale aux préjudices personnels, force est de constater néanmoins que, si l'argent ne « répare » pas intégralement le préjudice, il constitue le seul moyen de donner à la victime une indemnisation *satisfaisante*¹⁵⁶. De même, en droit administratif camerounais, cette forme d'indemnisation est un moyen de contourner l'impossibilité par le juge de donner des injonctions à l'Etat¹⁵⁷.

Ensuite, doit-on accorder des dommages et intérêts, le cas échéant, faut-il allouer une *rente viagère*¹⁵⁸ ou un *capital*¹⁵⁹, à la victime ? En droit camerounais, les juges saisis accordent des dommages et intérêts en une somme d'argent précise. Le montant de cette somme est laissé à l'appréciation souveraine de ces praticiens du droit. De même dans la fixation de ce montant, deux attitudes sont observables. Si le demandeur à l'action en réparation à lui-même formulé une proposition du taux des dommages et intérêts à lui allouer, le juge saisi va soit modérer soit majorer l'indemnisation. Mais dans l'hypothèse où le demandeur se remet à la sagesse du juge, celui-ci va en toute liberté et au regard de l'ampleur du préjudice, déterminer le montant des dommages et intérêts dont elle a droit. Dans le domaine de l'indemnisation des préjudices nés de l'usage du sang extrait du corps humain, l'on se pose la question de savoir si le pouvoir

¹⁵⁵ BUGNICOURT (Jean-Pierre), « Responsabilité », RLDC, Décembre 2009, N°66, p.21.

¹⁵⁶ LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), *op.cit.* p. 540 *in fine*.

¹⁵⁷ NGOLE NGWESE (Philippe) et BINYOUM (Jean); *op.cit.*, p.138

¹⁵⁸ L'adjectif *viager* qualifie ce qui doit durer non pas jusqu'à date certaine, mais tout le long de la vie de la personne concernée et uniquement pendant sa vie. La *rente viagère* est servie au bénéficiaire sa vie durant sous forme de *pension viagère*. Lire « Viager » in PICOTTE (Jacques), Juridictionnaire (Recueil des difficultés et des ressources du français juridique), Univ. De Moncton, 28 Mai 2011, p.2359.

¹⁵⁹ Un montant fixe alloué à la victime.

d'appréciation du juge ne devrait pas connaître de limite. En d'autres termes, n'est-il pas souhaitable d'instaurer un système de *barémisation* ou de *forfaitarisation*¹⁶⁰. Cela est d'autant plus préoccupant dans la mesure en ce domaine, aucune somme ne peut réellement réparer le préjudice subi par une personne contaminée à la suite d'une transfusion sanguine par exemple. De même, le souci de se rapprocher de l'idéal de réparation intégrale, peut amener le juge saisi à fixer des dommages et intérêts faramineux, à l'instar de ceux accordés à dame *Courtellemont*¹⁶¹. De ce fait, si cette somme peut être justifiée en droit, elle donnera l'impression d'un enrichissement de la victime derrière son sort (qui est certes triste). Ce qui mettra à mal le *principe indemnitaire* qui veut que la victime ne s'enrichisse pas à l'occasion d'une indemnisation.

B. L'ordonnance prescrite pour panser les plaies de la société

Nous nous trouvons ici au cœur des mécanismes de réparation qui assurent la sauvegarde des intérêts de la société. Toute chose qui nous conduit à voyager dans l'univers des sciences criminelles. Rappelons à ce titre que cet univers est gouverné par un sacrosaint principe : celui de la légalité des délits et des peines (*nulla poena nullum crimen sine lege*). Ce qui se traduit par l'idée selon laquelle, aucune sanction ne peut être infligée à l'endroit d'une personne morale ou physique sans tirer sa source dans un texte de loi. Une telle idée étant d'ailleurs rassurée d'une application absolue dans la mesure où l'interprétation des textes en ce domaine est strictement *restrictive*. De ce qui précède, nous sommes tenus d'analyser la réparation des préjudices nés de l'utilisation du sang extrait du corps humain en prenant appui sur les textes qui

¹⁶⁰ En droit comparé, l'Allemagne, l'Espagne, le Luxembourg, la Suisse et la France, appliquent ce système. De même, le droit suédois applique un barème officiel des douleurs et souffrances. La Grande-Bretagne et l'Irlande quant à elles, prévoient une réparation forfaitaire du préjudice moral résultant de la perte d'un être cher. Lire dans ce sens, PIERRE (Philippe), *op.cit.*, p.30.

¹⁶¹ En 1989, la Cour d'appel de Paris avait créé un séisme judiciaire en octroyant une somme de 2 300 000 de francs français en guise de dommages et intérêts, à une femme âgée de 60 ans, suite à la contamination dont elle avait été victime après une transfusion sanguine consécutive à un accident de circulation. Lire LAMBERT-FAIVRE (Yvonne), *op.cit.*, p.545.

existent¹⁶². Et la lecture combinée de ces instruments juridiques demande à étudier la personne pénalement responsable (1) et l'assiette des infractions retenues (2).

1. Du médecin traitant ou la problématique de la détermination du pénalement responsable

Les dispositions pénales qui répriment les atteintes à l'intégrité physique du patient lors de l'utilisation du sang, semblent avoir jeté leur dévolu uniquement sur les personnes physiques. Cela est manifeste à travers l'emploi des expressions, « prélève », « administre »¹⁶³, du sang humain. Soulignons en effet que les actes de prélèvement et d'administration du sang incombent aux personnels médico-sanitaires (médecins et infirmiers notamment). Que l'on nous entende bien, il n'est pas question ici de revendiquer l'accomplissement desdits actes par les personnes morales. Le soutenir relèverait de l'imaginaire.

La limitation à ces deux types d'actes laisse entrevoir d'autres interrogations. D'une part, l'application de ces dispositions pénales sous-tend que la *production* ou la *fabrication* et la *fourniture*, sont exclues du champ répressif. Par conséquent, le producteur et le fournisseur des produits sanguins ne sauraient être condamnés à ce niveau. La justification de cette exclusion pourrait se trouver dans l'objet de la Loi précitée, elle porte sur la « transfusion sanguine ». Mais comment concevoir des dispositions pénales en cette matière sans faire allusion à la personne qui *fabrique* ou *fournit* ce sang. Peut-on transfuser du sang qui n'est pas conditionné ou livré par un tiers ? Ce dernier, ne peut-il pas concourir à la réalisation de l'atteinte à la valeur protégée, l'intégrité corporelle en occurrence ? Soulignons à ce niveau que, lorsque l'enjeu est la vie et sa qualité, la sanction de tous les professionnels de la santé impliqués dans l'utilisation du sang humain, se justifie et s'impose¹⁶⁴.

L'autre préoccupation soulevée par ces dispositions est relative à l'irresponsabilité apparente de la personne morale, que ce soit l'Etablissement de santé publique ou la clinique. S'il est de principe qu'en matière pénale, l'on ne répond que des atteintes

¹⁶² Le Code pénal et la Loi N° 2003/014 du 22 décembre 2003 portant sur la transfusion sanguine (le Chapitre IV notamment) seront les socles de cette étude.

¹⁶³ Lire les Art.13 et s. de la Loi du 22 Décembre 2003, *op.cit.*

¹⁶⁴ BOUVIER (François), « La responsabilité médicale », G.P., 12-14 Juin 1984, p.293.

causées par son propre fait (le commettant ne pouvant répondre des actes de son préposé), la participation de ces personnes morales à la réalisation de certaines infractions, ne peut-elle pas justifier la mise en cause de leur responsabilité ? En d'autres termes, est-il *utile* et *juste* de ne condamner que le personnel médico-sanitaire en épargnant les hôpitaux et cliniques, pour le compte desquels il travaille ?

2. Du plateau technique ou l'assiette des infractions retenues

Les types d'infractions retenues par le législateur pénal sont ici matière à caution. Rappelons que c'est la loi de 2003 portant transfusion sanguine, qui renvoie elle-même à certaines dispositions du Code pénal. De la lecture de ce texte législatif, cinq (05) infractions sont indiquées : les Activités dangereuses¹⁶⁵, les Blessures simples¹⁶⁶, les Coups avec blessures graves¹⁶⁷, les Blessures graves¹⁶⁸ et les Coups mortels¹⁶⁹.

