

Horizons du Droit

The background features a teal upper section. Below it, there are several overlapping organic shapes in shades of purple, pink, orange, and yellow, creating a layered, abstract effect.

N°45

Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Directeur
scientifique

Jacques Mestre

Agrégé des Facultés de droit, Président de l'Association française des docteurs en droit.
(jacquesmestre81@gmail.com)

Comité
scientifique

Patrick de Fontbressin

Avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich

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

Sandie Lacroix-de Sousa

Maître de conférences HDR à l'Université d'Orléans.

Marie-Eve Pancrazi

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

Béatrice Parance

Professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

David Richard

Avocat au Barreau de Paris.

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

ISSN 2777- 9149

Sommaire

Bulletin n° 45 – avril - mai 2023

Page 5 La thèse doctorale, un combat sans merci : entre fascination et désillusion

Anne-Charlotte KERVOELEN

Page 13 Les liaisons dangereuses obligationnelles

Antoine BRULE

Page 22 Le régime de la clause de force majeure : les leçons de la Cour d'appel de Paris
Note sous CA Paris, 10 janvier 2023

Pierre-Claver KAMGAING

Page 37 Le titulaire du pouvoir matériel de disposer en cas d'usufruit

Eulalie MAZIGUI NGOUE

Page 65 L'obligation de bien se comporter dans un processus de médiation OHADA

Alain-Douglas WANDJI KAMGA

Page 107 La préservation des droits du débiteur personne physique en liquidation des biens dans le nouveau droit OHADA des procédures collectives

Jean Marcel ESSI BIDJA

Présentation d'une thèse :

Page 149 La donation indirecte, Recherche sur l'instrumentalisation de sa qualification

Anne-Lou RANDEGGER

**La thèse doctorale :
Un combat sans merci, entre fascination et
désillusion**

Anne-Charlotte KERVOELEN¹

¹ kervoelenannecharlotte@gmail.com

« Les batailles de la vie ne sont pas gagnées par les plus forts, ni par les plus rapides, mais par ceux qui n'abandonnent jamais » (Hassan I)

La quête perpétuelle du Graal... Dans l'imaginaire collectif, détenir le titre de docteur a toujours représentée l'idée d'une impétueuse élite sociale et intellectuelle, dont les partisans, socialement à part, auraient, à l'évidence, des talents incommensurables, plus fous les uns que les autres... !

Halte ! La réalité s'impose.

Diplôme de troisième cycle de 8 années d'études après le baccalauréat, et se préparant nécessairement après l'obtention d'un diplôme conférant le grade de master ou d'un niveau équivalent, le titre prestigieux de docteur n'est assurément pas à la portée de tout un chacun, certes ; et il s'entend.

Le doctorat est un moment de la vie du chercheur particulièrement fascinant, pouvant se révéler sans conteste tout aussi troublant, tant ses attraits psychologiques, sociaux, et personnels en s'avère directement impactés.

Flexibilité dans le temps, flexibilité dans l'espace... A première vue, le chercheur bénéficie d'un luxe incontesté et incontestable à toutes les échelles, mais qu'en est-il réellement ?

Le temps de la recherche peut légitimement être perçu, pour certains, comme un véritable confort : un temps que l'on peut aménager librement et malaxer à souhait, à l'image d'un travail sans horaires préalablement fixés!

Pas de contremaître pour rendre compte à sa hiérarchie de sa propre productivité au sein de l'usine pour laquelle on est embauché, ni de pointeuse pour bel et bien vérifier de sa présence au sein de son poste de travail ou enfin, nulle obligation de saisir l'effectivité de ses temps sur un logiciel informatique prévu à cet effet !

Quel privilège !

Mais quand le chercheur travaille-t-il donc ? La réponse est à double tranchant. Elle se situe dans ce laps de temps complètement incertain, des plus flous, savoir : entre jamais et tout le temps ... Aucune frontière, aucun rythme, aucune limite, le fil du temps de la recherche est très vite insaisissable et ce dernier peut dès lors se transformer en une véritable substance nuisible, relativement inquiétante parfois.

Pas de place aisée aux arrêts maladie, aux congés maternité, ... et qui ose parler de véritables vacances ?

Blasphème !

Sans contredit, tout le temps non travaillé ne relève pas, à l'instar des gens « normaux », si bien qu'ils existent, du loisir légitime mais bel et bien d'une authentique improductivité coupable et affreusement destructrice. La thèse est un combat journalier au sein duquel gravitent des procédés néfastes et relativement pervers à l'instar de l'autocontrôle, de l'autoaccusation et de l'autopunition. D'ordinaire, ces derniers sont jugés beaucoup plus efficaces par le chercheur que tout autre dispositif extérieur qui seraient à l'évidence beaucoup plus sain et notoirement plus équilibré !

Mais pourquoi donc ?

La réponse est claire et laconique : le doctorat est avant tout une passion, le fruit d'un élan intellectuel désiré depuis longtemps ! L'exposer tel un travail borné par de piètres limites ou de quelconques horaires serait une façon très facile de le refroidir. Pour beaucoup, il en serait même là, une triste idée de le réduire, pire encore, de le banaliser très clairement.

La réalité quotidienne d'un doctorant est exclusive : ses journées ne sont potentiellement qu'extrêmes. Il n'y a pas de mesure possible entre la productivité et l'improductivité. Travailleur à l'excès et n'ayant jamais peur d'aller au bout de ses limites, le chercheur travaille régulièrement à cet effet par « séquences ». En

vérité, le temps ici ne s'analyse aucunement à l'échelle de la journée mais uniquement au temps qu'il sera effectivement nécessaire pour accomplir un travail purement donné ou un objectif qu'il se sera lui-même fixé. Déterminé, tenace, et courageux, il aura au bout ! Qu'importe qu'il s'agisse de la nuit, du jour, de quelques heures, plusieurs jours et de semaines entières : l'objectif doit être atteint ! coûte que coûte !

Quelle folie, quelle démesure ...

Où se trouve l'équilibre ? Sponte sua, il n'y a pas !

Comment ne pas se perdre ainsi dans cet univers si hostile ?

Au début, la thèse est souvent un projet exaltant, enivrant même ! Néanmoins, la difficulté majeure consiste à maintenir le cap, tenir la distance tel un véritable coureur cycliste de haut niveau. La clé de la réussite relève très certainement d'une jonction nécessaire entre la patience et la constance. La liberté évidente qu'offre la recherche peut vicieusement changer de versant : la solitude, le malaise social, le doute, tels sont ces sentiments qui peuvent aisément prendre une place rapidement inconsidérée.

Seul, désespérément seul.

La solitude du thésard est d'autant plus absolue que l'université ne peut prétendre à faire briller ses grandes qualités en matière d'encadrement. Les sujets de recherche sont très pointus, très scientifiques, très précis et spécifiques à une matière en particulier.

La solitude s'instaure très facilement : seul à l'affront du temps, seul à l'épreuve de ses propres idées, seul face à son ordinateur, seul à comprendre ses théories parfois inextricables, seul dans un monde qui lui appartient en définitive...

Mais du bon sens, de la clairvoyance s'imposent ... car, de toute expérience doit ressortir une once de positivisme : cette solitude fait nettement partie intégrante de l'apprentissage : le chercheur se forge. Evoluant dans un milieu obscur, où la temporalité déstructurée l'oblige à puiser au plus profond de ses ressources

intrinsèques pour perpétuellement progresser, il en deviendra nécessairement plus fort.

Une ténacité qui se pourra parfaitement se manifester non seulement sur une échelle typiquement intellectuelle à versant professionnel pour certains, mais également sur un plan beaucoup plus humain pour d'autres.

Par ailleurs, de cet environnement relativement abscons, le doctorant s'inscrit pleinement au sein d'une situation de mobilité sociale d'où naissent de multiples zones d'inconfort desquelles il est souvent très difficile de se départir.

De telles impressions d'impostures peuvent se révéler à travers plusieurs réseaux de sociabilité ; qu'ils soient amicaux, familiaux, conjugaux ou bien encore professionnels.

Le sentiment terriblement vécu de trahir ses pairs, ses plus proches parents, tout simplement car il fait « sien » d'autres codes –culturels, politiques, sociaux, économiques...- se marie régulièrement d'une prise de distance qui s'opère naturellement avec le temps. Il est également fait jeu des corps à l'image du langage qui tend à évoluer mais également quelquefois de sa tenue vestimentaire (qui, aujourd'hui, a tellement d'importance !).

De surcroit, un sentiment de souffrance a vocation à poindre pour les plus sensibles ou les moins bien rodés : dès lors que l'on fait d'un projet, l'ambition de toute sa vie, il est clairement difficile de faire fi du désintéressement des plus absolus, de la part de son entourage, de la teneur et de l'enjeu de son travail.

Pardi ! ... Pauvre de lui, perdrai t- il son temps ?

L'apparition potentielle de malentendus, de frictions voire de conflits d'une plus ou moins grande intensité vont naturellement rendre le travail de recherche extrêmement plus douloureux, voire intolérable lorsqu'une prise de hauteur suffisamment notable n'est pas prise tant sur le plan émotionnel qu'au niveau sentimental. A l'évidence, des périodes en lien direct avec la théorisation et la politisation du vécu personnel du chercheur à l'image d'évènements forts de sa

vie (rencontre de l'âme sœur, ruptures amoureuses, ou encore de l'expérience heureuse d'une période de maternité/paternité...) peuvent avoir des répercussions éminemment brutales, parfois irréversibles.

De grâce ! Prenez soin de vous et de votre corps ; il s'agit là du seul et unique endroit que vous avez pour vivre !

De la période enivrante où l'on prend temps et plaisir à définir son légendaire de sujet de thèse, à l'épreuve fastidieuse de l'éternelle porosité entre vie privée et travail doctoral ; s'engager dans le milieu de la recherche s'accompagne nécessairement d'une réflexivité poussée et rigoriste sur soi-même, sa propre identité, et son parcours de vie.

Un travail important d'introspection pour le chercheur, bien plus que salvateur lui sera par conséquent, inévitable !

Regardez à l'intérieur de vous ... et prenez de la hauteur.

Nous sommes tous, de façon perpétuelle, parasités par nos pensées personnelles, par nos propres émotions et même celle des autres ! Des stimuli provenant encore et toujours de l'extérieur – assurément, cela ne suffisait pas – viennent s'y greffer pour couronner un tout au quotidien, absolument grandiose !

De quoi rendre fou !

Autant dire qu'un tel recul sur soi-même tout au long de l'expérience doctorale, à la fois exigeante et astreignante, laisse bien peu de place à l'implication affective.

Cette prise de recul est d'autant plus indispensable que les mois durant, la thèse peut très rapidement prendre une mauvaise tournure. Les réseaux sociaux sont à l'image aujourd'hui de ce fléau bien connu : des groupes fleurissent sur Facebook regroupant des milliers de doctorants aux noms très incantatoires à l'exemple précis des suivants : « *Ma thèse de doctorat, c'est mon Irak à moi* » ou encore « *Les thésards qui trouvent leur thèse inter-minable* », et enfin « *Et ta*

thèse, elle avance ? Mais, ta gueule ! ». A cet effet, une étude a été menée par l'Université de Bretagne mettant en exergue le fait que la thèse était source majeure de stress pour 73,6% des doctorants.

En découlent donc les symptômes communément vécus par la plupart des personnes pouvant subir des périodes de vies sombres et particulièrement intenable : dépressions, addictions diverses, angoisses, insomnies, hyperémotivité, sensibilité exacerbée, voire même dans les cas plus extrêmes, des excès de violences.

Les phases malaisées, les doutes et les peurs, les brisures définitives font partie intégrante de la trajectoire d'une thèse ; il appartiendra à chaque chercheur de les apprivoiser et de tenter de les surmonter, (ou pas) ...

Et qu'il n'en déplaise à certains, il s'agit bien là, sans nul doute, de tout ce qui fera le lustre, le charme, la magie et le prestige d'un potentiel Docteur !

D'un constat clairement établi, certes relativement pernicieux au gré des circonstances, une question évidente s'impose donc : renoncer ou conclure ?

Indubitablement, lorsque l'on entreprend un projet d'une telle envergure, la motivation n'est jamais constante et linéaire. Elle connaît des hauts dès lors le doctorant est en phase avec lui-même, plutôt bien organisé, assez équilibré dans son temps de travail et relativement satisfait de sa productivité. La découverte tant espérée d'un ouvrage si longtemps recherché, le simple fait de trouver la bonne formulation à écrire au bon endroit, découvrir avec force les grandes fondations de son plan, ou encore finaliser la rédaction d'un paragraphe ou d'un chapitre...

Oui, le monde, à cet instant T, nous appartiendrait presque ! Qu'il est beau de rêver !

Mais, elle peut tout aussi supporter d'éternels moments de creux lorsque les jours, voire les semaines se succèdent sans que la thèse n'avance, ne serait-ce,

d'un pas infime. Le sujet s'avère, de facto, infaisable. Une sclérose brutale et stoïque : le noir est absolument complet.

Cher Esprit Humain, bienvenue dans les méandres impénétrables de ton Abîme ... !

Malheureusement, c'est ainsi que beaucoup de thèses demeurent toujours en souffrance et n'en finiront probablement jamais. Leur destin ne se résumera qu'à « mourir », leur auteur les ayant soit négligée, soit désertée, ou encore abandonnée pour d'autres opportunités plus saisissantes et/ou épanouissantes, notamment dans un cadre professionnel très certainement plus propice à l'épanouissement de l'individu. Et il en va de soi car c'est un choix pour sa propre vie, et surtout sa santé, à prendre dans toutes ses composantes !

La note ne doit cependant nullement s'achever sur une touche négative.

Le combat doit toujours être mené; il en vaut la peine ! Oui, bien entendu, il en vaudra toujours la peine : non seulement pour avancer, pour aller de l'avant mais aussi pour en sortir plus fort à l'avenir, et conquérant !

Car l'homme, pour percevoir toute l'étendue de sa force a en amont besoin d'avoir à combattre quelque chose de sensiblement impossible à vaincre ... tout l'enjeu fascinant et glorieux d'une thèse !

Les moteurs principaux inhérents à la prise d'une décision tendant à cette trajectoire doctorale (savoir, l'intérêt personnel, la passion intellectuelle, et le besoin immodéré d'accomplissement de soi dans l'univers de la connaissance), doivent pleinement primer, et ce, plus que tout le reste.

La plume de René CHAR ne pourra, à ce titre, mieux conclure mes propos à la lumière de cette citation singulièrement expressive...

« Impose ta chance, serre ton bonheur, et prends ton risque »

LES LIAISONS DANGEREUSES OBLIGATIONNELLES

ANTOINE BRULE - Docteur en Droit, Membre de l'AFDD

Les dispositions de l'article 1199 du code civil, nouveau siège du principe de l'effet relatif des conventions, sont *a priori* très claires : « *Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties* ». Il découle de cet article le principe de la délimitation des effets du contrat à l'égard des tiers ou plus communément appelé le principe de la relativité des conventions. Néanmoins, toute définition n'étant que le produit d'un apprentissage empirique, le choix de ces termes n'est pas neutre et se veut être le produit d'une évolution, pourrait-on dire, Darwinienne. En effet, l'histoire de l'exégèse du principe de la relativité des conventions n'est, au fond, que la victoire des concepts ayant été les plus à même de s'adapter à l'évolution contemporaine.

Pour mieux comprendre cette assertion, c'est-à-dire ce choix dans le vocabulaire employé, il convient de rappeler les anciennes dispositions de l'article 1165 du code civil, à savoir : « *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes* »

La comparaison est frappante. Aux termes de « *conventions* » et de « *parties contractantes* » ont été préférées celles de « *contrat* » et de « *partie* ». Pourquoi donc ce choix ? A première vue, l'on nous répondra d'une part, que tout contrat est une convention et d'autre part, que le terme de partie ne peut bel et bien concerner que les parties à l'origine du contrat. Dès lors, la volonté de pragmatisme affichée par les promoteurs de la réforme du droit des contrats semble respectée puisqu'aux vieux termes peu usités doivent être préférés ceux plus adaptés à la réalité juridique contemporaine.

A ce titre, le terme ayant le mieux résisté aux assauts de la modernité se trouve être celui de « *parties* ». Quelles sont donc les raisons ayant permis ce concept de s'adapter au plus près des réalités contractuelles ? Elles tiennent très sûrement aux fruits des discussions doctrinales entre les tenants d'une

conception subjectiviste liée au consentement¹ et les défenseurs d'une approche objectiviste ancrée dans la norme² qui ont abouti à considérer le concept de partie comme étant une réalité évolutive au fil du temps juridique. Dès lors, préférer le terme épuré de « *parties* » permet d'embrasser les multiples visages liés à ce masque d'acteur dans la Cité juridique. Tantôt partie contractante, tantôt partie subséquente, l'acteur endossant le rôle de partie doit changer de titre au cours de la scène contractuelle en fonction de l'acte considéré. Intuitivement, il vient donc à l'esprit que le choix du terme de « *parties* » n'est pas neutre et se veut, répétition oblige, pragmatique dans sa finalité.