En marquant un temps d'arrêt sur cette énumération, il faut dire que l'existence de certaines de ces infractions est problématique dans le domaine de l'utilisation du sang extrait du corps humain. Il s'agit notamment des *Blessures légères* et des *Coups avec blessures graves*. La réalisation de chacune de ces infractions est subordonnée à une *incapacité de travail* rapportée au moyen d'un certificat médical. Cependant, il existe des maladies transmises par l'usage du sang¹⁷⁰ qui ont un temps de latence souvent assez long au point où l'atteinte au corps ne sera pas facile à rapporter. Cette difficulté sera d'autant plus avérée car la personne contaminée continue d'user de ses facultés motrices et intellectuelles. L'application de ces dispositions en l'état actuel, peut vouloir dire par exemple que l'Etat ne peut pas réprimer l'auteur d'une contamination post-transfusionnelle au VIH, tant que la victime ne fait pas encore la maladie. On peut relever à ce niveau que la déclaration de séropositivité semble ne pas être un élément déclencheur de la mise en mouvement de l'action publique.

¹⁶⁵ Art. 228.

¹⁶⁶ Art.280.

¹⁶⁷ Art.279.

¹⁶⁸ Art.277.

¹⁶⁹ Art.278.

¹⁷⁰ Les hépatites virales A, B et C, par exemple.

De même, si l'on peut apprécier à sa juste valeur l'incrimination des « activités dangereuses » dans la mesure où elle permet de sanctionner la maladresse et l'imprudence des professionnels de santé, force demeure de constater également que l'infraction en elle-même est assez floue dans ses éléments constitutifs. La prudence faisant penser au *bon père de famille*, expression pas toujours facile à cerner dans ses contours. Par contre, certains législateurs étrangers (français notamment) ont pris la peine de relever que l'infraction de *mise en danger à la vie d'autrui*¹⁷¹ est constituée lorsque quatre éléments cumulatifs sont réunis : l'existence d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, la violation manifestement délibérée de cette obligation, l'exposition directe d'autrui et l'existence pour autrui d'un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente. A l'analyse, il paraît que tous ces éléments sont de nature non seulement à permettre au juge saisi d'avoir des éléments à charge contre la personne dont la responsabilité est susceptible d'être mise en cause, mais plus, serviront d'arguments à cette dernière lorsqu'elle voudra se dédouaner de ladite responsabilité le cas échéant.

Ajoutons qu'au regard de la spécificité du domaine, l'on se serait volontiers attendu que le législateur pénal mentionnât *l'assassinat par empoisonnement* dans la liste des faits réprimés. Cet oubli que nous pouvons qualifier de volontaire semble trouver des justificatifs au niveau de la saga du *sang contaminé*. En effet, la Loi sur la transfusion sanguine va être adoptée au Cameroun juste six mois après que les juges de la Cour de Cassation française aient refusé de reconnaître la responsabilité de l'Etat dans l'affaire susévoquée, motif pris de ce que décidé « le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort, élément commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie »¹⁷². Ce fut donc l'absence de l'intention de tuer qui contribua à ce que la responsabilité des médecins impliqués dans cette affaire ne soit pas engagée¹⁷³. Par ailleurs, à défaut de consacrer l'infraction d'*assassinat par empoisonnement*, une autre démarche aurait consisté à

¹⁷¹ Cf. Art. 223-1 du Code pénal français

¹⁷² Crim. 18 juin 2003, pourvoi n° 02-85.199 ; D. 2004, 1620 ; D. 2005, p.195

¹⁷³ Lire aussi, OLLARD (Romain), « Droit pénal et sécurité sanitaire : une responsabilité introuvable ? », R.J.O.I., 2018, n°25, p. 128.

créer des incriminations nouvelles et propres aux conséquences dommageables de l'utilisation du sang humain.

En somme, il faut admettre qu'au regard des lacunes observées ici et là en matière de résolution efficace des préoccupations nées des suites d'un dommage lié à l'usage du sang humain, la mise sur pied d'un régime de réparation plus adapté s'impose avec acuité. Une telle initiative peut s'effectuer en actionnant sur deux leviers. La réforme de l'arsenal légal et jurisprudentiel en vigueur d'une part, et la promotion de la prise en charge par la société toute entière des préjudices nés de l'utilisation des produits sanguins¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Pour une étude complète de la question, lire ESSIANE (Frédéric), *Le sang en droit camerounais*, Thèse Univ.Yaoundé 2.Soa, Juillet 2020, Pp.304-323.

La protection sociale de l'Union des Comores : un modèle classique en construction à l'épreuve de la réalité socio-économique

Ali Djambae Nasser - Docteur en Droit - Membre de l'AFDD

Résumé

Le système de protection sociale de l'Union des Comores est presque construit sur le modèle bismarckien. Il essaye de prendre en charge les risques liés à la santé et à la famille afin que chaque citoyen accède durablement à la satisfaction de ses besoins fondamentaux par le biais d'une protection sociale complète et inclusive. Or ce modèle n'est pas adapté à la réalité socio-économique du pays. Cet article essaye donc de montrer ce dysfonctionnement structurel entre le modèle classique européen et le contexte (social, économique et culturel) comorien en s'appuyant sur des difficultés majeures qui sont le fonctionnement, le financement et l'environnement socio-politique (corruption, gouvernance) du pays.

Abstract

The social protection system of the Union of the Comoros is almost built on the Bismarckian model. It tries to address the health and family risks so that every citizen has sustainable access to basic needs through comprehensive and inclusive social protection. This model is not adapted to the socio-economic reality of the country. This article tries to show this structural dysfunction between the classical European model and the Comorian context (social, economic and cultural), based on the major difficulties that are the functioning, the financing and the socio-political environment (corruption, governance) of the country.

Des grands systèmes classiques connus, l'Union des Comores avec la couverture sanitaire universelle (CSU) choisit de financer la santé par le système bismarckien. La spécificité de ce système est qu'il est obligatoire et a été conçu à la base pour les travailleurs en Allemagne en 1883. Il est donc lié à un contrat de travail. Ce système assurantiel organise la solidarité entre les travailleurs. Son efficacité dépend essentiellement de l'économie du pays qui doit être formelle et performante, créant des emplois formels.

La mise en œuvre d'une politique sociale dans le domaine de la santé doit tenir compte de l'économie du pays et des nouvelles contraintes en matière de financement de la protection sociale. Face à ces défis, la conception d'un système innovant est une exigence, car la couverture sanitaire universelle (CSU) est passée aujourd'hui de la logique assurantielle à la logique universelle, de la solidarité professionnelle à la solidarité nationale. D'ailleurs, dans son préambule, la Constitution de l'Union des Comores prévoit « *la solidarité entre l'Union et les îles et entre les îles elles-mêmes, le droit à la santé et à l'éducation pour tous, le droit de l'enfant et de la jeunesse à être protégés par les pouvoirs publics contre toute forme d'abandon, d'exploitation et de violence, le droit à un environnement sain et le devoir de tous à sauvegarder cet environnement*¹⁷⁵ ». De même, la devise de l'Union des Comores « *Unité, Solidarité et Développement*¹⁷⁶ » désigne la solidarité comme un des piliers du patriotisme et manifeste l'attachement de l'Etat comorien à la protection de tous les citoyens. La couverture maladie qui acquiert son caractère universelle doit se baser sur un financement universel suivi d'une nouvelle politique économique et sociale du pays.

175 Constitution de l'Union des Comores du 23 décembre 2001 modifiée par le referendum du 17 mai 2009.

176 Ibid.

L'Union des Comores est résolument engagée à se remettre progressivement d'une quarantaine d'années de crises politiques et économiques particulièrement éprouvantes. Elle souhaite créer les conditions de perspectives durablement heureuses pour sa population. Les indicateurs de performances économiques passent de façon progressive et résolue au vert au point d'autoriser les autorités à se fixer comme défi majeur à relever, d'ici 2030, de faire l'Union des Comores un pays émergent, c'est-à-dire un pays en plein essor économique, disposant de ressources humaines et financières ainsi qu'un dynamisme social, susceptible de lui permettre d'envisager son entrée dans le monde du développement.

Une projection de plus ambitieuses qui fait légitimement espérer les populations comoriennes, à cette échéance si proche, en des réponses rapides et adéquates aux problèmes sociaux auxquels ils sont confrontés, notamment en la possibilité de se soigner dans les meilleures conditions et à des coûts supportables. L'annonce de la mise en place d'une couverture sanitaire universelle (CSU), qui naît des cendres des promesses d'une assurance maladie obligatoire (AMO) contrariée, et qui est espérée comme le sésame qui ouvrira pour les plus vulnérables les portes des meilleures opportunités de prise en charge médicale, ne pouvait que conforter ces populations dans leur optimisme. L'assemblée de l'Union des Comores vote la loi n°17-AU relative à la couverture sanitaire universelle en Union des Comores. Les Comores ont pris la dimension sociale du développement et plus particulièrement, l'amélioration de la situation des catégories sociales en situation de précarité dans sa stratégie de croissance pour le développement durable. D'où la question principale, quelle protection sociale pour les Comores ?

Cette analyse se veut être une réflexion portée sur l'analyse de la protection sociale (modèles, groupes ciblés) en Union des Comores. Cette contribution organisée autour de deux grands points s'intéresse à la pertinence du modèle proposé par le gouvernement, les structures de la société civile, et les experts dans le contexte comorien. Nous y présenterons dans une première partie la protection sociale de l'Union des Comores (I), et d'autre part, au regard de

l'inefficacité de la stratégie en matière de prévoyance et d'assistance sociale, sur la nécessité d'un modèle comorien de protection sociale (II).

I. Quel modèle de protection sociale aux Comores au vu des enjeux socio-économiques ?

A. Le régime comorien de protection sociale : un modèle en construction

Aux Comores, l'assurance sociale a été initiée à la veille de l'indépendance du pays en 1963. Elle portait au départ sur l'instauration des caisses pour couvrir de façon limitée les besoins de protection sociale. Quant aux salariés, Il n'existe ni pour les fonctionnaires ni pour les salariés du secteur privé un système assurantiel de soins de santé et d'indemnisation en cas de maladie. Il n'existe pas non plus, de mesure appropriée en cas d'invalidité ou en cas de décès du salarié atteint d'une maladie non-professionnelle¹⁷⁷. Ainsi en 1963, la caisse de retraite comorienne gère la situation de retraite des agents de l'Etat.

Les Comores n'ont pas encore un système d'assurance maladie bien structuré, fonctionnel et totalement protecteur. Certes, on note de plus en plus dans les discours des autorités publiques et des partenaires socio-économiques (OMS, UNICEF) une volonté de renforcement et d'extension de l'assurance maladie obligatoire pour toutes les différentes classes sociales¹⁷⁸ mais actuellement les prestations sociales (pension de retraites) restent assez faibles et très limitées à une certaines catégories de fonctionnaires et militaires. Par ailleurs, on note aussi que la couverture maladie universelle est essentiellement un système urbain construit autour de l'administration publique et des établissements publics. Le régime de sécurité sociale comorien est de type corporatiste et résiduel et la

¹⁷⁷ G.K.HOUNSOUNOU & I.AHAMADA, Politique nationale de protection sociale de l'Union des Comores, juillet 2014, p.31.

¹⁷⁸ Art. 1 de la loi n°17-AU relative à la couverture sanitaire universelle en Union des Comores.

majorité de la population rurale et du secteur informel est totalement exclu du système. Le régime des pensions et de risques professionnels ne sont pas couverts par l'assurance maladie obligatoire. Il est donc un régime social assez limité offrant une faible couverture, des prestations assez minimaliste et un service de qualité inefficace.

L'inefficacité du système social comorien tient au fait que c'est un modèle importé hérité du pays colonisateur (la France) et qui est en déphasage avec la réalité sociale du pays.

L'union des Comores dispose de trois régimes d'assurance maladie réservés exclusivement aux travailleurs de l'Etat.

- La caisse nationale de retraite qui assure les risques de vieillesse, d'invalidité et de décès des fonctionnaires de l'Etat et des employés du secteur privé. Cette caisse rencontre des difficultés relatives à la mobilisation des cotisations à verser par l'Etat pour ses agents. Elle rencontre des obstacles liés au bon fonctionnement en raison de l'inadaptation de son statut juridique, de son mode de gestion technique et de son absence d'autonomie ;

- La caisse militaire de retraite et mutuelle nationale militaire qui est chargée de la gestion des prestations de vieillesse et d'invalidité des militaires et de leur couverture médicale ainsi qu'à leur famille. La cotisation est d'office prélevée sur les salaires et directement versée à la caisse qui se charge de reverser les droits ;

- La caisse nationale de solidarité et de prévoyance sociale qui protège les salariés contre les maladies professionnelles et les accidents du travail. Le taux de cotisation reste obsolète et inadapté aux dépenses requises. L'Etat ne verse aucune contrepartie financière ;

- Les mutuelles de santé sont exclusivement financées par les cotisations des membres. Elles ne sont pas accessibles aux travailleurs du secteur informel et aux plus vulnérables.

B. L'Union des Comores : la protection à l'épreuve de la gouvernance

La bonne gouvernance constitue un élément fondamental pour le développement du pays. Toutefois, celle-ci est souvent mise à l'épreuve par les pratiques de corruption qui empêchent la mise en œuvre des politiques sociales. Dans le secteur de la santé, la corruption et la malversation des fonds sont parmi les principales causes de l'inefficacité de système sanitaire.

Dans le secteur de la santé de l'union des Comores, existent des pratiques inappropriées entre soignants et soignés, mais aussi une certaine corruption des personnels de santé. Les pratiques de corruption en Union des Comores sont une réalité bien ancrée dans la société, selon enquêtes menées par la Commission Nationale de Prévention et de Lutte contre la Corruption (CNPLC)¹⁷⁹. D'ailleurs, selon le dernier rapport relatif à la déclaration du patrimoine des hautes autorités du pays et certaines catégories des fonctionnaires après la promulgation de la loi anticorruption (loi N° 08-013/AU du 25 juillet 2008 promulguée le 21 juillet 2011), les membres de la dite commission considèrent la corruption comme un des problèmes les plus importants. Les secteurs publics connus par la commission anticorruption comme étant les plus affectés par la corruption sont : l'éducation, la justice, la santé et l'administration.

Dans le domaine de la santé, les pratiques de corruption ont lieu dans les établissements publics de santé, généralement avant les soins ou avant

¹⁷⁹Décret n° 11-103/PR du 25 juin 2011 relatif à la mise en place de la Commission nationale de prévention et de lutte contre la corruption. Cet organe est créée par le chapitre IV de la loi N°08-013/AU du 25 juillet 2008, relative à la transparence des activités publique, économique, financière et sociale de l'Union dans son chapitre IV de la loi N° 08-013/AU du 25 juillet 2008 promulguée le 21 juillet 2011.

l'hospitalisation du patient jusqu'à sa sortie de l'hôpital. Mais elles sont aussi courantes dans la délivrance des documents relatifs à l'évacuation sanitaire ou à la prise en charge d'une autorité malade.

Enfin, à côté de la corruption, il existe de pratiques de détournements de fonds dans le domaine de la sécurité sociale. En effet, les fonds relatifs à la pension de retraite des fonctionnaires générés par la caisse de retraite sont souvent malversés dans les caisses de retraite¹⁸⁰.

La gouvernance publique, mais aussi celle des institutions d'assurance ou d'assistance sociale, est souvent considérée comme un facteur clé dans la mise en œuvre des politiques sociales et sanitaires. Dans le cadre de la politique nationale de protection sociale, le gouvernement comorien a prévu de procéder à des réformes institutionnelles. Ces réformes contribueront sans doute à améliorer l'environnement juridique et institutionnel du système de protection sociale, mais la corruption, les inégalités liées à l'accès aux structures et le financement du régime demandent plus d'efforts pour arriver à une couverture sociale universelle satisfaisante.