Une fois ce constat dégagé, il est nécessaire de comparer la résistance temporelle de ce concept à celle plus éphémère de « *conventions* ». Pourquoi donc supprimer ce terme ? Si, tout contrat est une convention, toute convention n'est pas un contrat. Une fois cette règle élémentaire rappelée, l'on comprend mieux, que le principe de la relativité des conventions, tel que voulu par les défenseurs de la réforme, n'a vocation à ne s'appliquer qu'à une espèce particulière des conventions, à savoir le contrat. Pour mieux comprendre l'intérêt de ce choix sémantique, il convient de relier au terme de « *contrat* » celui « *d'obligations* ».

Pourquoi donc lier, dans le cadre du domaine de l'effet relatif des conventions, ces deux notions ? Tout simplement car la réalité, telle que développée par la doctrine contemporaine, veut que ce principe n'ait de sens uniquement face à un contenu dit « obligationnel ». Les vicissitudes d'un tel raisonnement ont déjà été dénoncées par M. Deshayes dans le cadre de ses travaux en la matière³. C'est pourquoi, à la critique du lien sémantique existant entre « *contrat* » et

¹ Ghestin J., Jamin Ch., Billiau M., les effets du contrat, in Traité de droit civil, sous la dir. De J. Ghestin, LGDJ, Paris, 3^{ème} éd., 2001, n° 689, p. 737 ; J. Ghestin, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », JCP G., 1992, I, 3628, n° 2, p. 517.

² C. Guelfucci-Thibierge, De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'extension de la portée du principe de l'effet relatif, RTD Civ. 1994, n° 8 et 9, p. 2.

³ DESHAYES, La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier, 2004, LGDJ.

« obligations » doit être préférée celle de la liaison faite entre « obligations » et « partie ».

Défini comme un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations (C. civ., art. 1101), le contrat se caractériserait exclusivement par le rapport d'obligation qu'il met en place ou affecte. Cette définition est pourtant réductrice. Pascal Ancel a parfaitement montré, dans un article devenu classique¹, que les effets du contrat ne se limitent pas à son seul contenu obligationnel.

Le contrat est un acte créateur de normes, qui peuvent servir la création d'une réglementation privée. Tous les effets du contrat ne sont pas contenus dans la création, la modification, la transmission ou l'extinction d'obligations. Au-delà de son contenu obligationnel, la force obligatoire du contrat entraîne une modification de l'ordonnancement juridique. La limite du principe de l'effet relatif aux seuls contrats obligationnels est insuffisante quant à la définition même de la force obligatoire. Ainsi, la question est la suivante : la création d'obligations se confond-t-elle avec la force obligatoire du contrat ? Cette problématique est d'autant plus d'actualité que la force obligatoire du contrat est ramenée à l'idée que le contrat crée des obligations pour les parties. Il y a donc une assimilation entre l'obligatoire et l'obligationnel.

Bien que l'obligation trouve sa source dans le contrat, l'on ne saurait en déduire que la source se ramène entièrement aux obligations qu'elle a fait naître. Autrement dit, la force obligatoire du contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel. Par conséquent, nous estimons qu'à côté de l'effet générateur d'obligations qui est attaché au contrat, il faut mettre en lumière l'existence d'un engagement contractuel qui est un complément distinct. Limiter les effets du contrat aux seules obligations qu'il crée est insuffisant. Puisque la force obligatoire du contrat constitue un contenant dans lequel peuvent éventuellement évoluer les obligations, il convient d'octroyer au principe de la

¹ P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel, RTD civ. 1999. 771

relativité des conventions le même champ d'application. En d'autres termes, si la force obligatoire du contrat ne se résume pas quant à son contenu, les règles régissant ses effets doivent avoir une portée permettant d'englober la diversité de ces éléments.

Le contrat étant fonction de la création d'obligations, une partie à un contrat est le sujet de droit soumis à ces éléments obligationnels. Par voie de conséquence, il convient de rattacher la qualité de partie à l'interdépendance de l'intéressé à ce faisceau d'obligations. Dès lors, l'on en déduit qu'une partie est de *facto* tenue par les obligations relevant du contrat. Si la création d'une obligation est un curseur de démarcation entre les tiers et les parties, il convient de s'interroger sur la pertinence de la source de cette obligation. En effet, doit-elle trouver son origine uniquement dans le cadre contractuel ? *A priori*, seules les obligations de nature contractuelle ont la capacité d'attribuer la qualité de partie au profit d'un tiers. Cette stricte acception du principe d'autonomie de la volonté ne résiste pourtant pas à l'analyse. Ainsi, le phénomène dit du « forçage du contrat » démontre l'ineptie d'une telle approche. L'illustration classique de ce phénomène se trouve dans l'obligation de bonne foi. En effet, le champ d'application de la bonne foi peut concerner le contrat mais ne s'arrête pas à la matière contractuelle. Ainsi, dans le cadre précontractuel, non seulement l'article 1104 du code civil prévoit que « *les contrats doivent être négociés [...] de bonne foi* », mais encore l'article 1112, alinéa 1^{er}, dispose désormais que « *l'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles [...] doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ». Dès lors, l'on en déduit très logiquement que la bonne foi ne se résume pas à son aspect contractuel. Les magistrats peuvent être amenés soit à restreindre soit à accroître le contenu obligationnel du contrat. Pour cela ils se sont basés sur l'ancien article 1135 du code civil repris par le nouvel article 1194 : « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi* ». La délimitation du contenu du contrat n'est donc plus un privilège réservé aux seules parties. Peut-on toujours parler d'obligations ? L'obligation est définie exclusivement par sa source consensualiste. Dès lors, il

conviendrait de parler de normes de comportement. Ainsi, le contrat est aussi et avant tout une norme s'imbriquant dans l'ordonnancement juridique.

Aux côtés des obligations entendues comme un rapport de droit entre un créancier et un débiteur, cohabiteraient des « *normes comportementales* » telle que la bonne foi. Le choix de ne pas accoler le terme d'obligation à celui de bonne foi n'est pas neutre. En effet, parler d'obligation contractuelle reviendrait à limiter son effet à « *l'existence de liens contractuels* »¹ et donc à la phase d'exécution du contrat. En optant pour le concept de norme, l'on induit une analyse normativiste de cet élément contractuel. Dans cette optique, le contrat ne fait que s'imbriquer dans une pyramide de normes qui le dépassent et dont l'échelle de valeur est devenue classique. La bonne foi serait donc une « *norme comportementale générale* » en vertu de laquelle les cocontractants seraient obligés et cela en dehors de leur volonté propre. Bien qu'il ne s'agisse pas en l'occurrence de se référer uniquement au phénomène dit de « *forçage* » du contrat, l'on ne peut que constater l'impact qu'à la loi et la jurisprudence dans l'établissement des données contractuelles. Sans être intégrée dans la volonté des parties, ce « *devoir général* » implique l'assujettissement des parties à cette prescription légale. Par voie de conséquence, la limite du principe de l'effet relatif des conventions tient à l'hétérogénéité de son contenu.

L'article 1199 du Code civil semble donc limiter le principe de la relativité des conventions au contenu obligationnel du contrat. En d'autres termes, les parties sont les sujets de droit liés par les effets de cette convention à savoir la création d'obligations. Toutefois, cette analogie entre création d'obligations et attribution de la qualité de partie semble pouvoir être remise en cause. Ainsi, dans le cadre de la représentation, l'attribution de la qualité de partie au contrat est intrinsèquement dépendante du mécanisme d'imputation dérogatoire des effets de l'acte². L'imputation dérogatoire des effets de l'acte apparaît comme la

¹ Civ. 3^e, 14 sept. 2005, n° 04-10.856.

² M. Storck, Essai sur le mécanisme juridique de la représentation dans les actes juridiques, L.G.D.J, 1982.

caractéristique principale de la représentation. En effet, il s'agit de dissocier celui qui agit et celui qui en supporte les conséquences. Ainsi, dans la représentation parfaite, alors que le représentant se voit attribuer la qualité d'auteur de l'acte c'est le représenté qui bénéficiera de la qualité de partie au contrat. Toutefois, en raison de l'intervention du représentant entre le représenté et le tiers contractant, il semble qu'un potentiel vice du consentement doit s'apprécier en la personne du représentant. De même, c'est également en sa personne que doit être analysée la bonne ou mauvaise foi contractuelle. Enfin, l'article 1138 alinéa 1er du Code civil fait du dol du représentant une cause de nullité du contrat. Se pose alors la question suivante : la qualité d'auteur de l'acte ne recèle-t-elle pas l'attribution d'une qualité juridique assimilable à celle de partie au contrat ? En d'autres termes, derrière l'apparente simplicité d'une situation de fait ne se cache-t-il pas une qualité juridique ? Dans la représentation imparfaite, l'imputation de l'acte n'apparaît pas dérogoire puisque le représentant va bénéficier de la qualité de partie au contrat qu'il a conclu avec le tiers contractant. Toutefois, la représentation imparfaite doit classiquement être analysée comme l'exception. Ainsi, l'imputation dérogoire des effets de l'acte reste la norme en matière contractuelle. Toutefois, apprécier la bonne ou la mauvaise foi contractuelle du représentant n'entraîne-t-elle pas la possible mise en jeu de la responsabilité contractuelle du représentant alors que cette dernière est l'apanage de la qualité de partie au contrat ? De même, apprécier un vice du consentement dans la personne du représentant apparaît contraire à la conception volontariste du contrat puisque le consentement est le curseur de démarcation entre les tiers et les parties au contrat. Enfin, si le dol du représentant peut entraîner la nullité du contrat, on reconnaît que le consentement du représentant a une répercussion juridique sur ce « lien vivant » qu'est le contrat. Le consentement du représentant intègre ainsi le rapport contractuel au stade de sa formation et induit de potentielles conséquences juridiques au stade de son exécution. On nous rétorquera que le représentant n'est pas lié par l'ensemble des obligations résultant du contrat. Toutefois, le représentant peut être lié par certaines de ces obligations. Ainsi, au titre des

diverses obligations trouvant leur source dans le contrat, une distinction s'impose. Il convient de différencier entre celles dont la portée est limitée au cercle étroit des parties contractantes et celles dont l'objet et le rayonnement sont plus larges telle que la bonne foi et/ou la mauvaise foi contractuelle. Par conséquent, il apparaît que le représentant se voit attribuer une qualité juridique plus évanescence que celle du représenté. Lié par certaines obligations du contrat, il est attiré dans la sphère contractuelle par la prise en compte de sa volonté qui a produit des effets de droit. La substance de cette qualité c'est à dire de ses caractéristiques dépendra de l'extension ou de l'infléchissement des effets de la sphère contractuelle. Plus le représentant s'est introduit dans la réalisation de l'acte, plus sa qualité de partie prendra de l'ampleur. A titre d'illustration, l'étendue de ses pouvoirs peut constituer un critère d'appréciation de cette qualité. Conclure un acte de disposition au nom et pour le compte du représenté induira une analyse plus poussée de son consentement et donc de sa qualité de partie. Selon une règle bien définie, l'accessoire suit le principal, et telle la servitude suivant le bien, la qualité de partie du représentant est dépendante de celle du représenté. C'est pourquoi, le représentant se voit en réalité attribuer la qualité de partie accessoire. Le représenté devient, par personne interposée, partie au contrat. Ainsi même si l'écran se veut transparent cela ne signifie pas que le lien se noue exclusivement entre les deux extrêmes. Tout engagement appelle des conséquences juridiques et même si ce consentement est plus ténu s'agissant du représentant, il n'en demeure pas moins révélateur d'une opération juridique plus globale. La transparence de l'écran fait apparaître l'opération juridique qui sous-tend les deux extrêmes à l'opération. Ainsi, la prise en compte de la bonne ou mauvaise foi contractuelle ou d'un vice du consentement dans la personne du représentant n'est-elle pas le signe d'une nécessité de prendre en compte la pratique ? La matérialité des rapports économiques entre ces trois intervenants implique la prise en compte de la volonté du représentant afin d'évaluer l'intégrité de son consentement et de sa volonté. Toutefois, cette nécessité pratique conduit à l'attirer dans l'opération contractuelle et à lui conférer des caractéristiques

propres à une partie. Ainsi, sa qualité devient celle de partie transparente/accessoire puisque l'entremise du représentant conduit à l'octroi de la qualité de partie principale au représenté. Être une partie à un contrat ne signifie donc pas être tenu par l'ensemble des obligations créées par le contrat.

Le cas de la représentation démontre que la liaison entre créations d'obligations et attribution de la qualité de partie n'est pas systématique. Ainsi, l'intensité de la qualité de partie va être dépendante de l'obligation à laquelle elle se rattache. Par conséquent, le principe de la relativité des conventions pose une liaison dangereuse entre l'obligationnel et l'octroi de la qualité de partie puisque cette qualité varie en intensité en fonction de l'obligation qui lui est rattachée. Enfin et surtout, la qualité de partie devient dissociable et donc son octroi à un sujet de droit dépendra de la distinction entre les obligations source de cette attribution. L'obligationnel reste le curseur de démarcation mais il se doit d'être dédoublé. Le principe de la relativité des conventions tel qu'il est exprimé par l'article 1199 du Code civil est donc insuffisant.

Le régime de la clause de force majeure :

les leçons de la Cour d'appel de Paris...

(Obs sous CA Paris, 10 janvier 2023, n° 21/09460)

**Pierre-Claver KAMGAING - Docteur en droit, Université Côte d'Azur et Université
Côte d'Azur - ATER à l'Université de Lorraine, Membre de l'Institut François Gény -
Enseignant associé à l'Institut Catholique de Bafoussam - Cameroun**

La force majeure est une notion à la fois évidente et mystérieuse. Évidente, elle découle de la sagesse populaire selon laquelle « à l'impossible nul n'est tenu » et permet à la partie qui l'invoque de ne pas exécuter les obligations dont elle est tenue en vertu du contrat. Mystérieuse, elle est également une notion éminemment fonctionnelle, de sorte qu'on ne peut prétendre l'appréhender complètement¹. Pour tenter de dissiper ce brouillard, les parties au contrat peuvent insérer une clause de force majeure qui permettra alors de déterminer les événements susceptibles de constituer un cas de force ainsi que les caractères qu'ils doivent revêtir. Or, même dans ce cas, il arrive que les cocontractants ne s'accordent pas sur les stipulations du contrat, de sorte que l'intervention du juge soit nécessaire. L'arrêt de la cour d'appel du 10 janvier 2023 permet de tirer quelques leçons en la matière.

En l'espèce, les sociétés Econova Europe et Uniper (devenue Gazel Energie Génération) ont conclu, le 20 mai 2015, un contrat d'approvisionnement et de fourniture pour une durée de cinq ans. Le contrat a donné lieu à plusieurs renégociations, conduisant à la signature de quatre avenants successifs portant à la fois sur les quantités de biomasse commandées, reportées ou annulées, mais aussi sur les pénalités en cas d'inexécution des obligations. Le contrat comportait également des annexes qui déterminaient les quantités prévisionnelles annuelles que les parties s'engageaient à commander ainsi que le prix à la tonne.

Cependant, le 27 novembre 2018, le gouvernement a annoncé la fermeture des centrales à charbon². En riposte à cette mesure, le personnel d'une centrale exploitée par la société Uniper a engagé une grève dès le mois de décembre 2018. C'est ainsi que, le 14 février 2019, la société Uniper a indiqué à la société Econova que, « en raison d'un cas de force majeure, elle suspendait sa production d'énergie renouvelable entre janvier et juillet 2019 et ne commanderait pas la biomasse qu'elle s'était engagée à acquérir auprès [d'elle] ».

¹ V., dans ce sens, E. Gastbled, « Le clair-obscur de la force majeure en matière contractuelle face au Covid-19 », Actu-Juridique.fr 10 avr. 2020, n° AJU66122.

² L'annonce du gouvernement a été faite le 27 novembre 2018 et la fermeture des centrales à charbon devait être effective dès le 1^{er} janvier 2022.

En effet, le contrat comportait une clause de force majeure permettant de rompre la relation, entre autres, en cas de grève¹. Mais la société Econova a contesté la déclaration de force majeure et a exigé le paiement des factures de commandes annulées. Face au refus de la société Uniper, elle a saisi le tribunal de commerce de Paris en lui demandant d'acter la résiliation aux torts exclusifs de la société Uniper et de la condamner au paiement de diverses sommes. Ayant été débouté en instance, la société Econova a saisi la cour d'appel de Paris. En soutien à sa demande, elle invoque le caractère fallacieux de la force majeure tirée de la grève du personnel, dans la mesure où, selon elle, la grève était prévisible et n'empêchait pas Uniper d'exécuter ses obligations.