En somme, le système de protection sociale des Comoriens est en construction. Il connaît encore des limites en matière de financement, d'organisation, de gestion et de fonctionnement. L'assurance santé, pilier du système, marche très timidement et à ce jour, le taux de pénétration des mutuelles de santé est globalement faible. La politique nationale de bonne gouvernance et de lutte contre la corruption peut être un élément fondamental dans la stratégie de construction et d'extension de la protection sociale aux Comores. Toutefois, il faudra penser à un modèle qui permet d'intégrer des dimensions spécifiques de

180D.S. Darkaoui, Cambriolage à la caisse nationale de retraite : quatre personnes placées sous mandats de dépôt, Alwatwan Comores, 10.01.2018.

D.S. Darkaoui, Caisse nationale de retraite : 18 millions de francs comoriens dérobés, Alwatwan Comores, 5.01.2018.

la société comorienne (ruralité, pauvreté, répartition des ressources, emploi informel, instabilité). Copier littéralement les modèles occidentaux ou africains ne permettra pas forcément d'atteindre la couverture universelle en matière de protection sociale.

II. Quel modèle de protection sociale serait compatible à la réalité économique des Comores ?

A. Le système traditionnel de la solidarité communautaire

Les Comores utilisent plusieurs mécanismes traditionnels de solidarité qui contribuent à une assistance auprès de la communauté pour les divers évènements. Les mécanismes de solidarité se scindent en deux :

- Un mécanisme communautaire ;
- Un mécanisme mutualiste.

S'agissant du mécanisme communautaire, le plus connu est l'action des membres de la diaspora comorienne. Cette dernière est organisée en associations de ressortissants d'un village ou ville et envoie des sommes énormes pour financer les projets communautaires et les investissements privés. Il arrive souvent, qu'une évacuation sanitaire soit financée par la diaspora d'un village pour une personne issu de ce village à l'occasion d'un accident ou d'une maladie épidémique ou endémique.

Ce mécanisme d'assistance communautaire constitue un espace où sont mobilisées les ressources financières et matérielles collectées auprès des ressortissants d'un village pour des opérations d'assistance auprès des personnes en situation de précarités dans la communauté¹⁸¹. Ces personnes

¹⁸¹S. Blanchy, les comoriens, une immigration méconnue, Hommes & Migration , Les comoriens de France, 1998, p.5-20.

perçoivent des dons de vivres, des médicaments, de l'argent ou des vêtements. Cette action communautaire aide à la réduction de la précarité au niveau du village. D'autres ressources sont mobilisées pour la construction des espaces publics et autres infrastructures communautaires tels que les mosquées, les foyers et les terrains de jeux....etc.

D'autres mécanismes bien que traditionnels sont très productifs. C'est le cas du système d'épargne et de crédit basé sur la confiance mutuelle et la solidarité de groupe. En effet, les ressortissants d'un village ou d'une ville organisent une tontine qui consiste à verser une contribution périodique (hebdomadaire, mensuelle...) durant une durée bien déterminée en commun accord. A tour de rôle, chaque membre du groupe reçoit la somme convenue pour financer des investissements individuels ou une activité professionnelle. Une partie de la somme est prélevée automatiquement pour alimenter la caisse de solidarité. Cette somme encaissée permet aussi de subvenir aux besoins d'urgence de la communauté tels le décès d'un proche, une maladie grave d'un membre de famille ou l'accident. Des dispositions sont prises au début de la tontine. Seules les personnes qui sont à jour de leurs contributions peuvent prétendre bénéficier du soutien du groupe.

Des dispositions sont prévues pour sanctionner les membres défaillants. Ces systèmes communautaires fondés sur l'honorabilité et la parole donnée ont traversé les temps et constituent un socle sur lequel on peut bâtir le suivi des interventions de protection sociale dans les villages et villes.

L'expérience de la sécurité sociale villageoise (SSV) constitue un modèle recommandable à ce sujet. Ces systèmes ont déjà inspiré certaines sociétés

privées en milieu urbain (la mutuelle de SOGECOM) dans la mise en place des mécanismes similaires d'assistance aux employés¹⁸².

Depuis 2012, un réseau de mutuelle de santé est institué¹⁸³. Il s'intitule la Fédération Nationale des organisations mutualistes de santé aux Comores (FENAMUSAC). L'objectif général de la FENAMUSAC (Fédération Nationale des Mutuelles de Santé aux Comores) est de contribuer à l'amélioration de l'accès aux soins de qualité de la population comorienne. Le réseau connaît une croissance soutenue et les mutuelles créées sont consolidées afin de :

- poursuivre la diversification des modes d'adhésion aux mutuelles et de distribution efficaces de la gamme de produits offerts ;
 - identifier et mettre en place des mécanismes de financement durable des cotisations des mutuelles de santé ;
 - définir et mettre en œuvre une politique de communication favorisant la promotion et le développement du réseau des mutuelles.

Le réseau participe à l'amélioration de la qualité de l'offre de soins en étant une association d'usagers de soins pour :

- conduire des activités de prévention et d'éducation à la santé des mutualistes ;

¹⁸² Depuis 2012, un réseau de mutuelle de santé nommé Fédération Nationale des organisations mutualistes de santé (FENAMUSAC) est institué en Union des Comores. L'objectif général de la FENAMUSAC (Fédération Nationale des Mutuelles de Santé aux Comores) est de contribuer à l'amélioration de l'accès aux soins de qualité de la population comorienne. Le réseau de la FENAMUSAC est composé de 37 mutuelles actives avec un effectif de 24 484 bénéficiaires : 25 mutuelles et 12 904 bénéficiaires en Grande Comores, 8 mutuelles et 9 793 bénéficiaires à Anjouan, 4 mutuelles et 1 787 bénéficiaires à Mohéli), soit un total de 17 mutuelles scolaires, 10 institutionnelles, 5 villageoises, 4 IMF et 1 associative.

¹⁸³ CIDR, Union des Comores-fédération nationale des organisations mutualistes de santé.

<http://www.cidr.org/UNION-des-COMORES-Federation.html>.

- assurer un respect des contrats signés avec les prestataires de soins ;
- participer à la gouvernance des formations sanitaires.

La mutuelle FENAMUSAC et ses membres ont progressé vers leur viabilité institutionnelle, financière et technique pour :

- définir un mécanisme efficient de recouvrement des ressources internes du réseau et de leur gestion rigoureuse ;
 - procéder au renforcement des capacités des équipes techniques, des instances des mutuelles de base et des structures faïtières ; mettre en place des outils de gestion permettant un suivi technique efficient des mutuelles de base ;
 - apporter un appui-formation à la FENAMUSAC dans le cadre de ces négociations avec ses partenaires (techniques, institutionnels et financiers).

Une offre de services de qualité est faite aux membres du réseau, et la Fédération est reconnue comme prestataire d'expertise en gestion de la microassurance santé pour :

- contractualiser avec des organisations non membres du Réseau en vue de leur apporter l'expertise acquise en gestion de la mutualité santé ;
 - diversifier et maintenir la qualité de l'offre de services faite aux membres du réseau et aux usagers externes au réseau ;
 - conduire des enquêtes de satisfaction annuelle auprès des usagers des services du réseau.