Ainsi, la cour d'appel devait se prononcer sur le régime de clause de force majeure en examinant, à la lumière de la convention des parties, ses critères et ses effets. D'un point de vue théorique, l'arrêt met en exergue la spécificité des critères contractuels de la force, en s'éloignant de l'application classique de l'article 1128 du Code civil et de la jurisprudence de la Cour de cassation. D'un point de vue pratique, l'arrêt permet d'identifier quelques points de vigilance dans la rédaction d'une clause de force majeure.

Dans une démarche pédagogique, la cour d'appel précise dans un premier temps la portée de l'aménagement contractuel des critères de la force majeure (I). Les critères contractuels de la force majeure s'appliquent de manière exclusive et s'imposent aux parties et au juge, d'où l'éviction de critères légaux et jurisprudentiels. Après analyse et dans un second temps, la cour d'appel apprécie l'effet libératoire et exonératoire de la force majeure (II). Pour ce faire, elle se prononce sur l'incidence du moment de la déclaration de la force majeure et détermine le moment de la résiliation du contrat.

¹ Article 23.1 du contrat entre les sociétés Econova et Uniper.

I. La portée de l'aménagement contractuel des critères de la force majeure

La force majeure n'étant pas d'ordre public¹, les cocontractants peuvent l'aménager. Ainsi, les parties sont libres, comme en l'espèce, de déterminer les événements constitutifs de la force majeure ainsi que les critères de sa qualification. L'existence d'une clause de force majeure a une double portée en cas de litige. D'une part, elle emporte application exclusive des critères contractuels de la force majeure (A) et oblige le juge à se référer uniquement à la volonté des parties. D'autre part, elle entraîne l'éviction des critères légaux ou jurisprudentiels de la force majeure (B) en empêchant les parties et le juge de s'en prévaloir.

A. L'application exclusive des critères contractuels de la force majeure

Aux termes de l'article 1218 du Code civil, il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur (incontrôlabilité ?²), qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat (imprévisibilité) et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées (irrésistibilité), empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Ce texte reprend, en grande partie du moins³, les critères de la force majeure tels que définis par la Cour de cassation⁴. Or, ces critères se révèlent parfois flous et abstraits pour s'appliquer à la diversité des

¹ C. Lachière, *Droit des contrats*, 2020, Ellipses, Mise au point, p. 250. Cass. com., 8 juill. 1981, n° 79-15626.

² Le rapport au président de la République exclut le critère de l'extériorité. Cependant, la question demeure de savoir si l'incontrôlabilité, exigée par l'article 1218 du Code civil, traduit l'irrésistibilité ou l'extériorité. La doctrine semble partagée. Pour certains auteurs, le critère de l'extériorité est maintenu (G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, 2018, Dalloz, n° 619 ; O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 568). Pour d'autres, l'extériorité serait englobée dans l'irrésistibilité (P. Malaurie, L. Aynès et P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, 2018, LGDJ, n° 956, EAN : 9782275095547).

³ Pour un rappel des hésitations de la jurisprudence à propos du critère de l'extériorité, v. G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, 2018, Dalloz, n° 618.

⁴ Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11168 – Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 04-18902 : D. 2006, p. 1577, note P. Jourdain ; D. 2006, p. 1566, note D. Noguero ; D. 2006, p. 1933, obs. P. Brun ; D. 2006, p. 2645, obs. B. Fauvarque-Cosson ; JCP G 2006, II 10087, note P. Grosser ; Defrénois 30 août 2006, n° 38433, p. 1212, obs. E. Savaux ; D. 2006, p. 2129, note M. Mekki ; RDC 2006, p. 1083, obs. Y.-M. Laithier, RDC 2006, p. 1207, obs. G. Viney.

relations d'affaires¹. Il serait alors judicieux pour les parties de déterminer, autant que possible, les critères des événements² dont la survenance est susceptible de contrarier le cours normal de leur convention³.

En l'espèce, le contrat de fournitures conclu par les sociétés Econova et Uniper prévoyait un « point 23.1 » relatif à la force majeure : « Les parties seront libérées de leurs obligations en vertu du présent contrat si, dans la mesure et tant qu'un évènement ou un cas de force majeure existe ». Allant plus loin, sans référence ou renvoi aux critères légaux et jurisprudentiels, les parties ont donné leur propre définition de la force majeure : « Un cas de force majeure se réfère à un évènement au-delà du contrôle raisonnable de la partie qui l'invoque (la "partie affectée"), qu'elle n'aurait pu éviter ou contourner raisonnablement en respectant les bonnes pratiques couramment utilisées dans le secteur, et qui empêche la partie affectée de remplir totalement ou partiellement ses obligations en vertu du présent contrat ». Au nombre des événements dont la survenance peut constituer une force majeure, le contrat prévoit la « grève, *lock-out* ou toute action ou perturbation similaire ».

Si la grève invoquée par la société Uniper n'est pas contestée, c'est en revanche sa qualification comme force majeure qui divise les parties, chacune y allant de son interprétation du contrat. Dès lors, toute la question est de savoir quel est le critère de la force majeure retenu dans le contrat. Pour l'appelante, il s'agit des critères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité. Or, selon elle, « la grève invoquée par Uniper était prévisible et [elle] ne l'empêchait pas d'exécuter ses obligations ». En outre, la grève n'était pas la cause directe de l'inexécution, celle-ci découlant principalement des difficultés financières de son cocontractant. Pour l'intimée, « le critère de l'imprévisibilité n'a pas vocation à s'appliquer, dès lors que les

¹ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations*, 2018, Dalloz, n° 618.

² Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-10975.

³ Sur la clause de force majeure, v. C. Le Gallou, « La clause de force majeure : leçons du droit anglais à l'égard des contrats français », in C. Le Gallou et A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast (dir.), *Le contrat dans tous ses états*, 2019, Presses universitaires de Toulouse, Acte du colloque de l'IFR, p. 87-110.

parties ne l'ont pas repris comme condition contractuelle ». Ainsi, soutient-elle que seul le critère de l'irrésistibilité devrait être retenu par le juge.

Pour la cour d'appel, « l'imprévisibilité n'a pas été retenue par les parties comme condition pour pouvoir invoquer la force majeure, les parties ayant expressément défini la force majeure comme un "évènement au-delà du contrôle raisonnable de la partie qui l'invoque, qu'elle n'aurait pu éviter ou contourner raisonnablement en respectant les bonnes pratiques couramment utilisées dans le secteur", ce qui correspond au critère de l'irrésistibilité ». Ce faisant, la cour écarte le moyen de la société Econova et retient que seul le critère de l'irrésistibilité doit s'appliquer au contrat.

Comme on peut le constater, le juge s'en est tenu aux termes du contrat, ce qui laisserait supposer que la clause était claire et précise¹. Mais l'était-elle réellement ? Ne fallait-il pas rechercher si certaines expressions ne renvoyaient pas également, fût-ce subrepticement, au critère de l'imprévisibilité ? Cette question est d'autant importante que le caractère plurivoque de certains mots peut rendre la clause ambiguë et justifier une interprétation du contrat. Tel est notamment le cas du verbe « éviter » mentionné dans la clause de force majeure et qui, selon le dictionnaire de Larousse², est à la fois synonyme de « prévenir » (imprévisibilité) et d'« échapper » (irrésistibilité). L'on peut donc douter du caractère clair et précis de la clause, d'autant plus qu'aucune référence n'est expressément faite au critère de l'irrésistibilité. De ce point de vue, la motivation de l'arrêt paraît quelque peu sommaire et légère.

Or, « la Cour de cassation interdit aux juges du fond de considérer comme clairs et précis des contrats qui, à l'évidence, sont obscurs ou ambigus et les contraint à en clarifier le sens »³. Ainsi, le juge aurait pu faire application des dispositions légales relatives à l'interprétation du contrat, notamment de l'article 1188 du Code civil qui l'oblige à rechercher la commune intention des parties ou, lorsque

¹ On ne peut interpréter les clauses claires et précises à peine de dénaturation, C. civ., art. 1192.

² *Dictionnaire Larousse*, v° « Éviter ».

³ Y.-M. Laithier, note ss Cass. com., 28 nov. 2018, n° 15-17578, RDC 2019, p. 14.

cette intention ne peut être décelée, d'interpréter le contrat selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation. Peut-être la cour d'appel serait-elle parvenue à la même conclusion en interprétant le contrat, mais sa démarche aurait été moins contestable. Et, en matière d'interprétation, la haute juridiction contrôlerait davantage le choix de la méthode interprétative que la justesse de l'interprétation¹.

En somme, les rédacteurs de contrats doivent se démarquer par la simplicité et la précision des termes qu'ils emploient. Dans l'affaire rapportée, les parties auraient pu se contenter d'indiquer que l'événement constitutif de la force majeure doit être imprévisible et irrésistible, ou doit avoir l'un de ces caractères. Elles auraient pu également procéder par exclusion en indiquant par exemple que le critère de l'imprévisibilité ou de l'irrésistibilité ne s'applique pas à leur contrat. Quoi qu'il en soit, la clarté du contrat est un gage de sécurité pour les parties car seuls les critères contractuels de la force majeure seront appliqués en cas de litige. Ainsi, à moins que les parties en aient décidé autrement, la présence d'un critère contractuel de la force majeure évince les critères légaux et jurisprudentiels.

B. L'éviction des critères légaux et jurisprudentiels de la force majeure

L'aménagement contractuel de la force majeure a pour conséquence d'écartier l'application des critères classiques, de sorte que les parties sont réputées avoir renoncé à l'application d'un critère lorsqu'elles ne l'ont pas expressément retenu dans le contrat. Il en découle une interdiction pour les cocontractants d'invoquer des critères extracontractuels de la force majeure. Dans l'affaire rapportée et comme l'a relevé la cour d'appel, c'est « vainement que la société Econova s'oppose à la qualification de force majeure retenue en indiquant que la grève était prévisible, ce critère étant inopérant en l'espèce ». Autrement dit, les parties

¹ V. déjà P.-C. Kamgaing, « Réforme de la procédure et réforme du droit des contrats. À propos de quelques influences réciproques », Revue juridique des étudiants de la Sorbonne 2022, vol. 5, n° 1, p. 42.

avaient renoncé à exiger que l'événement constitutif de la force majeure soit imprévisible.

En outre, les critères contractuels de la force majeure s'imposent également au juge qui doit apprécier l'existence de la force majeure en se référant uniquement aux stipulations contractuelles. Toutefois, l'aménagement de la force majeure « ne met pas pour autant les parties à l'abri du contrôle du juge sur le lien de causalité entre l'événement et l'impossibilité d'exécution »¹. Cela signifie que le juge doit apprécier les circonstances de l'affaire². Dès lors, en l'espèce et après avoir écarté le critère de l'imprévisibilité, la question demeurait de savoir si la grève invoquée par la société Uniper était réellement irrésistible. En d'autres termes, cet incident ne pouvait-il pas être contourné « raisonnablement en respectant les bonnes pratiques couramment utilisées dans le secteur » ?

Selon la société Econova, la grève invoquée par la société Uniper ne revêtait pas un caractère irrésistible, d'une part en raison de son antériorité et d'autre part en raison de son insignifiance. Antérieurs, les mouvements de grève s'étaient multipliés, succédé et accélérés sur le site depuis 2017, dès l'annonce de la fermeture des centrales à charbon. Ainsi, selon l'appelante, en signant l'avenant n° 4 le 27 novembre 2018, l'intimée s'était engagée en connaissance de cause. Insignifiante, la grève n'aurait pas empêché la société Uniper d'exécuter ses obligations contractuelles, notamment celle d'effectuer les commandes. Il s'agirait donc d'un subterfuge « pour dissimuler ses propres difficultés, et notamment le fait qu'elle aurait perdu le bénéfice du tarif subventionné dont elle bénéficiait et qu'elle produisait à perte »³. De son côté, la société Uniper affirme, d'une part, « que la grève avait une ampleur et une durée qui n'avait rien à voir avec les précédentes, le site ayant été bloqué pendant presque deux ans ». D'autre part, elle soutient « que c'est bien l'obligation de passer les commandes

¹ C. Le Gallou, « La clause de force majeure : leçons du droit anglais à l'égard des contrats français », in C. Le Gallou et A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast (dir.), *Le contrat dans tous ses états*, 2019, Presses universitaires de Toulouse, Acte du colloque de l'IFR, p. 87-110, n° 20.

² Rappr. Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2022, n° 21-11310 : GPL 10 janv. 2023, n° GPL444b6, note D. Houtcieff.

³ Ce moyen est écarté par le juge pour insuffisance de preuve.

et réceptionner la matière qui n'a pas pu être réalisée (...) en raison de la grève et du blocage consécutif total de la centrale, ses stocks étant par ailleurs déjà pleins ».

Pour trancher, le juge d'appel se réfère aux pièces versées aux débats pour constater « que même si la grève était annoncée, [à la suite des] déclarations du gouvernement sur la fermeture des centrales à charbon, la société Uniper n'avait aucun moyen de l'éviter, de la retarder ou de l'empêcher, indépendamment des bonnes pratiques du secteur ». Comme on peut le constater, l'extériorité peut faire parfois le lit de l'irrésistibilité. En effet, la grève avait été organisée par les syndicats à la suite d'une décision politique, ce qui est totalement extérieur au cadre normal de l'activité de la société. Autrement dit, n'étant pas à l'origine d'une grève qui a paralysé la centrale, la société Uniper ne pouvait la « contourner ». C'est ainsi que le juge a estimé que cet incident allait « au-delà du contrôle que pouvait raisonnablement faire Uniper et ne pouvait être évité par des compensations économiques ».

Par ailleurs, le juge écarte le moyen de la société Econova selon lequel la grève n'aurait pas totalement paralysé le site car, « cette condition n'étant pas un des éléments constitutifs de la force majeure, l'empêchement de remplir ses obligations [suffit] ». Au regard de ce qui précède et ayant décidé que les conditions de la force majeure étaient réunies, le juge a apprécié l'effet libératoire et exonératoire de la force majeure.

II. L'appréciation de l'effet libératoire et exonératoire de la force majeure

L'effet libératoire et exonératoire de la force majeure est consacré par le Code civil¹ et appliqué par la jurisprudence². Cependant, la particularité de l'arrêt commenté réside dans le fait qu'elle apporte des réponses à des questions ayant un intérêt à la fois théorique et pratique. D'une part, le juge précise l'incidence du

¹ C. civ., art. 1218 – C. civ., art. 1351 – C. civ., art. 1351-1.

² Cass. 1^{er} civ., 24 févr. 1981, n° 79-12710 – Cass. 1^{er} civ., 25 nov. 2020, n° 19-21060 – Cass., ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11168. V. aussi, H. Boucard, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », RDC 2015, p. 779.

moment de la déclaration de force majeure sur l'effet libératoire (A). D'autre part, il détermine le moment de la libération des parties (B).

A. L'incidence du moment de la déclaration de la force majeure

Faut-il déclarer la survenance de la force majeure à son cocontractant pour s'en prévaloir ? Si oui, à quel moment le débiteur doit-il procéder à cette formalité ? Le Code civil ne répond pas clairement à ces questions. En effet, l'article 1218, alinéa 2, du Code civil se limite à indiquer que, « 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 ». L'emploi de l'expression « de plein droit » est assez significatif et traduirait le caractère automatique de la résolution. Autrement dit, la résolution s'impose aux parties et au juge et prive ce dernier de tout pouvoir d'appréciation. L'on serait alors tenté de penser que le débiteur n'est tenu d'aucune obligation de déclaration en cas de survenance d'un événement constitutif de la force majeure.

Cette analyse peut être confortée au regard du contexte de l'adoption de l'ordonnance de 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹. En effet, en consacrant la solution proposée dans le projet *Catala*, le nouvel article 1218 du Code civil a abandonné le préalable de notification de la force majeure prévu dans le projet *Terré*².

En l'espèce, les parties n'ont pas prévu le délai dans lequel la force majeure doit être déclarée par la partie qui entend s'en prévaloir, mais cela n'a pas empêché la société Econova d'invoquer la tardiveté de la notification de la force majeure faite par la société Uniper. En effet, la grève a débuté au mois de décembre 2018 et ce n'est que le 14 février 2019 que l'intimée a notifié le cas de force majeure.

¹ Sur le contexte de l'adoption de l'ordonnance de 2016, v. H. Boucard, « Article 1218 : la force majeure contractuelle », RDC 2015, p. 779.

² Projet Terré, art. 101.

Pour écarter ce moyen, la cour d'appel retient que « la déclaration de force majeure du 14 février 2019 ne peut être considérée comme tardive au regard de l'ensemble [des] éléments, et notamment de l'absence de durée prévisible de la grève ». Selon le juge, « il ne peut être reproché à la société Uniper d'avoir attendu pour prendre en compte la réalité de la situation sociale après les annonces du gouvernement ».

Il est loisible de constater que la cour d'appel examine le moyen relatif à la tardiveté au lieu de l'écarter d'office. Cela laisse penser que l'exception de force majeure aurait pu ne pas prospérer s'il était établi que la déclaration a été faite tardive. Ainsi et en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel semble admettre, indirectement du moins, l'existence d'une obligation de déclaration de la force majeure que l'on peut formuler en ces termes généraux : « En cas de survenance de la force majeure, la partie qui entend s'en prévaloir est tenue d'en informer son cocontractant dans un délai raisonnable. Cette obligation subsiste, même en l'absence de stipulation contractuelle ». En allant plus loin, la solution de la cour permet d'estimer que l'existence de la force majeure n'entraîne pas automatiquement la résolution ou la résiliation du contrat.

Or, une telle règle jurisprudentielle serait *contra legem*, au regard des dispositions de l'article 1218 du Code civil qui ne consacrent pas une obligation de déclaration de la force majeure. Néanmoins, cette obligation serait conforme au principe de bonne foi en matière contractuelle qui se traduit également par le devoir général d'information des parties¹. Ainsi, à l'heure où le solidarisme contractuel connaît un regard de vitalité², il serait difficile d'admettre qu'une partie dont l'obligation est affectée par la survenance d'une force majeure puisse garder indéfiniment le silence. En effet, selon un auteur, « l'expérience montre que lorsque la force majeure est invoquée tardivement, c'est qu'en réalité elle

¹ M. Fabre-Magnan, « Le devoir d'information dans les contrats : essai de tableau général après la réforme », JCP G 2016, 218.

² Dans ce sens, v. M. Mekki, « Le contrat : entre liberté et solidarité », in A. Supiot (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, 2018, Collège de France, Conférences, p. 93-120.

constitue plus une excuse, au sens courant du terme, qu'une cause exonératoire au sens juridique »¹. Dès lors, manquerait à son obligation de bonne foi la partie qui entretiendrait pendant trop longtemps, dans l'esprit de son cocontractant, l'illusion de la stabilité du contrat alors que celui-ci a déjà été rompu par la survenance d'un cas de force majeure.

De ce point de vue, et de ce point de vue seulement, l'arrêt mérite d'être salué. Car, en informant son cocontractant de la survenance d'un cas de force majeure, on lui permet de s'adapter à la situation et prendre des dispositions pour limiter le dommage. On comprend alors que certaines clauses de force majeure prévoient que la déclaration de la force majeure se fasse « dès la connaissance de la survenance de l'évènement »². Cette formalité est d'autant plus importante qu'elle permet au juge de déterminer le moment où la force majeure a entraîné la résolution du contrat ainsi que la libération des parties de leurs obligations.

B. La détermination du moment de la libération des parties

À quel moment peut-on se prévaloir de l'effet libératoire de la force majeure ? Selon des auteurs, « la force majeure en matière contractuelle étant un mécanisme intimement lié à la phase d'exécution du contrat, la circonstance invoquée au titre de force majeure doit nécessairement être intervenue après la naissance de celui-ci »³. Cette réponse est confortée par la jurisprudence⁴. De même, le débiteur ne peut se prévaloir d'un cas de force majeure postérieur à l'échéance du terme de son obligation ou à l'expiration du contrat. Cela veut dire que la force majeure doit nécessairement survenir pendant la phase d'exécution du contrat et la rendre impossible, mais la difficulté n'est pas pour autant écartée.

¹C. Muyl, « Comment bien rédiger et négocier vos clauses de force majeure ? », La Revue, 24 nov. 2022.

²T. com. Paris, 20 mai 2020, n° 2020016-407 – CA Paris, 28 juill. 2020, n° 20/06689 – Cass. com., 11 mai 2022, n° 20-20622, TDE c/ EDF.

³J.-F. Germain et a., « La force majeure dans le droit commun des obligations contractuelles », *in La force majeure : état des lieux*, 2013, Anthémis, Collection du jeune barreau de Charleroi, p. 10.

⁴T. com. Hasselt, 4^e ch., 26 janv. 1999, *Algemeen Juridisch Tijdschrift* 1998-1999, 1051. T. com. Bruxelles, 25 janv. 2000, n° 91/AR/2778 : www.juridat.be.

En effet, quand bien même la force majeure survient avant l'échéance de la prestation ou l'expiration du contrat, il est important de déterminer le moment à partir duquel elle a rendu l'exécution impossible et a libéré les parties de leurs obligations. Tout dépend de la nature de la force majeure ! La question ne pose pas de réelle difficulté lorsque l'événement constitutif de force majeure est instantané ou brutal. Tel est le cas notamment de la survenance d'un incendie, d'une explosion, d'un tremblement de terre ou encore d'un éboulement de terrain à laquelle il est possible de donner une date certaine. Dans ces cas, il est loisible de considérer que le moment de la survenance de la force majeure coïncide avec le moment à partir duquel l'exécution du contrat est devenue impossible.

En revanche, dans d'autres circonstances, la dégradation de la relation contractuelle sera plutôt progressive, de sorte qu'il deviendra « plus difficile de déterminer le moment de bascule auquel l'exécution, déjà difficile, devient impossible »¹. Tel est notamment le cas de la force majeure tirée de la crise sanitaire² ou de la grève, comme dans l'affaire qui nous intéresse. Dans cette hypothèse, plusieurs moments sont envisageables et il est difficile de trancher. En l'espèce, l'on peut hésiter entre le moment de la survenance de la grève (décembre 2018), le moment de sa déclaration au cocontractant (14 février 2019). Cependant, aucune de ces périodes ne renseigne avec exactitude sur le moment où l'exécution du contrat par la société Uniper est devenue impossible. D'un point de vue théorique, l'on pourrait se contenter d'avancer que le moment de l'impossibilité de l'exécution, qui libère le débiteur, se situe entre la survenance de la grève et sa déclaration.

Cependant, d'un point de vue pratique, cette solution est insatisfaisante, notamment lorsque le contrat en cause est à exécution successive. En l'espèce, le contrat d'approvisionnement et de fourniture conclu entre la société Econova

¹C. Muyl, « Comment bien rédiger et négocier vos clauses de force majeure ? », La Revue, 24 nov. 2022.

²Parmi tant d'autres, v. L. Landivaux, « Contrats et coronavirus : un cas de force majeure ? ça dépend... », Dalloz actualité, 20 mars 2020 ; L. Florent, « Covid-19 et force majeure : résolution du contrat de location d'une salle de mariage », Le Quotidien, juill. 2022.

et Uniper est échelonné dans le temps et impose diverses obligations aux parties. Il est donc judicieux de conférer une date certaine à la force majeure invoquée par la société Uniper. À ce propos, l'on aurait pu s'attendre à ce que le juge fixe la date de la résiliation du contrat¹ au moment de la survenance de la grève, c'est-à-dire en décembre 2018. Or, le début d'une grève ne permet pas d'apprécier son caractère irrésistible pour le débiteur. C'est probablement la raison pour laquelle la cour d'appel a finalement retenu la date de la déclaration de la force majeure, c'est-à-dire le 14 février 2019, comme moment de la résiliation du contrat. Comme on peut le constater, la déclaration de la force majeure permet de déterminer, avec beaucoup plus de précision, le moment à partir duquel le débiteur a véritablement été dans l'impossibilité d'exécuter ses obligations.

Au regard des conséquences de la force majeure sur la relation contractuelle, un auteur souligne la nécessité pour les parties au contrat de prévoir la procédure à suivre en cas d'événement compromettant l'exécution du contrat : « Le débiteur devra-t-il informer le créancier de la survenance d'un événement de force majeure ? (...) En outre, quelles modalités, dans quels délais, avec ou sans justificatifs, avec quelle conséquence en cas de non-respect, etc. faudra-t-il respecter ? »² Toutes ces précisions sont importantes pour éviter une instrumentalisation de la force majeure par les parties de mauvaise foi. En pratique, force est de constater que les professionnels accordent une attention particulière à la déclaration « motivée » de la force majeure. Par exemple, le contrat type conclu entre TDE et EDF, qui a donné lieu aux décisions suscitées³, prévoyait que la notification de la force majeure soit faite « dès connaissance de

¹ C. civ., art. 1229 : « Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation ».

² C. Le Gallou, « La clause de force majeure : leçons du droit anglais à l'égard des contrats français », in C. Le Gallou et A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast (dir.), *Le contrat dans tous ses états*, 2019, Presses universitaires de Toulouse, Acte du colloque de l'IFR, p. 87-110, n° 26. V. également, O. Deshayes, T. Genicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, 2^e éd., 2018, LexisNexis, p. 538.

³ T. com. Paris, 20 mai 2020, n° 2020016-407 – CA Paris, 28 juill. 2020, n° 20/06689 – Cass. com., 11 mai 2022, n° 20-20622, TDE c/ EDF.

la survenance de l'événement » et fournisse « une estimation, à titre indicatif, de l'étendue et de la durée probable de cet événement ».

En somme, l'arrêt de la cour d'appel du 10 janvier 2023 permet de jeter un regard sur la pratique de clause de force majeure, dans un contexte où « l'opportunité de rédiger une clause de force majeure ne semble pas se poser immédiatement au juriste français »¹. Cependant, le silence de la loi et les hésitations jurisprudentielles² devraient amener les parties au contrat à aménager le régime de la force majeure. Quoi qu'il en soit, le contentieux de la force majeure contractuelle a de beaux jours devant lui !

¹ C. Le Gallou, « La clause de force majeure : leçons du droit anglais à l'égard des contrats français », in C. Le Gallou et A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast (dir.), *Le contrat dans tous ses états*, 2019, Presses universitaires de Toulouse, Acte du colloque de l'IFR, p. 87-110, n° 14.

² Cass. 2^e civ., 10 oct. 2009, n° 08-20971 : Resp. civ. et assur. 2010, n° 5, obs. H. Groutel – Cass. 2^e civ., 8 févr. 2018, n° 16-26198.

Le titulaire du pouvoir matériel de disposer en cas d'usufruit

Eulalie MAZIGUI NGOUE - Docteur des Universités de Nantes et de Yaoundé II

Chargée de Cours au département du droit privé fondamental de l'Université de

Yaoundé II - Maître-Assistant CAMES

Le droit de propriété confère à son titulaire la plénitude des prérogatives sur son bien. Mais il peut arriver que les utilités dudit bien soient réparties avec d'autres personnes, le privant ainsi de sa valeur d'usage. Le mécanisme juridique par lequel cette privation peut se réaliser s'appelle les démembrements du droit de propriété. Rentre notamment dans cette catégorie, l'usufruit qui octroie à son détenteur le droit d'user et de jouir d'un bien. Le pouvoir de disposer laissé au nu-propriétaire, notamment dans sa dimension matérielle qui s'oppose à la dimension juridique, semble n'appartenir à personne, ni à l'usufruitier chargé de conserver la jouissance du bien, ni au nu-propriétaire tenu de laisser jouir l'usufruitier¹. Cet énoncé entraîne un constat et une réalité constants. Le constat consiste au désintérêt des réflexions sur la question. La réalité constante a suscité la question du titulaire de ce pouvoir matériel de disposer, pour laquelle il conviendra de s'épancher au cours de cette étude après certaines précisions terminologiques.

Le code civil de 1804 encore applicable au Cameroun définit l'usufruit à l'article 578 comme le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même, mais à la charge d'en conserver la substance. La propriété grevée d'usufruit apparaît en quelque sorte comme dégradée, mutilée, dégarnie. Au lieu de pouvoir retirer de son bien tous les avantages qu'il est susceptible de procurer, le propriétaire abdique une partie de ses prérogatives au profit de l'usufruitier². Celles-ci se déclinent expressément au pouvoir d'user et de jouir temporairement du bien, c'est la raison pour laquelle, on dit de l'usufruit qu'il est le droit de jouissance le plus complet, car il confère à son titulaire un droit réel, c'est-à-dire un droit direct et immédiat sur la chose³. Mais le constat à l'heure actuelle démontre une évolution des prérogatives de l'usufruitier qui semble aussi avoir acquis le pouvoir de disposer. La doctrine corrobore cette manière de penser en distinguant le pouvoir de disposer le bien lui-même de celui de pouvoir

¹ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, 3^e éd, LGDJ, Lextenso, 2021, n°304, pp.369-370.

² M. MEURISSE, *Le pouvoir de disposer de l'usufruitier*, Master en droit de l'Université de Liège, 2017-2018, p.5.

³ A. CHAMOULAND-TRAPIERS, *Usufruit*, Septembre 2012, Répertoire du droit Civil, n°2.

disposer du droit d'usufruit. Pour les uns, l'interdiction de disposer porte uniquement sur le bien objet de l'usufruit et non pas sur le droit d'usufruit lui-même¹. Par ailleurs, l'usufruitier a l'usus, le fructus et même un certain abus qui porte non sur la chose mais sur le droit qu'il peut céder². Cette nouvelle orientation de l'usufruit n'occulte en rien du tout ses finalités. Traditionnellement, l'usufruit est une technique destinée à assurer la subsistance de son bénéficiaire. Il en va ainsi, dans les relations à titre gratuit, de l'usufruit attribué par la loi successorale au conjoint survivant ou de l'usufruit que se réserve le donateur de la nue-propriété d'un bien. Il en va de même dans les relations à titre onéreux, de l'usufruit que se réserve le vendeur de la nue-propriété, en vue, par exemple, d'être assuré de disposer d'un logement pour sa vie restante. Aujourd'hui, l'usufruit constitue par ailleurs, que l'on y recourt dans les relations à titre gratuit ou à titre onéreux, un outil de gestion du patrimoine et d'optimisation fiscale permettant de maximiser les utilités du bien et de répartir au mieux la charge fiscale³. En tout état de cause, la constitution primaire de l'usufruit a été de faire percevoir exclusivement les fruits de la chose à son bénéficiaire, les produits demeurant au pouvoir de disposer du nu-propriétaire.

S'agissant justement du pouvoir de disposer, aucune disposition expresse du code civil ne le définit clairement. C'est la doctrine qui en donne un essai de définition. De son appellation latine, *jus abutendi*, ce n'est pas le droit d'abuser de la chose, mais plutôt d'en disposer, d'en faire pour le tout ou partie, pour un temps ou pour toujours, un usage dernier. Considéré sous l'angle de la matérialité, ce pouvoir permet au propriétaire de transformer, de détériorer et dans la mesure où faire se peut, de détruire l'objet de son droit. Il y a lieu de préciser que seul le propriétaire peut modifier la substance du bien, alors que les titulaires d'un droit réel ou d'un droit personnel concernant le bien d'autrui doivent

¹ M. MEURISSE, *Le pouvoir de disposer de l'usufruitier*, Op.cit, p.5.

² J.P CORIAT : La notion romaine de propriété. Une vue d'ensemble, in *le Sol et l'Immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d'Italie (XII-XIVe siècle)*. Rome Ecole Française de Rome, 1995, pp.17-26.

³ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, Op. cit, n°309, p.372.

au contraire en conserver la substance en vue de leur restitution¹. Considéré sous son aspect juridique, il autorise le maître à restreindre, décomposer ou même anéantir son droit en le cédant². Cet aspect ne pose pas de problème, dans la mesure où le titulaire de cette prérogative est connu, le nu-propiétaire en l'occurrence. L'abusus exprime l'idée très différente suivant laquelle le titulaire d'un droit réel peut renoncer à tout ou partie des prérogatives que lui offre son droit au profit d'un tiers. Ainsi le propriétaire ou le titulaire d'un autre droit réel peut octroyer à autrui des prérogatives sur sa chose, le grever d'une sûreté réelle, voire plus radicalement disposer de son droit ou l'abandonner³. Indifféremment de sa dimension, l'abusus confère à son titulaire une utilité protégée par la constitution camerounaise notamment à son préambule⁴. Qu'à cela ne tienne, s'agissant particulièrement de son aspect matériel qui nous intéresse, il y a lieu de réaffirmer qu'en cas de constitution d'usufruit, le bien perd de sa valeur.

La question du titulaire du pouvoir matériel de disposer est intimement liée à celle de la valeur de la chose objet de l'usufruit. Un bien dont on peut disposer, supposant avoir un titulaire, a plus de valeur que celui dont on ne peut disposer. La valeur est une caractéristique du droit réel qui porte sur la chose et doit être distinguée de l'utilité. Celle-ci est une caractéristique de la chose, et son aptitude à rendre des services⁵. Il existe deux catégories de valeur, la valeur en usage et la valeur en échange. Des choses qui ont la plus grande valeur en usage n'ont souvent que peu ou point de valeur en échange, et au contraire celles qui ont la plus grande valeur en échange n'ont souvent que peu ou point de valeur en usage. A titre d'exemple, il n'y a rien de plus utile que l'eau, mais elle ne peut

¹ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, Op.cit, n°44, p.60.