B. L'élargissement de la protection sociale aux groupes vulnérables et au secteur informel

Aux Comores, le gouvernement affiche une réelle volonté politique de prise en compte des besoins de protection sociale de l'ensemble de la population. En effet, l'objectif de cette politique sociale est de « définir une politique de protection sociale durable et inclusive, ciblant, au-delà des agents de l'Etat et des salariés du secteur privé formel, les nombreux travailleurs de l'économie non-formelle, les handicapés, les orphelins et les veuves¹⁸⁴ ». Cependant, les programmes de protection sociale institués en Union des Comores n'ont pas été suivis d'un plan de mise en œuvre. L'accès aux soins et aux services sociaux de protection sociale pour les travailleurs du secteur informel, les personnes en situation de précarité, les handicapés, les agriculteurs, les pêcheurs n'ont jamais été pris en compte dans les documents de politique sanitaire. Les besoins en protection sociale n'ont pas été intégrés au niveau des ministères sectoriels. Il a fallu attendre l'initiative des acteurs de la société civile et de certains organismes publics pour que des actions soient entreprises au niveau des ministères concernés. Ces actions bénéficient qu'à un infime groupe et ne couvre qu'une partie du territoire national. Cette faible couverture des interventions s'explique par des problèmes de financement et d'organisation.

Un organisme institutionnel est chargé de la protection des personnes vulnérables et du secteur informel. Il s'agit du commissariat général à la solidarité, à la cohésion et à la promotion du genre. Cet organisme institutionnel dispose des organismes de mise œuvre de la politique sanitaire tant au niveau national qu'au niveau insulaire.

La caisse nationale de solidarité et de prévoyance sociale gérée par le commissariat général à la solidarité, à la cohésion et à la promotion du genre identifie les principaux groupes vulnérables suivants :

184 Lettres de missions aux deux ministres en charge de la protection sociale

- les enfants issus de couches sociales démunies (les enfants malnutris, les enfants maltraités, les enfants travailleurs, les enfants placés, les enfants handicapés, les enfants non-scolarisés et déscolarisés, les enfants en conflit avec la loi, les enfants de la rue, les orphelins, les enfants de parents divorcés et les enfants nés hors mariage) ;
- les femmes seules et ou avec enfant à charge ;
- les personnes âgées ;
- les jeunes sans emploi ;
- les agriculteurs sans terre ;
- les travailleurs saisonniers.

Les femmes sont les plus exposées que les hommes. Les services sociaux compétents pour la prise en charge, la prévention ou l'assistance en faveur des groupes vulnérables sont peu développés. Ces actions sont surtout entreprises par les services de l'Etat et les organisations de la société civile.

La participation au processus d'opérationnalisation du socle de protection sociale suscite une attention particulière pour les travailleurs saisonniers, ceux du secteur informel, les paysans sans terre, les pêcheurs, les femmes, et les porteurs d'handicap.

OAPI : Droit d'auteur, le vent des réformes

Patrick Juvet Lowé Gnintedem -

Agrégé des facultés de droit - Université de Dschang

Cette étude a paru en parallèle sur le site Actualités du Droit de Wolters Kluwer France.

De toutes les formes d'intégration juridique connues, l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI) a opté pour la plus radicale, ou plutôt la plus achevée, à savoir l'unification du droit. Ainsi, les domaines de la propriété intellectuelle réglementés par le législateur OAPI constituent le droit national des États membres.



La formule doit néanmoins être nuancée en matière de droit d'auteur. Même si l'OAPI en prévoyant une annexe VII relative à la protection de la propriété littéraire et artistique (PLA) indique d'emblée que ce texte constitue « *le régime commun* » (Accord de Bangui (AB) révisé du 24 février 1999, annexe VII, art. 1^{er}) dans les pays membres, chaque État partie reste libre d'élaborer une loi nationale pour la protection de la PLA.

À côté de l'annexe VII subsiste donc au sein des pays membres de l'OAPI des lois nationales sur la PLA, généralement adoptés ou révisés après l'AB de 1999, avec des nuances plus ou moins fortes. Les réformes récentes intervenues en matière de droit d'auteur permettent-elles de réduire ces nuances dans les pays de l'OAPI ? En réalité, l'ampleur des réformes touche autant l'OAPI elle-même que certains de ses pays membres.

La réforme du droit OAPI du droit d'auteur

Il faut souligner que l'AB de 1999 a connu une importante révision avec l'adoption d'un nouvel accord de Bangui, acte de Bamako, du 14 décembre 2015. Pratiquement toutes les annexes de l'AB ont été retouchées. Mais toutes n'entreront pas en vigueur en même temps ! L'annexe VII relative à la propriété

littéraire et artistique fait partie des premières annexes dont l'entrée en vigueur est mise en priorité par le législateur OAPI.

En effet, par *Décision n° 003/OAPI/PCA du 27 octobre 2020 portant date d'entrée en vigueur de certaines annexes de l'Accord de Bangui, Acte du 14 décembre 2015*, le président du Conseil d'administration de l'OAPI a fait savoir que quatre annexes de l'AB, acte de Bamako du 14 décembre 2015 **entrent en vigueur le 14 novembre 2020** (il s'agit de l'annexe VI portant sur les indications géographiques ; l'annexe VII relative à la propriété littéraire et artistique ; l'annexe VIII relative à la protection contre la concurrence déloyale ; et l'annexe X relative à la protection des obtentions végétales). Comment se fait-il que toutes les annexes n'entrent pas en vigueur en même temps ? L'on se souvient que, sous l'empire de l'AB de 1999, le texte de l'Accord et ses annexes étaient tous entrés en vigueur le 28 février 2002, exceptée l'annexe X relative aux obtentions végétales qui entra en vigueur le 1^{er} janvier 2006. Il faut souligner que la prérogative de fixer la date d'entrée en vigueur des annexes est déterminée par le texte de l'AB lui-même. En vertu de l'article 42 alinéa 2 dudit texte, « *la date d'entrée en vigueur des Annexes au présent Acte sera déterminée et notifiée aux Etats par le Directeur général ou par le Président du Conseil d'Administration* ». Il s'agit d'une prérogative partagée par le DG et le PCA de l'OAPI. C'est en vertu de cette disposition que le PCA a pris la décision portant entrée en vigueur de quelques annexes, parmi lesquelles l'annexe VII relative à la propriété littéraire et artistique. Pour autant, le régime de la propriété littéraire et artistique a-t-il fondamentalement été modifié ?

En réalité, un point très important à retenir du nouveau texte réside dans la précision de la portée de l'annexe VII. En vertu de l'article 5, alinéa 2, de l'accord de Bangui, acte de Bamako de 2015, « *l'Annexe VII relative à la propriété littéraire et artistique est un cadre normatif minimal* ». La formule n'est pas sans rappeler celle retenue dans le cadre de l'accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). En effet, tous les pays

membres de l'OMC, désireux de s'ouvrir au commerce mondial, sont tenus d'aligner leur législation sur les normes minimales établies par l'Accord même si une certaine latitude leur est laissée quant au choix des moyens pour y parvenir.

L'article 1^{er} alinéa 1 de l'Accord sur les ADPIC dispose à cet effet que : « *Les Membres donneront effet aux dispositions du présent accord. Les Membres pourront, sans que cela soit une obligation, mettre en œuvre dans leur législation une protection plus large que ne le prescrit le présent accord, à condition que cette protection ne contrevienne pas aux dispositions dudit accord. Les Membres seront libres de déterminer la méthode appropriée pour mettre en œuvre les dispositions du présent accord dans le cadre de leurs propres systèmes et pratiques juridiques* ».

L'annexe VII de l'AB, acte de Bamako de 2015, s'adresse donc autant au législateur national, qui doit en tenir compte pour l'élaboration des règles internes de droit d'auteur, qu'au juge qui pourra toujours, en application du principe de la hiérarchie des normes juridiques, faire application de la législation communautaire en cas de conflit avec une législation interne prévoyant un seuil de protection inférieur à celui de l'annexe. Serait-ce pour parer à un tel désagrément que certains pays membres ont récemment révisé leur droit national en matière de droit d'auteur ?