² F. FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », Les Cahiers de droit, n°439, 1979, p.446.

³ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, Op.cit, n°45, p.60.

⁴ Préambule de la constitution camerounaise issue de la loi n°96/06 du 18 janvier 1996 modifiée et complétée par la loi n°2008/001 du 14 Avril 2008 : « La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer des biens garantis à chacun par la loi. Nul ne saurait en être privé si ce n'est pour cause d'utilité publique et sous la condition d'une indemnisation dont les modalités sont fixées par la loi ».

⁵ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, Op. cit, n°15, p.29.

presque rien acheter, à peine y a-t-il moyen de rien avoir en échange. Un diamant, au contraire n'a presque aucune valeur quant à l'usage, mais on trouvera fréquemment à l'échanger contre une très grande quantité de marchandises¹. Le sens du mot valeur à retenir pendant cette étude est la valeur d'échange.

Dès lors, le problème qui se dégage de ce sujet est celui de l'identification du titulaire de disposer matériellement le bien en cas d'usufruit.

Cette question posée suscite un intérêt certain en vue d'un essai de réforme du régime juridique de l'usufruit. Ceci en vue de donner une plus-value au bien forcément déprécié par l'usage, par la possibilité offerte d'en disposer, en redonnant par ricochet au propriétaire le pouvoir sur sa chose malgré le démembrement. Il s'agit de réattribuer le privilège au nu-propriétaire dessaisi de son bien de le récupérer quand il le désire. Il existe une constante vérité d'après laquelle le privilège de disposer matériellement de la chose, objet de droit, échappe en fait à son propriétaire chaque fois qu'il consent une location ou des servitudes réelles ou personnelles². De *lege lata*, en cas de constitution d'un usufruit, il est vrai que le propriétaire perd l'usus et le fructus qui profitent à l'usufruitier. Mais qu'est devenu notamment le pouvoir de détruire le bien ? Il n'appartient à personne, ni à l'usufruitier, chargé de conserver la jouissance du bien, ni au propriétaire, tenu de laisser jouir l'usufruitier³. La doctrine semble aussi s'être résignée à propos de la réalité d'après laquelle sur le plan économique, l'absence totale de prérogative du nu-propriétaire est si manifeste qu'il est inutile de s'y attarder⁴. L'usufruit est un mode d'exploitation des biens fondé sur la dissociation de la propriété et de la jouissance, ou suivant une autre expression plus économique que juridique, du capital et des revenus⁵.

Dès l'origine, l'usufruitier assimilé dans sa jouissance au propriétaire à l'article 578 du code civil réduisait, non pas à la portion congrue l'aspect matériel de l'abusus

¹ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, Op. cit, n°15, p.29.

² F. FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », loc.cit, p.441.

³ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, n°304, p.370.

⁴ B. GRELOT, « La libre disposition de l'usufruit par le nu-propriétaire », Coll. Défrenois, 15 Septembre 1997, p.961.

⁵ A. CHAMOULAND-TRAPIERS, loc.cit, n°6.

du nu-propiétaire, mais l'anéantissait totalement. De la définition légale de l'usufruit issue de la disposition sus citée, il ressort que l'usufruit est un droit qui s'exerce sur la chose dont un autre a la propriété, mais comme le dit un auteur, il semble qu'on ne se soit pas toujours suffisamment intéressé à l'incise qui suit « comme le propriétaire lui-même »¹. Dès lors, le constat qui en découle est la réalité d'après laquelle, l'usufruitier veut désormais se comporter pas comme un propriétaire, mais « plus que le propriétaire lui-même ». On lui attribue même de plus en plus un certain pouvoir de disposer² jadis réservé exclusivement au nu-propiétaire.

Par ailleurs, la règle est qu'en cours d'usufruit, le nu-propiétaire détient l'abusus, l'usufruitier disposant de l'usus et du fructus, en dehors du cas spécifique du quasi usufruit. Cet abusus est toutefois limité à sa dimension juridique en raison de l'article 599 du code civil qui prévoit que « le propriétaire ne peut par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier ». Le propriétaire ne peut dès lors poser aucun acte matériel qui porterait atteinte aux droits de l'usufruitier.

On le voit, l'amenuisement du pouvoir de disposer du nu-propiétaire du fait du dessaisissement de son emprise matérielle sur son bien est programmé. Or l'on ne doit pas oublier que de tous les attributs du droit de propriété, le droit de disposer a toujours été classé hiérarchiquement supérieur aux autres. En outre, le droit de propriété est un droit fondamental reconnu par les constitutions des Etats, révélant sa protection par les lois fondamentales et réaffirmant le caractère absolu du droit de propriété. C'est pour confirmer que la fondamentalisation du droit privé a elle aussi touché le droit des biens³. Si d'aventure, certaines utilités en sont démembrées au profit des tiers, cet arrachement d'utilités ne peut être que provisoire car on souhaite que tôt ou tard,

¹ M.NICOD, « La quasi-propiété de l'usufruitier ou la propriété usufructuaire », in Droit et Ville, tome 61, 2006, Colloque qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat, Toulouse, 27-28 Octobre 2005, p.274.

² M. MEURISSE, *Le pouvoir de disposer de l'usufruitier*, Mémoire de Master op.cit.

³ W. DROSS, « La fondamentalisation du droit des biens », Revue du droit d'Assas, n°11, Octobre 2015.

le propriétaire recouvre la jouissance complète de sa chose¹. Concomitamment, l'on ne peut occulter les débats contemporains autour du droit des biens, notamment celui qui agite aujourd'hui le droit des biens en France, à savoir la possibilité de créer librement et surtout perpétuellement des droits réels démembrés². Dans cette optique, un projet de réforme a vu le jour, qui est l'œuvre de l'Association Henri Capitant et dans ses grandes lignes ambitionne un nouvel encadrement juridique de l'usufruit³.

En conséquence, il est donc acquis qu'un bien constitué en usufruit n'a pas de titulaire susceptible d'en disposer matériellement. Ce bien peut en revanche être disposé juridiquement par le nu-propriétaire, sans entraîner la dépossession matérielle du bien entre les mains de l'usufruitier. La remise en cause intégrale du régime juridique de l'usufruit n'est pas visée ici au regard des finalités pratiques qui ont milité à sa naissance. C'est plutôt l'image renvoyée de la souveraineté partagée de la propriété entre le nu-propriétaire et l'usufruitier qui chagrine. Elle suscite alors une plaidoirie en faveur d'une théorie dont le but sera de redonner au propriétaire la propriété exclusive sur son bien malgré son dessaisissement physique du bien. La précision en vaut la peine, c'est la dépossession du bien entre les mains du propriétaire pour le remettre à l'usufruitier en vue d'un usage et d'une jouissance qui fragilise le pouvoir matériel de disposer du propriétaire. Dans l'hypothèse où nonobstant l'existence de cette dépossession, le propriétaire parvient encore à avoir la maîtrise sur son bien, ce sera une plus-value offerte à ce bien dont l'entretien sera conféré doublement aux deux protagonistes qui auront simultanément un intérêt commun. Dès lors, la question de l'identité du titulaire du pouvoir de disposer matériellement du bien constitué en usufruit, impose une réponse qui consiste à révéler d'une part une absence avérée de titulaire (I), et à rechercher d'autre part un possible titulaire dudit pouvoir (II).

¹ W. DROSS, « La fondamentalisation du droit des biens », *Ibid.*

² *Ibid.*

³ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, « Proposition de réforme du livre II », version finale du 15 mai 2009.

I. L'absence avérée d'un titulaire du pouvoir matériel de disposer

Il s'agit de démontrer ici qu'en cas de constitution de l'usufruit, le bien qui en est grevé n'a pas de titulaire du pouvoir de disposer en vue de le transformer, ou de le détruire. Cette impossibilité d'aliéner se justifie par la réalité d'après laquelle, il est dépossédé du bien, et le transfert de l'usage et de la jouissance de ce bien a été fait à l'usufruitier. Ce dernier est interdit pendant toute la durée de l'usufruit, de disposer du bien (A), tandis que le nu-propiétaire est appelé d'assurer le simple rôle de veilleur ou de contrôleur à la conservation (B).

A. L'interdiction faite à l'usufruitier de disposer du bien

C'est une interdiction instruite par l'article 578 *in fine* du code civil qui dispose que l'usufruitier a la charge de conserver le bien grevé, peu importe la source de constitution de l'usufruit. Cette conservation suppose au préalable que ce dernier a la maîtrise physique du bien, elle suppose ensuite que la propriété du bien appartient à autrui, car l'on ne peut exiger du véritable propriétaire de prendre soin de son bien. Dès lors, il appert d'analyser le contenu de l'interdiction (1) et sa portée (2).

1. Le contenu de l'interdiction

L'interdiction porte expressément sur le bien objet de l'usufruit et cantonne l'usufruitier à l'obligation de conservation. La définition de l'usufruit de l'article 578 du code civil renvoie seulement au droit de jouir des choses, mais alors pourrait-on jouir d'une chose dont on n'use pas ? C'est ainsi que l'obligation de conservation a un triple contenu : accomplir les actes conservatoires requis, conserver la substance de la chose, ne pas changer de destination.

D'abord, les actes conservatoires ont pour objectif de garantir le recouvrement du bien par le nu-propiétaire à l'extinction de l'usufruit. Dès lors, il doit interrompre les prescriptions qui courent contre le nu-propiétaire. Ainsi lorsqu'une créance comprise dans son droit est arrivée à échéance, il doit en

poursuivre le recouvrement et interrompre la prescription¹. En même temps, l'usufruitier a-t-il l'obligation d'assurer un bien contre les risques de perte ou de destruction ? Il incombe au nu-propiétaire de s'assurer contre le risque de perte du bien puisque c'est lui qui est le propriétaire du bien, même si momentanément, il est privé de la jouissance². La conservation ici semble donc exclure l'aspect de prendre soin, qui suppose maintenir la chose en l'état, la protéger envers et contre tous parce qu'elle doit être restituée. L'usufruitier semble ne vouloir que se contenter de jouir de l'utilité de la chose, mais si malencontreusement, la chose se perd, en jouira-t-il encore ? D'où il serait très opportun pour lui par exemple d'assurer le bien pendant la période de l'usufruit.

Ensuite, l'usufruit doit s'abstenir de détériorer les biens soumis à usufruit par exemple en épuisant les terres par l'inobservation des assolements ou le forçage des récoltes³. L'usufruitier est responsable à l'égard du nu-propiétaire de la perte de la chose par sa faute. Sa responsabilité se détermine selon le droit commun, c'est-à-dire in abstracto, en le comparant à un homme d'une intelligence et d'une attention moyennes⁴. A contrario, l'usufruitier n'est pas responsable de la perte arrivée par cas fortuit et sans sa faute.

Enfin, l'usufruitier doit maintenir à la chose la destination qu'elle avait avant l'usufruit, et la rendre dans le même état à l'extinction de son droit. En effet, un changement de destination serait directement contraire à l'obligation de conserver la chose. Il est donc traditionnellement admis que l'usufruitier ne peut transformer une maison d'habitation en hôtellerie, ou inversement ni des terres labourables en vignes ou vergers⁵.

En somme, l'usufruitier est responsable de la chose qui lui est confiée ; il doit en user conformément à l'utilité générale, dans une vue de conservation et de développement de la chose ; il n'est point maître de la transformer, de l'amoindrir,

¹ Req. 21 Mai 1930, DH 1930.346, DP 1932, 1. 111.

² A. CHAMOULAND-TRAPIERS, *loc.cit*, n°202.

³ *Ibid*, n°203.

⁴ T. Civ Saint-Omer, 15 avril 1892, DP 1893, 2.433.

⁵ A. CHAMOULAND-TRAPIERS, *loc.cit*, n°206.

de la dénaturer ; il ne peut diviser l'usufruit, de manière qu'un autre l'exploite, pendant que lui-même en recueille le produit ; en un mot, l'usufruitier est placé sous la surveillance de la société¹.

Le contenu de l'interdiction étant connu, il est loisible de rechercher par la suite sa portée.

2. La portée de l'interdiction

En principe, l'interdiction entraînant l'obligation de conservation consiste à user et à jouir d'un bien sans l'altérer. Au-delà de la distinction classique biens meubles et immeubles, elle sied à une nouvelle catégorie des biens dits biens durables. Un bien durable est un bien qui ne se consomme pas rapidement ou plus spécifiquement, dont l'utilité perdure dans le temps au lieu d'être épuisé en vue d'une seule utilisation². C'est une notion que l'on rencontre aujourd'hui en droit européen et notamment dans le code français de la consommation³ qui la définit en son article 12° comme la capacité d'un bien à maintenir les fonctions et performances requises dans le cadre d'un usage normal. L'on constate aujourd'hui, un engouement pour ces biens durables et partant réparables tributaire de la déclinaison de l'économie de fonctionnalité dont la logique « cycle de vie » vise l'optimisation de la gestion des biens et des matières sur l'ensemble du cycle de vie des produits sans que la profondeur de ces biens ne cède la propriété du produit⁴.

Cependant, il y a lieu de noter que l'interdiction de disposer le bien par l'usufruitier n'est pas absolue, elle dépend de la nature du bien en cause et de l'assiette de l'usufruit.

¹ W. MASTOR, J. BENETTI, P. EGEE, X. MAGNON : *Les grands discours de la culture juridique*, Préface de Robert Badinter, Dalloz, 2^{éd}, 2020, p.629.

² N. REBOUL-MAUPIN : « Droit des biens », Recueil Dalloz, 2022, p.1528.

³ Ordonnance n°2021-1734 du 22 décembre 2021 transposant la Dir.2019/2161/UE du parlement européen et du conseil du 27 novembre 2019 et relative à une meilleure application et une modernisation des règles de l'Union en matière des consommateurs.

⁴ N. REBOUL-MAUPIN : « Droit des biens », loc. cit, p.1528.

S'agissant du premier aspect, l'usufruitier est appelé à disposer des biens relevant du quasi usufruit qui se distingue de l'usufruit classique. Tandis que l'usufruit est établi sur des choses dont la jouissance n'altère pas la substance, le quasi usufruit au contraire, porte sur des biens dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains ou le vin¹. Le quasi usufruit, usufruit spécial, s'appelle encore l'usufruit des choses consommables. Ces dernières sont celles qui se consomment par le premier usage. Le quasi usufruit hérité du droit romain, est envisagé à l'article 587 du code civil aux termes duquel : « si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution »². Le législateur a bien différencié les choses consommables des biens se détériorant à l'usage. Ceux-ci sont des choses qui, sans se consommer de suite, se détériorent peu à peu par l'usage³. Le bien ainsi altéré, détruit est appelé à être restitué. Il s'agit donc d'une disposition d'un genre particulier, dans la mesure où le quasi-usufruitier ne peut laisser périr la chose. Il a l'obligation de procéder à l'emploi de choses consommables susceptibles de perdre leur valeur car, à défaut, il porterait atteinte à la substance de la chose⁴.

La portée de l'interdiction est aussi tributaire de l'assiette de l'obligation. L'usufruit peut porter sur une universalité de fait⁵ ou de droit⁶ qui s'assimile à un bien. Dès lors pourquoi adopter une autre qualification, celle d'universalité parce qu'il ne s'agirait pas d'un bien comme les autres, mais d'une unité abstraite⁷. Lorsque l'usufruit porte sur une universalité de fait, c'est celle-ci et non les biens qui la composent, qui forme l'assiette du droit et qui doit être conservée, en sorte

¹ A. CHAMOULAUD-TRAPIERS : « Usufruit », loc.cit, n°14.

² Ibid, n°293.

³ Article 589 du code civil.

⁴ A. CHAMOULAND-TRAPIERS, Usufruit, loc.cit, n°304.

⁵ L'universalité de fait est constituée d'un fonds de commerce ou d'un portefeuille de valeurs mobilières.

⁶ L'universalité de droit est constituée de tout ou partie d'un patrimoine.

⁷ A. S. FERMANEL DE WINTER : « Universalité de fait et universalité de droit, première partie », Revue juridique de l'Ouest, 2008-4, p.418.

que l'usufruitier dispose de pouvoirs élargis sur les biens qui la composent, il peut notamment en disposer. En revanche, lorsqu'il porte sur une universalité de droit, ce sont les biens qui la composent et non l'universalité elle-même qui forme l'assiette de l'usufruit, on est alors en présence d'un usufruit classique¹.

Il vient d'être constaté qu'une certaine tendance doctrinale², ou légale³ s'accroît à reconnaître à l'usufruitier le pouvoir de disposer, lequel est néanmoins toujours accompagné d'une obligation de restitution.

Malgré la tendance de porter les coups à l'interdiction de disposer du bien par l'usufruitier, une autre demeure intacte, celle qui consiste pour le nu-propiétaire de conserver le bien.

B. L'obligation faite au nu-propiétaire de conserver le bien

En cas d'usufruit constitué, le nu-propiétaire titulaire de l'abusus est appelé à veiller ou plutôt à contrôler la bonne conservation du bien par l'usufruitier. Il peut certes vendre le bien mais l'usufruitier ne pourra en être dépossédé avant l'arrivée à terme de l'usufruit. A titre de rappel, c'est ce dernier qui détient matériellement le bien, le nu-propiétaire ayant été dépossédé de l'usage et de la jouissance dudit bien. Ce rôle de veilleur attribué au nu-propiétaire par l'absence d'actes matériels sur la chose n'octroie instamment aucune valeur d'échange au bien. Il se contente de ne pas nuire à la jouissance de l'usufruitier en se contentant non seulement d'avoir un droit de regard sur l'utilisation du bien (1) mais aussi sur le respect de la destination de celui-ci (2).

1. Le droit de regard sur l'utilisation du bien

L'on ne devrait jamais oublier la réalité d'après laquelle l'usufruit n'est constitué que parce que c'est le propriétaire qui l'a voulu, ou plutôt que c'est parce que ce dernier a voulu répartir les utilités de son bien. Il n'est donc pas illogique que le législateur ait pensé, malgré le fait qu'il ait ponctuellement un droit indirect et

¹ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, op. cit., n°311, p.374.

² M. MEURISSE, *Le pouvoir de disposer*, Master en droit de l'Université de Liège, 2017/2018

³ *De lege lata*, article 587 code civil camerounais ; *De lege ferenda* article 596 du projet de réforme du droit des biens de l'Association Henri Capitant.

médiat sur la chose, qu'il bénéficie d'un droit de regard sur son bien à condition de ne pas nuire aux intérêts de l'usufruitier. Conformément à l'article 599 du code civil, le nu-proprétaire ne peut poser aucun acte matériel qui porte atteinte aux droits de l'usufruitier. Son droit de regard consiste donc à veiller au meilleur entretien du bien, aussi bien passivement qu'activement.

Passivement, le nu-proprétaire est investi d'un pouvoir de surveillance de l'usufruitier pour l'inciter à assumer à merveille ses obligations. Justement l'article 605 du code civil¹ le convie aux réparations d'entretien. Pour reprendre une formule classique, l'entretien recouvre tous les travaux qui ne sont ni de construction, ni de rétablissement². L'usufruitier au cours de la jouissance doit s'atteler à maintenir en l'état le bien. C'est d'ailleurs cette notion de « maintien en l'état » étant entendu qu'il s'agit de l'état d'origine qui a été retenu dans le projet de réforme du droit des biens notamment à l'article 578³. Il s'avère finalement que la délimitation des réparations d'entretien est une question de fait. Ont donc été considérés comme des dépenses d'entretien, le remplacement d'une chaudière de chauffage central⁴.

Activement, le nu-proprétaire est tenu aux grosses réparations de la chose⁵. Ce n'est d'ailleurs que logique, puisque le bien est appelé à lui être restitué. L'usufruitier et lui ont donc un intérêt commun à ce que le bien demeure en bon état jusqu'au recouvrement de la pleine propriété. Seulement n'ayant pas droit aux fruits de la chose, il néglige souvent d'accomplir cette obligation, ce d'autant plus que l'usufruitier principalement n'a aucun moyen, au cours de l'usufruit de le contraindre à s'exécuter. En contrepartie, le nu-proprétaire peut pendant la

¹ Article 605 du code civil dispose que : « l'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien, les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparation d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit duquel cas l'usufruitier en est aussi tenu ».

² A. CHAMOULAUD-TRAPIERS : Répertoire de droit civil, loc.cit, n°403.

³ Article 578 alinéa 2 : « L'usufruitier est tenu des autres travaux rendus nécessaires par le maintien en état de l'immeuble, ainsi que des dépenses périodiques ».

⁴ Trib. Civ. Seine, 11 mars 1936, DH.1936, 264, Gaz. Pal.1936, 2, Ss A. CHAMOULAUD-TRAPIERS n°

⁵ Article 606 du code civil : « Les grosses réparations sont celles de gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières ; celui des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier. Toutes les autres réparations sont d'entretien ».

durée de l'usufruit, contraindre l'usufruitier à effectuer les réparations d'entretien. Cette différence de traitement s'explique par l'obligation principale de l'usufruitier qui est de conserver l'immeuble¹. L'usufruitier devra donc compter prioritairement sur la bonne foi du nu-propiétaire que sur l'exécution spontanée de son obligation. Heureusement que *de lege ferenda* en droit comparé français, la collaboration dans la conservation des biens objet à usufruit, est une obligation d'intérêt commun pour le propriétaire et l'usufruitier². Le nu-propiétaire toujours dans ce projet de réforme doit s'arrimer à son obligation de faire les grands travaux³.

La surveillance sur l'utilisation du bien intègre également celle du respect de la destination du bien.

2. Le droit de regard sur le respect de la destination du bien

Le nu-propiétaire a aussi un droit de regard sur le respect de la destination réservée ou attribuée au bien. C'est l'une des manifestations de l'obligation de conservation du bien qui échoit prioritairement à l'usufruitier. Il n'est une fois de plus pas inutile de rappeler que c'est au nu-propiétaire qu'appartient l'initiative de la constitution de l'usufruit. Pour constituer un usufruit, il faut être propriétaire du bien qu'il s'agit de grever d'usufruit ou de manière générale, être titulaire d'un droit susceptible d'usufruit⁴. C'est donc lui qui a offert et donné l'orientation de l'utilité de la chose à l'usufruitier. Bien que cela ne soit pas expressément prévu par le code civil, l'usufruitier ne peut donner à la chose une autre destination que celle qu'elle avait lors de l'ouverture de l'usufruit, sauf à commettre un abus de jouissance⁵. Le nu-propiétaire est autorisé dans ce cas à s'y opposer farouchement. Dès lors, un immeuble qui aurait été destiné à la location ne

¹ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, op.cit, n°345, p.394.

² Article 577 alinéa 1 du projet français de réforme du droit des biens : « La conservation des biens objets de l'usufruit est une obligation d'intérêt commun pour le propriétaire et l'usufruitier ».

³ Article 578 alinéa 1 du projet de réforme français du droit des biens : « Sauf clause contraire : Le propriétaire est tenu des travaux concernant la structure et la solidité générale de l'immeuble et notamment ses éléments porteurs, la réfection intégrale de sa couverture, la reconstruction des ouvrages de soutènement et de clôture ou les digues ».

⁴ A. CHAMOULAUD-TRAPIERS : Répertoire de droit civil, loc.cit, n°45.

⁵ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, op.cit, n°331, p.383.

saurait se transformer plus tard en centre commercial. L'avant-projet français de la réforme du droit des biens met en exergue cette obligation de l'usufruitier à l'article 586 alinéa 1¹.

En cas de manquement à cette obligation, l'on se retrouverait dans l'hypothèse d'abus de jouissance. Cependant, il y a lieu de noter que les situations prévues par le législateur susceptibles d'entraîner la fin de l'usufruit pour abus de jouissance excluent cet aspect de la modification de la destination de l'usufruit. En effet justement, aux termes de l'article 618 du code civil alinéa 1, « l'usufruit peut aussi cesser par l'abus que l'usufruitier fait de sa jouissance, soit en commettant des dégradations sur le fonds, soit en le laissant dépérir faute d'entretien ». L'usage du verbe pouvoir et non devoir induit la faculté de la demande de cette sanction par le nu-propiétaire à qui le législateur laisse la faculté d'apprécier la situation. Dès lors, malgré cette exclusion sus-mentionnée, la modification de l'affectation du bien objet de l'usufruit, devrait être considérée comme une faute grave capable d'entraîner la fin de ce démembrement de propriété. L'on devrait généraliser tout acte de l'usufruitier de nature à compromettre la conservation et la restitution de la chose, comme un abus de jouissance donnant lieu à déchéance. Cette cause d'extinction de l'usufruit, qui apparaît comme une véritable peine civile, ne s'applique toutefois pas au quasi-usufruitier, puisque le quasi-usufruitier devenu propriétaire des choses peut en faire ce qui lui plaît². Par ailleurs, la prononciation de la déchéance recommande que le fait soit imputable à l'usufruitier personnellement. Il en résulte, notamment que la sanction de l'article 618 ne pourrait être prononcée pour dégradations commises par un tiers³.

Il vient d'être vu que les obligations de conservation et de contrôle ou de surveillance de la chose respectivement faites par l'usufruitier et le nu-propiétaire ôtent au bien toute possibilité d'être détruit, faute de titulaire de ce

¹ Article 586 alinéa 1 de l'avant-projet français de réforme du droit des biens : « L'usufruitier jouit du bien d'une manière conforme à sa destination, sans pouvoir en altérer sa substance »

² A. CHAMOULAUD-TRAPIERS : Répertoire de droit civil, loc.cit, n°486.

³ Ibid, n°488.

pouvoir. Cependant, il est possible de proposer un titulaire de ce pouvoir matériel de disposer.

II. Le possible titulaire du pouvoir matériel de disposer

Traditionnellement, le pouvoir de disposer matériellement de la chose, objet du droit échappe au propriétaire chaque fois qu'il consent un démembrement. La titularisation souhaitée est conditionnée par la conciliation, de valider le privilège matériel de disposer de la chose du nu-propriétaire et la mutation du statut de possesseur en détenteur précaire de l'usufruitier. Deux dispositions du code civil, les articles 578 et 599 en l'état rendent impossible cette titularisation, dans la mesure où l'une fait l'apologie de l'assimilation de l'usufruitier au propriétaire, et l'autre celle de la séparation étanche des droits de l'usufruitier et du nu-propriétaire. Dès lors, le pouvoir matériel de disposer du nu-propriétaire ne peut lui être octroyé qu'à la double condition d'arrêter non seulement cette assimilation (A), mais aussi d'arrêter l'autonomisation des deux droits réels en présence (B).

A. L'arrêt de l'assimilation de l'usufruitier au propriétaire

L'on voudrait démontrer qu'il y a une possibilité que le nu-propriétaire puisse aliéner son bien en cas d'usufruit constitué en se le réappropriant sans que l'on invoque une action de nuisance de jouissance. La réalisation de cette possibilité qui s'analyse par l'arrêt de la comparaison de l'usufruitier au propriétaire suppose d'une part une portée résiduelle de l'*animus* (1), et d'autre part un renforcement du caractère temporaire de l'usufruit (2).

1. Une portée résiduelle de l'*animus*

L'usufruitier est jusqu'ici un possesseur et l'*animus* est l'un des éléments constitutif de la possession. Il est question ici d'ôter dans l'esprit de l'usufruitier, l'intention de se comporter comme propriétaire tel que le prévoit la définition de l'usufruit donnée par l'article 578 du code civil par le biais de la fiction. Traditionnellement, ce terme désigne une construction ou une création de l'imagination, c'est-à-dire une invention dans l'espace de laquelle peut se

dérouler une narration, un récit. Ainsi conçues, les fictions peuvent être littéraires, cinématographiques voire juridiques. Dans cette dernière hypothèse, la rupture avec la réalité est alors singulièrement marquée et la force du procédé particulièrement forte car il s'agit, par un artifice relevant de la technique juridique, de supposer un fait contraire à la réalité et de « faire comme si »¹. L'atteinte à l'*animus* de l'usufruitier passe d'abord par la présentation de la controverse doctrinale entre Savigny et Ihering. Dans son *traité de la possession en droit romain*, Savigny a défendu la thèse d'après laquelle l'*animus* est l'élément qui permet de distinguer la possession de la détention. Si les possesseurs et détenteurs exercent des prérogatives sur le bien qui peuvent être identiques, ils ne sont pas animés d'une même intention. Le possesseur a l'intention de le faire en qualité de propriétaire alors que le détenteur n'a l'intention d'agir qu'en sa qualité de détenteur. Savigny opposait à cet égard l'*animus domini*, caractéristique de la possession, à l'*animus detinendi*, caractéristique de la détention². Cette thèse a été dénommée théorie subjective car elle attribue à la volonté une action prépondérante³. Ihering a défendu la thèse contraire dite objective, en donnant un autre sens à l'*animus* et en lui donnant une portée bien moindre. Selon lui, l'individu conscient, qui a une chose en son pouvoir a nécessairement l'intention d'exercer sur elle un droit⁴.

De cette confrontation doctrinale, pour que le nu-propriétaire puisse exercer son pouvoir matériel de disposer, il ressort qu'il est nécessaire de donner une moindre portée à l'*animus*, notamment à l'*animus domini* en décuplant l'*animus detinendi*. Par ailleurs, en annulant l'adverbe « comme » dans la préposition « comme un propriétaire » dans la définition de l'usufruit de l'article 578 du code civil, on ôte à l'usufruitier l'intention de se comporter comme le titulaire d'un droit réel, il se contentera d'être simplement détenteur précaire. Dès lors, la conséquence qui en découlera est la substitution du régime de la détention

¹ A-B CAIRE : « La place des fictions dans les sciences juridiques et criminologiques », Les Petites Affiches, Octobre 2022, p.16.

² C. GRIMALDI, *Droit des biens*, op.cit, n°725, p.679.

³ F. TERRE, Ph. SIMLER, *Droit civil, les biens*, 8^e éd., 2010, n°157, p.157.

⁴ Ibid, n°157, p.158.

précaire à celui de la possession. Il y a lieu de noter la particularité de l'usufruitier qui est en même temps détenteur précaire et possesseur pour son compte. Possesseur en tant qu'il exerce pour son compte le droit d'usufruit dont il se réclame, et détenteur précaire en ce qui concerne le droit de propriété qu'il ne prétend pas exercer¹. Mais dépourvu de *l'animus domini*, il ne bénéficiera jamais de l'usucapion.

En recommandant la perte de *l'animus domini* qui entraînerait la perte de la possession de l'usufruitier, l'on ne se trouvera pas dans l'hypothèse du constitut possessoire. Celui-ci suppose qu'une personne cesse d'avoir l'intention de posséder tout en continuant à exercer la maîtrise attachée à la possession². Cette personne avait au départ la possession du droit de propriété. Or l'usufruitier qui perdrait *l'animus domini* n'a jamais bénéficié du transfert de propriété à la constitution de l'usufruit. Dans cette optique, l'usufruitier érigé en détenteur précaire usera et jouira en bon père de famille, car il aura compris et intégré que la chose appartient à autrui, et qu'à tout moment, elle peut lui être retirée. Par conséquent, psychologiquement l'usufruitier se considérant comme un détenteur précaire, au moment de la reprise du bien par le nu-propiétaire, il ne saurait considérer cette action comme une nuisance à sa jouissance.

Cette vision des choses est une manière de renforcer le caractère temporaire de l'usufruit propice à consacrer le nu-propiétaire comme titulaire du pouvoir matériel de disposer.

2. Un renforcement du caractère temporaire de l'usufruit

L'usufruit a un caractère temporaire par essence tout autant que son caractère réel³, mais l'article 578 du code civil n'en dit rien. Le silence du législateur est quand même curieux dans un contexte où les choses devaient être clarifiées afin d'éviter les confusions de rôle. La consolidation du caractère temporaire de l'usufruit nécessite au préalable que l'on mette en exergue les manifestations

¹ Ibid, n°164, p.163.

² Ibid, n°161, p.162.

³ A. CHAMOULAUD-TRAPIERS : Répertoire de droit civil, loc.cit, n°439.

contemporaines de la propriété usufruituaire, et l'impact de la précarité de la détention.

Aujourd'hui, l'on dénombre plusieurs expressions de la propriété usufruituaire considérées comme des écarts nés de l'assimilation de l'usufruitier au nu-propiétaire, issue de l'incise de l'article 578 du code civil suivante « comme le propriétaire lui-même »¹. Celles-ci découlent du renforcement des pouvoirs reconnus à l'usufruitier, notamment la conversion de l'usufruit du conjoint en rente viagère ou de l'usufruit compensatoire², de l'usufruitier associé désormais en concurrence avec le nu-propiétaire, ou encore du dédoublement de la propriété. S'agissant particulièrement de la conversion de l'usufruit du conjoint vivant en rente viagère qui ne peut être décidée que par le juge³, la convention devra préciser les éventuelles sûretés consenties ainsi que le type d'indexation permettant de maintenir l'équivalence initiale de la rente et de l'usufruit⁴. Seulement, l'on peut penser à juste titre que l'usufruit viager est démesuré à raison de l'allongement de la durée de la vie humaine⁵. Le nu-propiétaire serait réduit au simple rôle de conservateur d'une propriété dont seuls ses descendants auront la jouissance⁶. Quant à l'usufruitier, l'on observe qu'il dispute la qualité d'associé au nu-propiétaire aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence. En doctrine, tantôt c'est le nu-propiétaire qui est considéré comme un associé insolite⁷, tantôt c'est l'usufruitier qui est considéré comme associé⁸, quand la qualité n'est pas disputée de manière ostentatoire entre les deux⁹. La jurisprudence quant à elle est versatile en attribuant de façon changeante la

¹ M.NICOD, « La quasi-propiété de l'usufruitier ou la propriété usufruituaire », in Droit et Ville, tome 61, 2006, Colloque qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat, loc.cit, p.274.