La réforme de certaines législations nationales relatives au droit d'auteur

À la suite de l'AB révisé de 1999, plusieurs pays membres ont adopté une loi nationale en matière de droit d'auteur (<http://www.oapi.int/index.php/fr/propriete-intellectuelle/propriete-litteraire-et-artistique/lois>). Il s'agit notamment de :

- L. n° 2005-30, 5 avr. 2006 relative à la protection du droit d'auteur et des droits voisins au Bénin ;

- L. n° 032-99/AN, 22 déc. 1999 portant protection de la propriété littéraire et artistique au Burkina Faso ;
- L. n° 2000/011, 19 déc. 2000 relative au droit d'auteur et aux droits voisins au Cameroun ;
- L. n° 00342, 12 avr. 2012 fixant le régime de la propriété littéraire et artistique en République de Guinée ;
- L. n° 08, 23 juill. 2008 fixant le régime de la propriété littéraire et artistique au Mali ;
- L. n° 2012-038 du 17 juillet 2012 sur la propriété littéraire et artistique en Mauritanie ;
- Ord. n° 2010-95, 23 déc. 2010 portant sur le droit d'auteur, les droits voisins et les expressions du patrimoine culturel traditionnel au Niger ;
- L. n° 2008-09, 25 janv. 2008 sur le droit d'auteur et les droits voisins au Sénégal ;
- L. n° 05/PR/2003 portant protection du droit d'auteur, des droits voisins et des expressions du folklore au Tchad.

Depuis l'adoption de l'AB, acte de Bamako de 2015, quelques pays membres ont adopté une nouvelle loi en matière de protection de la propriété littéraire et artistique. Il s'agit, en premier lieu, de la Côte d'Ivoire avec la loi n° 2016-555 du 26 juillet 2016 relative au droit d'auteur et aux droits voisins. En 2019, deux autres pays ont adopté un nouveau texte en la matière. Il s'agit :

- pour la Guinée, de la loi n° 2019/0028/AN du 7 juin 2019 portant protection de la propriété littéraire et artistique ; et
- pour le Burkina Faso, de la loi n° 048-2019/AN du 12 novembre 2019 portant protection de la propriété littéraire et artistique.

Deux points communs émergent de l'aperçu général de ces différents textes.

D'une part, et de manière générale, l'on observe un renforcement de la protection des œuvres de l'esprit au niveau national. À titre d'illustration, alors que l'AB de

1999 prévoyait que les droits patrimoniaux sur une œuvre sont protégés pendant la vie de l'auteur et **soixante-dix ans** après sa mort (article 22), l'AB acte de Bamako de 2015 a assoupli l'exigence en disposant que la protection dure toute la vie de l'auteur et **cinquante ans** après sa mort (article 26). Or, les législations nationales adoptées par la suite prévoient une durée de soixante-dix ans après la mort de l'auteur, qu'il s'agisse de la loi burkinabé (article 39), guinéenne (article 39) ou ivoirienne (article 47). Il en est de même du régime des sanctions aux violations du droit d'auteur, beaucoup plus répressif que dans la législation antérieure.

D'autre part, et plus spécifiquement, il y a un souci de précision et de modernité. Le souci de précision se traduit notamment par une meilleure caractérisation des actes de contrefaçon (loi burkinabé, art. 116 et s. ; loi guinéenne, art. 116 et s. ; loi ivoirienne, art. 138 et s.). Le souci de modernité se traduit par la prise en compte de l'importance du numérique.

Sans doute, ces réformes nationales s'inscrivent-elles dans la logique poursuivie par le législateur OAPI. Elles permettent de revisiter les droits accordés aux bénéficiaires de droits voisins, la gestion de la PLA dans un environnement numérique, y compris la réglementation des mesures techniques de protection des œuvres de manière à faire un équilibre juste entre les intérêts des titulaires de droits et les intérêts du public.

L'on peut sans peine imaginer que d'autres pays suivront le mouvement ; l'entrée en vigueur de l'annexe VII en impulse la dynamique. En tout état de cause, on peut espérer que les premières applications permettent d'apprécier la pertinence des dispositions prises aussi bien dans les pays ayant révisé leur texte que dans ceux dont les dispositions seraient éventuellement obsolètes par rapport aux dispositions de l'annexe VII de l'AB, acte de Bamako de 2015.

CHRONIQUE DE JURISPRUDENCE AFRICAINNE

Patrice Badji - Professeur agrégé à l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar -
Directeur du CREDILA

CCJA, 1^{er} ch., Arrêt n°132/2020, 30 Avril 2020

**Recevabilité de l'action en justice d'un gérant en dépit du fait qu'il s'est
qualifié d' « Administrateur Directeur Gérant »**

Nul ne pouvant se prévaloir de sa propre turpitude, c'est à bon droit que la CCJA a déclaré irrecevable l'exception du défaut de qualité soulevée par un associé ayant lui-même signé plusieurs documents de la société dont certaines avec l'associé dont il entend remettre en cause la qualité.

Monsieur KIM KYO HWAN et Madame KIM Song SUK se sont pourvus en cassation de l'arrêt RCA 10 964 / 10 968 rendu le 24 décembre 2018 par la Cour d'Appel de Kinshasa/ Matété dans la cause les opposant à Monsieur Kalondji MUKENDI Célestin. En effet, la Cour d'appel a dit mal fondés les appels formés par eux, l'exception d'irrecevabilité de l'action originaire, l'action reconventionnelle et confirmé le jugement entrepris en toutes ses dispositions.

Il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que le 20 août 2017, le Tribunal de commerce de Kinshasa/ Matété condamnait deux associés de la société BIKALO construction SARL, le sieur KIM KYO HWAN et la dame KIM Song SUK à payer à leur coassocié Monsieur Kalondji MUKENDI Célestin, diverses sommes pour cause de bénéfices non partagés. Les défendeurs, ayant interjeté appel, la Cour d'appel a confirmé, en toutes ses dispositions, le jugement entrepris. Les requérants ont présenté cinq moyens de cassation. Par ailleurs précisons d'emblée que le défendeur au pourvoi a exclu toute compétence de la CCJA car selon lui, la simple référence faite à l'article 14 du Traité de l'OHADA ne suffit pas à admettre la compétence de celle-ci. Mais pour la Cour des céans, le défendeur

au pourvoi admet que son action contre ses coassociés vise la réclamation de ses quotes-parts et dividendes conformément au prescrit des articles 162 et 164 AUSCGIE. Le défendeur au pourvoi a également soulevé l'irrecevabilité du pourvoi en cassation ; ce que la CCJA réfute en ce sens que pour elle, l'irrecevabilité est appréciée au regard de l'article 28 du Règlement de procédure de la CCJA. Pour revenir aux moyens de cassation, retenons que les demandeurs au pourvoi souhaitent la cassation de l'arrêt de la Cour d'appel pour violation de la loi (ils ont été condamnés pour fraude et dol alors que la loi citée a été promulguée deux ans après le contrat de sous-traitance signé le 9 décembre 2015). La CCJA a fait droit à leur demande et évoqué l'affaire. Suite à cette évocation, elle a précisé qu'il résulte des pièces du dossier qu'en Décembre 2014, BIKALO Construction SARL, société où sont associés les litigants a signé avec la société KOICA RDC un contrat portant sur la construction d'infrastructure de soins de santé de la province de Kwango. Les travaux y relatifs ont pris fin en Avril 2016 et par la suite un contentieux est né entre associés relativement à la signature de ce contrat et au partage des intérêts découlant des travaux effectués. Le Tribunal de commerce de Kinshasa/ Matété le 28 août 2017 a constaté qu'il y a dol et fraude des défendeurs, condamné *in solidum* ceux-ci au paiement des sommes de 122.980, 55, 82.002, 96 dollars représentant 20% de garantie bancaire, et à payer 100.000 dollars de dommages et intérêts. Les associés KIM Kyo Hwan et KIM Sang Suk ont interjeté appel les 26 et 30 octobre 2017 et soulevé deux moyens tirés de l'incompétence territoriale et de la violation des articles 323 et 324 AUSCGIE. La CCJA devait répondre à la question de savoir si un associé peut contester la recevabilité de l'action intentée par un autre qui se qualifie d' « administrateur directeur gérant » lorsqu'il a lui-même signé plusieurs documents et parfois conjointement avec celui dont il entend remettre en cause la qualité. Invoquant l'adage nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude, elle répond par la négative.