² St. DAVID, « La prestation compensatoire et les droits démembrés de propriété », AJ Famille, 2004, n°166.

³ Article 761 du code civil.

⁴ A. CHAMOULAUD-TRAPIERS : Répertoire de droit civil, loc.cit, n°501.

⁵ St. H. DELMAS, « Usufruit et famille : incidences successorales », LPA 28 avr. 1999, n°84, p.89, cité par A. CHAMOULAUD-TRAPIERS : Répertoire de droit civil, loc.cit, n°8.

⁶ GRIMALDI, « Démembrement de propriété, vulnérabilités et parades », Dr.et patr. 1995, n° spéc. 1 et 2, p.27 s., cité par A. CHAMOULAUD-TRAPIERS : Répertoire de droit civil, loc.cit, n°8.

⁷ L. GODON, « Un associé insolite : le nu-propiétaire de droits sociaux », Revue des sociétés, n°3, 2010.

⁸ F. AUCKENTHALLER, « L'associé usufruitier », Droit des sociétés, n°8-9, Août 2014, étude 14.

⁹ M. COZIAN : « Du nu-propiétaire ou de l'usufruitier, qui a la qualité d'associé ? » JCP E, 1994/1.

qualité d'associé non seulement à l'usufruitier, timidement¹ et péremptoirement², mais aussi au nu-proprétaire³. Le dédoublement de la propriété serait une conséquence de cet écart sus évoqué qui donnerait naissance à deux quasi propriétés qui s'exerceraient simultanément sur la chose : celle du nu-proprétaire qui ne peut être comprise comme une véritable propriété mais qui s'inscrit dans la perspective d'une réunification des prérogatives de propriété et celle de l'usufruitier qui n'est plus une vraie propriété, mais qui en présente certains caractères liés à la jouissance immédiate du bien⁴.

La précarité induit la brièveté dans la détention quand on connaît aussi l'emprise du temps sur le droit, surtout le temps dans sa dimension présent. Celui-ci est à la fois *instant* et *durée*⁵. Le rôle le plus fréquemment attribué à *l'instant* est de marquer la naissance des droits⁶. Plus l'usufruitier possesseur a la maîtrise du bien, plus il a l'illusion d'acquiescer tacitement un droit. Or devenu détenteur précaire, il est conscient à l'instant où il prend la jouissance du bien qu'il ne l'acquerra jamais, qu'aucun droit ne naîtra aussi longtemps que se prolongerait la détention. En d'autres termes, il n'y aura jamais d'usucapion. Le droit est aussi attentif à la durée⁷, il craint la perpétuité en ce qu'elle constitue une aliénation anticipée du futur⁸. C'est ainsi qu'il est approprié d'interdire une assimilation de l'usufruitier au propriétaire, qui par la puissance du temps risque se considérer comme propriétaire.

S'agissant particulièrement de l'usufruitier personne physique, il peut arriver que ce soit le nu-proprétaire lui-même qui crée des situations pour rallonger à l'infini

¹ Cass. 3^e Civ, 16 nov. 2011, n°10-19538, SCI Les Laurentines des Pugets, Bull. Joly Sociétés n°2, 2012.

² F. X. LUCAS : « La qualité d'associé de l'usufruitier de parts sociales (A propos de l'arrêt Cass 3^e civ 29 nov. 2006) Chron, Bull. Joly, Sociétés, n°8-9, 2007, p.923 et svts.

³ Y. STRICKER, « Usufruit et droits d'associé », Cass. Avis 1^{er}, dec. 2021, n°20-15.164, in Droit des Biens, Recueil Dalloz, 2022.

⁴ M.NICOD, « La quasi-propriété de l'usufruitier ou la propriété usufructuaire », in Droit et Ville, tome 61, 2006, Colloque qu'en est-il de la propriété ? L'appropriation en débat, loc.cit, p..279.

⁵ S. DAVID-CONSTANT : « Le temps et le droit », Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques, tome 6, n°7-12, 1995, p.529.

⁶ Ibid, p.529.

⁷ Ibid, p.531.

⁸ Ibidem.

la durée de l'usufruit. C'est le cas des usufruits successifs et simultanés qui constituent des tempéraments à l'extinction de l'usufruit. La première hypothèse induit de constituer un usufruit sur plusieurs têtes successivement, par le jeu d'une réversion¹. La seconde hypothèse quant à elle permet de constituer un usufruit sur plusieurs têtes simultanément, ce qui a pour effet de créer une indivision en usufruit². Il était opportun de mettre en exergue ces spécificités usufructuaires initiées par le nu-propiétaire afin de l'éviter d'être frappée par la règle *nemo auditur*.

En fin de compte, lorsqu'un usufruitier devient un détenteur précaire, cette précarité intégrée psychologiquement ne devrait pas causer de problème en cas de restitution du bien par le nu-propiétaire. La nuisance de jouissance ne pourrait être évoquée en cas du respect du protocole ou de la procédure de restitution paisible qui pourrait débiter par une mise en demeure. Le constat est évident, la définition de l'usufruit issue de l'article 578 s'en trouve fondamentalement modifiée avec le retrait de l'incise « comme le propriétaire lui-même ». L'usufruit s'entendrait à ce niveau comme le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété, mais à la charge d'en conserver la substance.

En sus d'arrêter l'assimilation de l'usufruitier et du nu-propiétaire, la dépendance de deux droits réels en présence œuvre aussi en faveur de l'instauration d'un titulaire du droit de disposer matériellement de la chose.

B. L'arrêt de l'autonomie des droits réels en présence

Selon l'analyse traditionnelle, l'usufruit se caractérise par la coexistence sur un même bien de deux droits réels de nature différente. Conséquence de cette approche, l'indépendance de l'usufruitier et du nu-propiétaire forme la base de leurs rapports³. Permettre au nu-propiétaire de récupérer son bien à tout moment en arrêtant cette autonomie, est envisageable en appliquant à l'usufruit

¹ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, Op.cit, n°356, p.399.

² Ibid, n°356, p.400.

³ TERRE et SIMLER, *Les biens*, n°781, cité par H. CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *in* Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Dalloz, 13^e éd., 2015, p.452.

non seulement le régime de l'indivision dans certaines conditions (1), mais en consacrant définitivement l'interdépendance de ceux-ci (2).

1. L'application possible du régime de l'indivision

Le code civil ne définit pas l'indivision et se contente de disposer que « nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires »¹. L'indivision est la situation de principe dans laquelle se trouvent plusieurs personnes exerçant un même droit réel sur un même bien. Elle est le plus souvent le résultat d'une situation fortuite qui rapproche des personnes, telle l'ouverture d'une succession ou qui, au contraire les éloigne, telle la dissolution d'une communauté conjugale par un divorce. C'est ce qui fait qu'elle n'ait pas vocation à durer². Le fait que dans l'usufruit, les droits des nu-proprétaires et ceux des usufruitiers ne soient pas de même nature fait que les dispositions sur l'indivision ne s'appliquent pas à leurs rapports. Qu'à cela ne tienne, l'on peut imaginer une hypothèse dans laquelle l'indivision pourrait jouer.

En effet, la situation dans laquelle une personne pourrait être *simultanément* co-usufruitière et nu-proprétaire constitue la seule possibilité de lui appliquer le régime de l'indivision. En mettant sur sa tête la vocation à la propriété et à la jouissance par convention, cette personne pourra disposer matériellement du bien au regard du particularisme du droit de préemption qui lui sera appliqué et qui en constituera un moyen de contournement pratique de redevenir propriétaire. On aura donc d'une part une indivision pour la jouissance, et une nue-proprété d'autre part³. La règle prévoira qu'un usufruitier ne pourra acquérir une part en nue-proprété que si aucun nu-proprétaire ne s'en porte acquéreur ; à l'inverse, un nu-proprétaire ne peut acquérir une part en usufruit que si aucun usufruitier ne s'en porte acquéreur⁴. Dès lors l'usufruitier-nu-proprétaire, pourra facilement acquérir la pleine propriété lorsque son co-usufruitier manifestera

¹ Article 815 code civil.

² C. GRIMALDI, *Droit des biens*, op.cit, n°451, p.462.

³ A. CHAMOULAUD-TRAPIERS : Répertoire de droit civil, loc.cit, n°119.

⁴ A. CHAMOULAUD-TRAPIERS : Répertoire de droit civil, loc.cit, n°116.

l'intention de céder son droit en acquérant en tant que nu-proprétaire. Pareillement le nu-proprétaire-usufrutier pourra redevenir intégralement propriétaire de son bien lorsque faisant jouer sa qualité d'usufruitier, il acquiert le droit cédé par son co-usufrutier. Peu importe la situation qui pourrait arriver, les deux dimensions de l'abusus, l'aspect matériel et l'aspect juridique se retrouveront réunis facilement entre ses mains. Ce n'est pas d'ailleurs une solution isolée ou inédite. L'avant-projet de réforme du droit des biens de l'Association Henri CAPITANT prévoit justement que l'usufruit s'éteint entre autres, lorsqu'il y a réunion des qualités de l'usufruitier et du nu-proprétaire¹

Un exemple peut bien illustrer cette hypothèse. Le code civil dispose que le conjoint survivant non divorcé qui ne succède pas à la pleine propriété et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée a sur la succession du prédécédé, un droit d'usufruit qui est d'un quart, si le défunt laisse un ou plusieurs enfants issus du mariage². Il renchérit en affirmant que mais l'époux survivant ne pourra exercer son droit que sur les biens dont le prédécédé n'aura disposé ni par acte entre vifs, ni par acte testamentaire, et sans préjudicier aux droits de réserve ni aux droits de retour³. L'on remarque aisément que le conjoint survivant est *simultanément* co-usufrutière d'un quart au même titre que les héritiers de trois quart, lesquels sont également nu-proprétaire des biens de leur parent prédécédé.

L'absence d'autonomie de ces deux droits réels entraînant la révélation de l'identité du titulaire de disposer matériellement de la chose, suggère aussi de rendre ces derniers interdépendants.

2. L'interdépendance possible des droits

L'article 599 du code civil dispose que : « le propriétaire ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier » affirmant

¹ Article 595 des propositions de réforme du Livre du droit des biens de l'Association Henri CAPITANT.

² Article 767 alinéa 3 du code civil.

³ Article 767 alinéa 7 du code civil.

l'autonomie entre les droits de l'usufruitier et du nu-propiétaire. Cependant, l'on constate que cela n'empêche une corrélation entre les deux droits, leur attribuant une certaine interdépendance empreinte d'une subtile supériorité du nu-propiétaire induisant que ce dernier est le véritable titulaire du droit matériel de disposer. Bien plus, la jurisprudence française a très tôt relevé que cette indépendance a été éprouvée par l'entretien de la chose grevée d'usufruit. En effet, elle a conféré au nu-propiétaire seul, la possibilité de contraindre l'usufruitier à accomplir les réparations lui incombant en cours d'usufruit et non l'inverse¹. Par quel mécanisme juridique le nu-propiétaire pourrait-il disposer matériellement de son bien détenu par l'usufruitier ? Avant d'y répondre nous inclinons à présenter d'une part que le droit de jouissance de l'usufruitier est limité par l'abus du nu-propiétaire, tandis que l'obligation de conservation de la chose limite la jouissance de l'usufruitier.

Le droit de jouissance est limité par l'abus du nu-propiétaire de deux manières dans ses composantes, non seulement à travers l'usus, mais aussi à travers le fructus. Le droit d'user n'est pas expressément prévu par le code civil, il apparaît au préambule de la constitution lorsqu'il y est défini la propriété. Encore appelé *jus utendi*, positivement le droit d'user est le droit d'utiliser la chose, d'en retirer le ou les services répétés qu'elle est susceptible de procurer à l'usage. Dans son aspect matériel, cet attribut permet au propriétaire de se servir lui-même personnellement et individuellement de l'objet de son droit. Dans son aspect juridique, il autorise le maître à décider du rôle, de l'emploi désiré pour son bien, rôle qui pourra être ou ne pas être conforme à la destination naturelle de celui-ci². Négativement, le droit d'user signifie aussi le droit pour le propriétaire de ne pas se servir de la chose. C'est donc par l'initiative du propriétaire lui-même que l'usufruitier en vient à user de la chose, unique titulaire de disposer de son droit d'user. L'usage de la chose qui sera donc fait par l'usufruitier devra donc respecter la destination imposée par le nu-propiétaire. Il y a lieu de noter que la

¹ Civ. 27 Juin 1825, Lautour c/ Delunel, CAPITANT, F. TERRE, Y. LEQUETTE, *in* Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Op.cit, p.449.

² F. FRENETTE : « Du droit de propriété, certaines de ses dimensions méconnues », loc.cit, p.445.

privation volontaire de l'usage de la chose par le nu-proprétaire ne le prive pas de la qualité de propriétaire, car il a vocation à recouvrer ledit usage à la fin de l'usufruit.

Le droit de jouir a été consacré à l'article 582 du code civil qui dispose que l'usufruitier a le droit de jouir de toute espèce de fruits, soit naturels, soit industriels, soit civils que peut produire l'objet dont il a l'usufruit. Encore appelé jus *fruendi*, positivement il renvoie au droit de percevoir les fruits de la chose, de recueillir ce qu'elle donne périodiquement et sans altération sensible de substance. L'aspect matériel de cette faculté permet au propriétaire de poursuivre une politique de faire valoir direct pour prélever lui-même les fruits naturels et industriels donnés par son bien, c'est-à-dire ceux produits spontanément ou suite à l'intervention de l'homme. Dans son aspect juridique, il autorise le maître à pratiquer le faire-valoir indirect pour percevoir les fruits civils, c'est-à-dire les revenus périodiques provenant de la cession d'un droit de jouissance sur le bien¹. Négativement, ce droit de jouissance est le droit pour le propriétaire de ne tirer aucun fruit, aucun profit de la chose. Pendant cette période ponctuelle pendant laquelle il est privé de jouissance, il en demeure le véritable propriétaire, car ayant vocation à retrouver la pleine propriété.

L'obligation de conservation limite la jouissance de l'usufruitier à travers les attitudes ou les comportements imposés à ce dernier par une jouissance non seulement *en bon père de famille* mais aussi au respect de l'intégrité de la chose à restituer.

La référence au « *bon père de famille* » dicte la conduite à tenir de l'usufruitier. L'usufruitier n'est pas chez lui, et il doit respecter les droits du maître qui reviendra chez lui². A ce titre, il a l'obligation d'assurer la conservation du bien, en faisant tous actes matériels et juridiques qu'un homme soigneux a coutume de faire pour la conservation des biens³. C'est dans cette optique qu'il est tenu

¹ Ibid, p.446.

² MEMETEAU, *Droit des biens*, Paradigme, 2012, p.162.

³ A. CHAMOULAUD-TRAPIERS : Répertoire de droit civil, loc.cit, n°199.

d'accomplir tous les actes conservatoires requis, à l'instar d'interrompre les prescriptions qui courent contre le nu-propiétaire ou veiller au renouvellement des inscriptions hypothécaires pour éviter leur péremption. Tous ces actes ont pour objectif de préserver la consistance du bien grevé en usufruit, car ayant vocation à être restitué au nu-propiétaire à son extinction.

La référence au *respect de l'intégrité de la chose* renvoie à la conservation de la substance de la chose et au maintien de la destination de la chose. L'usufruitier doit s'abstenir de détériorer les biens soumis à usufruit par exemple en épuisant les terres par l'inobservation des assolements ou le forçage des récoltes¹. Il est par conséquent responsable de la perte de la chose par sa faute. Par ailleurs, l'usufruitier doit maintenir à la chose la destination qu'elle avait avant l'usufruit et la rendre dans le même état à l'extinction de son droit. Mais il est admis depuis longtemps que l'usufruitier a le droit d'adapter sa jouissance aux transformations que les facteurs économiques et sociaux ont fait subir à la substance de la chose².

On le voit, ce droit de jouissance qui induit la conservation du bien par l'usufruitier, a en filigrane l'interdiction d'accomplir des actes de disposition sur la chose grevée. Le bien doit être conservé parce qu'il doit être restitué au véritable propriétaire. En conséquence, le constat est clair, le droit de jouissance est relatif tandis que l'abusus du propriétaire est absolu. Par ailleurs, le droit de jouissance induit la sobriété ou la modération dans son exercice.

Répondre à la question sus posée impose un rappel de certains acquis. Il y a lieu de rappeler utilement la définition de l'usufruit comme le droit réel d'user et de jouir d'un bien appartenant à un autre à charge d'en conserver la substance. Il y a aussi lieu de rappeler à juste titre les modalités de constitution de l'usufruit qui se déclinent en l'établissement par la loi, le fait de l'homme, la prescription acquisitive ou encore la décision de justice.