Cette décision de justice est intéressante, au-delà du fait qu'elle repose sur un principe de cohérence dans le comportement , dans la mesure où la CCJA a tranché plusieurs questions telles que celles relatives au partage des bénéfices,

à la fraude, au dol et à la condamnation au versement de dommages et intérêts pour action téméraire et vexatoire. Remarquons que toutes ces actions n'ont pas abouti. Pour ce qui concerne la dernière action citée, on se demande si le juge ne confond pas abus de droit et mauvaise foi lorsqu'il rejette le pourvoi parce que les demandeurs ne sont pas parvenus à apporter la preuve de la mauvaise foi du défendeur. Exercer une action téméraire et vexatoire est un abus du droit d'ester en justice exclusif de toute bonne ou mauvaise foi à moins d'assimiler la mauvaise foi à l'intention de nuire ou au détournement d'un droit de son objectif, deux éléments de l'abus de droit¹⁸⁵. Au-delà, se basant sur le certificat d'agrément du 1^{er} novembre 2016, la convocation de l'AGE signée le 26 juin 2016, une correspondance du 05 juillet 2017 adressée au défendeur au pourvoi, la CCJA a décidé que le siège social réel de la société est à LEMBA et partant, le tribunal de commerce de Kinshasa/ Matété est compétent. L'expression « siège social réel », est invoquée en l'espèce par le juge mais dans les rapports entre associés, or l'article 26 AUSCGIE distingue le siège social statutaire du siège social réel mais dans les rapports entre les tiers et la société lorsqu'il y a un déphasage entre ces deux sièges. Ce faisant, le tiers a le choix entre les deux. Dans tous les cas, sur la base de l'article 17 AUSCGIE, l'adresse du siège social doit figurer sur tous les actes et documents de la société destinés aux tiers.

Enfin, l'analyse de l'arrêt aura permis de comprendre l'absence d'un ordre juridique procédural unifié dans l'espace OHADA¹⁸⁶ en ce sens qu'en République Démocratique du Congo, les tribunaux de commerce sont des juridictions de droit commun, là où dans certains Etats tels que le Sénégal, ce sont des juridictions spécialisées¹⁸⁷. Que penser également de la méconnaissance manifeste des textes par les opérateurs économiques qui confondent la dénomination des dirigeants de sociétés ? C'est dire que même si les

¹⁸⁵ Voir par exemple l'article 122 Code des obligations civiles et commerciales (COCC)

¹⁸⁶ V. NEMEDEU Robert, « Droit OHADA et droit procédural », in Les horizons du droit OHADA, Mélanges en l'honneur de Filiga Michel SAWADOGO, CREDIJ, 2018, p.703 et s

¹⁸⁷ Loi n°2017-24 du 28 juin 2017 portant création, organisation et fonctionnement des tribunaux de commerce et des chambres commerciales d'appel. Elle a été modifiée par la loi n°2020-14 du 08 Avril 2020.

administrateurs, les directeurs et les gérants sont des dirigeants, ils n'évoluent pas dans la même société. Cette confusion ne constitue néanmoins pas un obstacle à la saisine d'un juge pour la défense de ses droits. C'est donc à bon droit que la CCJA a déclaré irrecevable l'exception de défaut de qualité soulevée par les demandeurs au pourvoi.

**Cour d'Appel de commerce d'Abidjan, arrêt n°851/2019 du 5 février
2020**

**Validité d'un acte d'opposition à une injonction de payer omettant les
mentions relatives au représentant légal et à la société qu'il dirige**

Est recevable l'acte d'opposition à une ordonnance d'injonction de payer lorsque celui-ci précise que la société agit par le biais de son représentant légal.

Le 20 juin 2019, la juridiction présidentielle du Tribunal de commerce d'Abidjan a condamné la société EOLIS SA à payer à la société KAG la somme de 21.070.000 francs. Le 12 juillet 2019, la société condamnée forme opposition à ladite ordonnance parce que selon elle, la demande est frappée par la prescription¹⁸⁸, n'est pas certaine car la société KAG ne lui a pas adressé une facture pro-forma et elle n'a pas reçu de quitus de sa part avant de procéder à l'enlèvement et à la destruction des cartons vides, comme convenu par les parties. Par jugement rendu sur opposition n° du 05 Novembre 2019, le tribunal de commerce a décidé que les mentions de l'article 246 du code de procédure civile, commerciale et administrative ne sont pas prescrites à peine de nullité et que la société KAG ne

¹⁸⁸ Dix ans se seraient écoulés entre la date d'exigibilité (04 septembre 2008) de la créance supposée et l'ordonnance d'injonction de payer (20 juin 2019)

rapporte pas la preuve d'un préjudice. C'est pourquoi, il a rejeté la fin de non-recevoir tirée de la violation dudit texte et a déclaré prescrite l'action en recouvrement.

La société KAG a interjeté appel et demandé à la cour d'appel d'infirmier le jugement car pour elle, la rétractation de l'ordonnance d'injonction de payer n'a aucune base légale. Devant le juge d'appel, elle spécifie que l'exploit par lequel l'intimée a formé opposition doit respecter les conditions édictées à l'article 264 du CPCCA et contenir les mentions substantielles suivantes : noms, prénoms, profession et domicile du représentant légal et statutaire de la personne morale. Est-il valable un acte d'opposition à une ordonnance d'injonction de payer qui ne contient pas les noms, prénoms, profession et domicile du représentant légal et statutaire de la société ? Telle est la question posée à la Cour d'appel d'Abidjan répond par l'affirmative car selon elle, l'irrégularité invoquée en l'espèce n'est ni une nullité textuelle, ni une nullité d'ordre public. Ce faisant, l'appelant devrait prouver qu'il a subi un préjudice.

La Cour d'Appel d'Abidjan, dans l'arrêt objet de notre commentaire, a procédé à une qualification de la nature de l'irrégularité et partant de la nullité. Ainsi, en présence d'une nullité relative, celui qui veut s'en prévaloir doit démontrer avoir subi un préjudice ; ce qui n'est pas le cas en l'espèce, selon la Cour d'Appel d'Abidjan vu que la société a pu obtenir l'ordonnance dont la rétractation est sollicitée. Dans celle-ci, les mentions litigieuses ont été omises. De même, la requête d'injonction de payer ne contenait pas les mentions litigieuses¹⁸⁹. Toutes ces irrégularités ont pu être dénoncées devant le juge saisi de l'opposition. C'est dire que pour la Cour d'Appel d'Abidjan, l'acte d'opposition qui indique que la société agit par le biais de son représentant n'est pas nul ; l'irrecevabilité du recours ne s'appréciant que lorsque le représentant dont le nom est mentionné

¹⁸⁹ L'article 4 alinéa 2 AUPSRVE dispose que la requête d'injonction de payer contient à peine d'irrecevabilité les noms, prénoms, profession et domiciles des parties. Mais en l'espèce, rien n'y fait puisqu'à côté du nom de la partie au procès, figure dans l'acte de procédure celui de son représentant comme dirigeant et comme avocat. Ni l'avocat, ni le dirigeant d'une personne morale ne sont parties au procès, mais plutôt cette dernière.

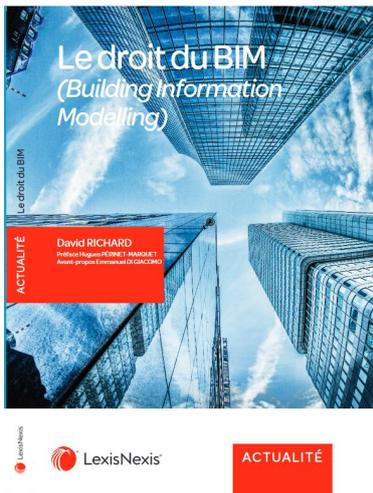
dans l'acte n'avait pas la qualité à agir. Le raisonnement du juge peut se comprendre dans la mesure où le législateur de l'OHADA ne réglemente pas le contenu de l'acte d'opposition. Il se contente simplement de préciser à l'article 9 AUPSRVE que l'opposition est formée par acte extrajudiciaire. Il y a là un renvoi à la loi nationale de chaque Etat-partie. En l'espèce, les articles 246 et 123 du Code de procédure civile, commerciale et administrative ivoirien.

Les membres de l'AFDD publient :
Le BIM (Building Information Modelling)
revendique son droit !

David Richard - Avocat au barreau de Paris¹⁹⁰ - Docteur en Droit

¹⁹⁰ www.lexterraavocat.fr

David Richard bonjour. Vous êtes avocat au barreau de Paris spécialisé sur les questions d'immobilier, de construction et l'urbanisme, docteur en droit, administrateur de l'AFDD, et vous venez de publier un ouvrage intitulé le droit du BIM, aux éditions LexisNexis dans la collection Actualité.



Pourriez-vous nous en dire un peu plus sur cet acronyme ? Et accessoirement votre ouvrage ?

Avec plaisir !

Le BIM renvoie au concept de *Building Information Modelling* ou *Management*, selon que l'on met l'accent sur l'outil ou la démarche. Simplifiée à l'extrême, cette dernière s'analyse en un processus au terme duquel est élaboré un avatar (dénommé également *twin*) numérique en 3 Dimensions de l'immeuble ou de l'ouvrage à bâtir ou à rénover. Au travers de ce support constitué de data, il va être possible de construire avant de construire (en phase conception), de contrôler la réalisation des travaux (en phase exécution), puis de gérer le bien (en phase exploitation), voire de planifier sa démolition, et ainsi de s'engager dans un nouveau cycle de production d'un bien immobilier.

Le BIM vient donc superposer une couche idéale à ce que les juristes appellent l'immeuble par nature, matériel ou réel. L'articulation entre l'avatar digital (idéal) et le bien (matériel) permet d'aboutir à l'idée de *Smart building* et de proche en proche de Smart city.

Cette superposition digitale ne se limite pas à une simple numérisation des procédés de construction existants.

En effet, le BIM aboutit à les repenser en profondeur notamment du fait de l'idéalité des données constituant le BIM, qualité qui induit mécaniquement une approche collaborative des processus ; là ou hier, les praticiens étaient organisés individuellement ou en silo, pour reprendre une expression en vogue. Le BIM représente ainsi une mutation profonde de l'industrie de la construction, et le droit du BIM ambitionne d'abord de la transposer dans l'univers juridique.

Peu d'ouvrages juridiques ont abordé cette problématique jusqu'à maintenant ?

C'est vrai. Dans le même temps, le BIM demeure un processus encore en évolution. Or, on peut imaginer que la science juridique attendra un certain niveau de maturité de la démarche avant de l'appréhender pleinement voire de l'investir.

De plus, le droit de la construction auquel se rattache principalement le BIM s'apparente à un segment relativement étroit du droit.

Pour autant, sur le champ qui est le sien, le BIM correspond assurément à un phénomène d'ampleur, à propos duquel il y a un véritable besoin de production d'idées nouvelles, notamment dans une perspective juridique.

Vous venez d'évoquer la filiation entre le BIM et le droit de la construction, le premier étant a priori une composante du second. Pourtant, si l'on s'en tient au titre de votre livre, le BIM semble revendiquer un droit autonome. S'agit-il d'une figure de style ?

Le titre est un peu à l'ouvrage ce que l'exorde est au discours :/ Au-delà du clin d'œil, il faut reconnaître que le droit dans son ensemble est passé du singulier ou pluriel, et que sans doute, à sa mesure, le BIM participe ou participera à cette pluralité.

Le doyen Carbonnier voyait dans le Code civil la véritable constitution de la France (qui en compte plusieurs). Toutefois, aujourd'hui les codes nouveaux se

développent de façon exponentielle. Dans cet environnement, on peut même s'interroger sur le rôle matriciel du Code civil, qui de son côté, au fil des réformes a perdu pour partie sa structure interne. D'ailleurs, il paraît que la majuscule à Code de Code civil est impropre.

Le concept de propriété semble se détacher de son unité initiale, et par là son singulier, laissant entrevoir des propriétés ou des droits de propriété, et l'on pourrait décliner à propos de la loi, voire du droit et de la justice.

Cela ne signifie pas que nous aurons forcément à terme un droit du BIM. Le professeur Périnet-Marquet qui a accepté très aimablement de préfacier l'ouvrage émet d'ailleurs une réserve à ce propos, considérant que la matière « BIM » est bien trop diverse pour donner lieu à un droit homogène. C'est tout à fait vrai puisque le BIM mêle des sujets très divers, mais l'argument aurait sans doute aussi pu être retenu il y a quelques années pour le droit médical ou du sport, voire plus récemment le droit de la compliance. Pourtant, ces droits jouissent aujourd'hui, au moins, d'une certaine autonomie. Pour le BIM, seul le temps permettra de répondre à votre question avec certitude.

En retenant l'idée d'un droit du BIM. Quels sont les changements dont il serait porteur par comparaison au droit de la construction traditionnel ?

Ils sont très nombreux. Sans être exhaustif, on peut citer la pénétration du droit de la propriété intellectuelle et des nouvelles technologies du fait de la nature du BIM ; la dimension collaborative du processus favorise, elle, l'émergence d'une nouvelle gouvernance contractuelle comme des incidences en matière de responsabilité ; l'influence des normes ISO suggère de son côté de nouveaux rapports à la règle, et le caractère digital du BIM de nouveaux types de règles.

Le BIM est aussi un phénomène mondial principalement anglophone, et l'on observe dans le sillage de ce processus un certain attrait pour les pratiques contractuelles venant de la *common law*, voire parfois la reprise de contrats en

langue anglaise pour des projets sans véritables éléments d'extranéité. Le phénomène existe déjà dans le monde des affaires, mais le BIM contribue à l'étendre au droit de la construction et de l'immobilier plus proches par définition des législations nationales, en vertu du lien quasi sacré entre la situation de l'immeuble et la loi s'y appliquant.

Revue des Docteurs en Droit oblige. Vous êtes l'auteur d'une thèse sur le volume immobilier, soit un immeuble en 3 Dimensions. Existe-t-il un lien avec votre intérêt pour le BIM lui aussi en 3D ?

J'ai commencé à travailler sur le BIM après ma thèse. Cette dernière évoque, il est vrai, comment le droit a appréhendé au fil du temps la notion de propriété foncière ou immobilière. Le volume immobilier sous l'impulsion du doyen Savatier a permis au droit de concevoir une propriété en 3 Dimensions, que l'on retrouve effectivement dans le BIM. Toutefois, le processus est également numérique avec en relais la présence des données, ajoutant une nouvelle composante, essentielle et d'une portée dépassant les questions de géométrie. D'une certaine façon, un lien peut donc être établi entre le volume immobilier et les maquettes 3D BIM, sans consister en un simple prolongement. Espérons par ailleurs que le droit du BIM ne soulève pas un niveau de controverse équivalent à celui de la propriété du volume immobilier et superficiaire.

Dernière question, pouvez-vous nous dire où trouver votre ouvrage ?

Je dirais dans toutes les bonnes librairies, dont certaines sont situées à proximité du Panthéon à Paris, et bien entendu sur le site de LexisNexis, la FNAC ou encore AMAZON.

**Prix de l'Association Française des
Docteurs en Droit
Energie-Environnement**

Le conseil d'administration de l'AFDD a décidé, dans sa réunion du 26 novembre 2020, le lancement d'un nouveau prix destiné à récompenser plusieurs thèses récemment soutenues dans les domaines de l'environnement ou/et de l'énergie.

Peuvent être présentées aussi bien les thèses soutenues dans une Université française que celles préparées dans une Université étrangère francophone.

Un ou plusieurs prix, une ou plusieurs mentions seront décernés en fonction des candidatures.

Le dossier de candidature devra comporter un CV de l'auteur et la thèse dans sa version électronique, le tout étant adressé d'ici au plus tard le 31 janvier 2021 à Sabrina Dupouy, qui assurera le Secrétariat général du jury, à son adresse électronique : sabrina.dupouy@uca.fr

Un courriel confirmant la réception du dossier sera adressé à chaque candidat. La cérémonie de remise des prix se déroulera, si possible, d'ici l'été 2021.





AFDD