¹ A. CHAMOULAUD-TRAPIERS : Répertoire de droit civil, loc.cit, n°203.

² A. CHAMOULAUD-TRAPIERS : Répertoire de droit civil, loc.cit, n°208.

Dans la logique qui est la nôtre, il est opportun de rejeter l'usufruit légal, la prescription acquisitive et l'usufruit judiciaire, dans la mesure où ces modalités de constitution de l'usufruit l'imposent et réduisent à la portion congrue la volonté congrue, quand elle n'existe pas tout simplement. Le fait de l'homme, expression de sa volonté, demeure donc le seul mode de constitution de l'usufruit compatible avec le pouvoir matériel de disposer du nu-propiétaire, à la seule condition qu'il résulte d'un acte juridique unilatéral. Acte juridique, car résultant d'un accord de volonté en vue de créer des effets de droits entre l'usufruitier et le nu-propiétaire. Il sera simultanément un acte unilatéral et un contrat unilatéral. L'unilatéralité de l'acte après moult controverses doctrinales quant à son effet créateur d'obligation¹, a été consacrée en droit français dans l'ordonnance du 10 février 2016, et a introduit le nouvel article 1100-1², et obéissant aux règles générales du droit des contrats³. Dès lors, l'expression de l'unique volonté du nu-propiétaire constituera l'usufruit, en octroyant à l'usufruitier de manière exclusive la double charge de conserver le bien en l'état, et de le restituer au nu-propiétaire dès qu'il en fait la demande. La définition de l'usufruit sus donnée s'en trouvera donc modifiée. Celui-ci s'entendra désormais comme le droit réel d'user et de jouir d'un bien appartenant à un autre à charge d'en conserver la substance et de le restituer dès que ce dernier en fait la demande.

Conclusion

Il vient d'être analysé la question de la recherche du titulaire du pouvoir matériel de disposer en cas d'usufruit constitué. Une réalité constante en découle naturellement. Celle-ci renvoie à la conception d'après laquelle le pouvoir matériel d'aliéner le bien n'appartient à personne, ni au nu propriétaire, ni à l'usufruitier, dévalorisant ainsi le bien pendant toute la durée de l'usufruit. Les

¹ S. PORCHY-SIMON : *Droit des obligations 2022, Coll. Hyper Cours*, 14^e éd., Dalloz, n°36, p.25.

² Nouvel Article 1100-1 du code civil français issu de l'ordonnance du 10 février 2016 : « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux ».

³ Nouvel article 1100-1 alinéa 2 du code civil français issu de l'ordonnance du 10 février 2016 : Ces « actes obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs validités et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ».

deux parties se contentant pour le bénéficiaire du démembrement à conserver le bien, tandis que son constituant se limitant à surveiller ladite conservation. Il a donc été suggéré que la titularisation possible de ce pouvoir de détruire n'était possible qu'à la double condition d'admettre non seulement un arrêt de l'assimilation de l'usufruitier au nu-propriétaire, mais aussi un arrêt de l'autonomie des droits réels en présence mettant en exergue des droits de nature différente. Le but poursuivi ici étant de concilier les intérêts du nu-propriétaire et de l'usufruitier, tout en permettant au premier dessaisi d'aliéner matériellement son bien s'il le désire sans rencontrer d'entrave.

L'obligation de bien se comporter dans un processus de médiation OHADA

Alain-Douglas WANDJI KAMGA¹ - Docteur en Droit, Université de Limoges et
Université de Yaoundé II Maître-Assistant CAMES - Chargé de Cours à la FSJP de
l'Université de Yaoundé II

¹ alaindouglas1@yahoo.fr

RESUME

En fournissant des règles de conduite, le droit gouverne le comportement et la vie des Hommes en société. C'est le cas de l'Acte uniforme OHADA relatif à la médiation, dont l'examen a conduit à se demander s'il soumet les différentes parties prenantes à un certain comportement. La médiation, comme d'autres modes alternatifs de règlement de différends (MARD), présente une double nature contractuelle et procédurale. L'Acte uniforme contient plusieurs exigences à la charge des parties prenantes.

Cette étude permet d'identifier, non seulement les exigences favorables au bon déroulement de la médiation, mais aussi celles qui conditionnent l'heureux dénouement. L'analyse qui en révèle la richesse, suscite certes plusieurs interrogations. Il n'en demeure pas moins vrai que, l'efficacité du processus de médiation OHADA dépend en grande partie du comportement des parties prenantes. Ce travail souligne l'importance et les fondements d'une telle obligation, tant pour les médiés, le médiateur que tout autre tiers au processus. Il en dévoile le périmètre contractuel et l'expression procédurale et conclut que le législateur OHADA voudrait imposer une façon d'agir et d'être aux différents acteurs.

Autant l'obligation se trouve « *au centre de toute activité humaine, quelle qu'en soit la nature*¹», autant le droit contemporain est devenu « *de moins en moins insensible à la manière d'être et d'agir des personnes dont il organise les liens volontaires* »². Ainsi, le droit des contrats s'est progressivement familiarisé au comportement du contractant, faisant peser sur chaque personne qui s'engage dans les liens d'un contrat, des exigences relatives à la façon dont il convient de se comporter³. Pour apprécier l'opportunité ou le degré de réparation en matières contractuelle ou délictuelle, on ne se pose plus seulement la question de savoir « *si le créancier ou la victime est à l'origine de son dommage, mais aussi de savoir ce qu'il ou elle a fait pour limiter, « minimiser » ou « modérer » le préjudice subi ou le gain manqué* »⁴. Dans le droit des procédures, le principe de loyauté procédurale, formellement absent des dispositions du Code de procédure civile (CPC) sur les principes directeurs du procès, est aujourd'hui consacré comme devant dicter le comportement des parties au procès civil⁵. Malgré la réticence d'une partie de la doctrine⁶, la réflexion se poursuit⁷. La loyauté procédurale se trouve renforcée par la création de nouvelles obligations, assorties de sanctions⁸.

¹ ANOUKAHA (Fr.), « Rencontres », *L'obligation, Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE*, sous la direction de Fr. ANOUKAHA et A.D. OLINGA, Yaoundé, l'Harmattan, 2015, p. 35.

² FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, thèse publiée, PUAM, 1997, p. 27.

³ FAGES (B.), *Ibid*, p.28. Selon l'auteur, le processus contractuel ne se résume plus à une succession de phases à franchir quelle que soit la manière. Il implique un comportement de circonstance, une façon d'être appropriée à cette situation assez particulière qu'est la relation contractuelle, un comportement de bon contractant.

⁴ AKAM AKAM (A.), « L'obligation de minimiser le dommage », *L'obligation, Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE*, op.cit. p.67.

⁵ Se fondant sur les articles 9 et 16 du CPC français, ainsi que de l'article 6 (1) de la Convention européenne des droits de l'Homme, la jurisprudence a pu dégager une véritable obligation processuelle de loyauté pour les parties, affirmant que « *le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats* » (Cass.1^{ère} civ. 7 juin 2005, n°05-60044 : Bull. civ. I, n°241) et retenant l'existence d'un « *principe de loyauté dans l'administration de la preuve* » (Cass. ass. plen., 7 janv. 2001, n° 09-14667 et n° 09-14316).

⁶ MINIATO (L.), « L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », *Dalloz* 2007, p. 1035 (pour qui ce principe serait « *inutile* », « *inopportun* » et « *incohérent* » ; PERROT (R.), « La loyauté procédurale », *RTD civ*, p. 151 (il fait une analyse critique du principe) ; LAMY (B.), « La loyauté, principe perturbateur des procédures », *JCP G* 2011, doctr. 988.

⁷ BADJI (P.S.A), « Réflexions sur l'obligation de bien se comporter dans le procès civil sénégalais », *L'obligation, Etudes offertes au Professeur Paul-Gérard POUGOUE*, op.cit., pp. 111-134.

⁸ AKYUREK (O.) et CARTIER-MARRAUD (M-L), « La consécration du principe de loyauté procédurale, une nouvelle proposition émise dans le rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile », publié le 11/08/2018, <https://www.actu-juridique.fr/civil/la-consecration->

En effet, si le droit délimite, attribue et organise¹, une règle juridique donnée peut aussi susciter d'autres ou imposer des comportements nécessaires à son parfait accomplissement. Pour ce qui est de la médiation², mode amiable et adapté pour les parties qui souhaitent résoudre leurs différends par la conclusion et l'exécution d'un accord reflétant leurs volontés³, le processus global est complexe en raison de sa double nature contractuelle et procédurale. L'issue dépendra aussi du comportement des parties prenantes. D'où l'intérêt d'une réflexion sur l'obligation de bien se comporter dans un processus de médiation OHADA.

En général, l'obligation renvoie à un lien moral qui impose quelques devoirs concernant la religion, la morale ou la vie civile, et par lequel on est tenu de faire, de donner quelque chose, ou pas⁴. Juridiquement, l'obligation est « *un lien de droit qui unit au moins deux personnes et en vertu duquel l'une (le débiteur) est astreinte à fournir à l'autre (le créancier) une prestation quelconque* »⁵. Elle peut être civile ou naturelle. La première confère au créancier un pouvoir de contrainte, alors que la seconde renvoie juste à un devoir de conscience envers autrui⁶.

Selon le Larousse, « *se comporter* » est un verbe pronominal qui signifie, « *se conduire de telle ou telle façon, avoir tel type de comportement* »⁷. Dans le discours juridique, le comportement renvoie aussi à l'activité « *objectivement observable* » de l'homme en général, à une « *manière de se comporter, manière*

du-principe-de-loyaute-procedurale-une-nouvelle-proposition-emise-dans-le-rapport-sur-lamelioration-et-la-simplification-de-la-procedure-civile/ consulté le 12/01/2023.

¹ JESTAZ (Ph.), *Le droit*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1992, p.7 et s.

² Il s'agit de l'Acte Uniforme OHADA relatif à la médiation (AUM) adoptée le 23 novembre 2017 à Conakry en Guinée, entré en vigueur le 15 mars 2018.

³ AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.-M.), *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en OHADA (OHADA)*, EJA, LGDJ, 2018, p. 270.

⁴ https://www.lexilogos.com/francais_dictionnaire.htm et <https://www.cnrtl.fr/definition/obligation>. Chacun doit remplir ses obligations, les satisfaire ou veiller à leur respect.

⁵ RAMPARANY (H.) et SCATTOLIN (A.), *Le droit des obligations en tableaux*, Paris, Ellipses, 2019, p.8. Ladite prestation peut être soit un fait, soit une abstention.

⁶ Voir, Civ. 1^{ère}, 19 mars 2002, n°99-19472 qui retient que l'obligation naturelle qui peut « *naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution* » ne fait pas l'objet d'exécution forcée.

⁷ <https://www.larousse.fr>, définition du mot comporter.

d'être ou d'agir d'une personne »¹. C'est une certaine façon d'être ou de réagir². Bien se comporter signifie donc bien se conduire et honorer ses obligations juridiques de manière satisfaisante. Dans un processus de médiation, les parties prenantes sont tenues tantôt d'une obligation de moyen, tantôt d'une obligation de résultat. La première s'applique au médiateur qui doit uniquement mettre en œuvre tous les moyens indispensables à la bonne réalisation de la médiation³. Selon les cas, le médiateur et les parties sont tenus de la seconde, notamment lorsqu'ils sont appelés à révéler ou à ne pas révéler un secret⁴.

Aux termes de l'article 1^{er} (a) de l'AUM, « le terme « médiation » désigne tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après le « différend ») découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des Etats »⁵. La médiation peut être conventionnelle⁶ ou judiciaire, ad hoc ou institutionnelle⁷. Bien entendu, les cas dans lesquels un juge ou un arbitre, pendant une instance judiciaire ou arbitrale, tente de faciliter un règlement amiable directement avec les parties ne seront pas examinés dans ce travail⁸. La médiation se distingue

¹ FAGES (B.), op.cit. p. 16.

² Ibid.

³ Il reviendra aux médiés qui le souhaitent, de démontrer une faute dans l'exécution.

⁴ Pour ce qui est le principe de la confidentialité, par exemple, il suffit de constater la révélation ou non d'un secret ou d'une information confidentielle pour engager la responsabilité du débiteur. Ce dernier ne pourra s'affranchir des conséquences de l'inexécution de l'obligation qu'en invoquant une cause étrangère

⁵ Au Sénégal, le législateur distingue entre le conciliateur qui peut donner un avis ou proposer une solution, et le médiateur qui doit se borner à aider les parties à trouver elles-mêmes la solution (article 1^{er} Décret 2014-1653 du 24 décembre 2014) ; les législateurs Burkinabè et Ivoiriens ne parlent que de la médiation. Voir la Loi n°052-2012/AN du Burkina dont l'article 1^{er} parle de la médiation en matière civile et commerciale ; Loi n°2014-389 du 20 juin 2014 en Côte d'Ivoire qui vise la médiation judiciaire et conventionnelle. Le législateur OHADA a repris à son compte la solution retenue dans la loi-type de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

⁶ Voir HUCHET (G.), *La clause de médiation*, thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 2007, n°18 ; TCHAMGWE (I.), « La médiation conventionnelle dans l'espace OHADA », *Revue du droit des affaires en Afrique (RDDA)*, Regard, Décembre 2019, 17 p.

⁷ Voir l'article 1 al. 2 de l'AUM.

⁸ Pour la simple raison qu'ils sont exclus du champ d'application de la médiation OHADA.

des autres MARD, notamment l'arbitrage¹ auquel on fera souvent appel à titre de comparaison pour enrichir la réflexion. Comme ce dernier, la médiation ne peut être démarrée que s'il existe au préalable une convention entre les parties à l'effet de légitimer le recours à ce mécanisme. A défaut, l'invitation adressée à l'autre partie à s'engager dans la voie de la médiation est similaire au compromis d'arbitrage².

Le processus de médiation³, modèle en matière de justice contractuelle, se trouve ainsi au carrefour du droit des obligations et du droit processuel qui en constituent les charmants ingrédients. Justice dans le contrat ou justice par le contrat ? Les deux se tiennent le long du processus de médiation OHADA et imposent des attitudes et des manières d'être et d'agir précises à toutes les parties prenantes⁴, sous peine de sanctions⁵. Par exemple, les médiés qui ont voulu soumettre leur différend à un médiateur doivent se respecter, honorer leurs engagements contractuels et exécuter, de bonne foi⁶, l'accord issu de la médiation. Le médiateur qui accepte de les accompagner dans la recherche d'une solution concertée doit faire preuve de professionnalisme, être disponible, patient, intègre et modeste. Faisant montre d'un sens élevé d'écoute, il doit parler peu et respecter la volonté des parties. Au plan processuel outre les principes directeurs⁷ consacrés par l'AUM, il faut observer ceux de loyauté, d'équité, de coopération, le délai raisonnable, etc. L'analyse de tous ces éléments indispensables à divers stades du processus de médiation pose divers

¹ Ce MARD est règlementé par l'Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage (AUA) révisé et adopté le 23 novembre 2017 à Conakry.

² TCHAMGWE (I.), *ibid.* pp. 7-8.

³ Contrairement à la procédure de médiation qui « *débute le jour où la partie la plus diligente met en œuvre toute convention de médiation écrite ou non* » (article 4 al.1 de l'AUM), le processus de médiation (largement entendu) intègre la convention ou la clause de médiation, et la procédure proprement dite qui peut aboutir à la conclusion d'un accord de médiation et à son exécution.

⁴ Il s'agit ici du ou des médiateurs (personnes physiques), des médiés (parties en conflit), mais aussi des autres intervenants tels que le juge compétent qui accorde l'homologation ou l'exequatur.

⁵ Les sanctions peuvent être civiles, pénales ou disciplinaires (lorsque le médiateur dépend d'une institution).

⁶ Voir l'article 1134 al.3 du Code civil.

⁷ L'article 8 de l'AUM décline les principes directeurs de la médiation : le respect de la volonté des parties, l'intégrité morale, l'indépendance et l'impartialité du médiateur, la confidentialité et l'efficacité du processus de médiation, le respect des règles d'ordre public.

problèmes dont celui de l'appréhension de la notion de comportement par l'AUM.
Concrètement, existe-il une obligation faite aux parties prenantes de bien se comporter dans un processus de médiation OHADA ?

Cette question est intéressante dans la mesure où elle permet non seulement d'identifier, mais de caractériser une telle obligation et d'en apprécier le contenu. La doctrine s'étant déjà penchée sur le cadre juridique de la médiation OHADA¹ ainsi que quelques questions de fond telles que celle de la liberté des parties², celle relative au comportement des acteurs du processus mérite d'être explorée. Pour y répondre, il faudrait considérer la double nature de la médiation³. L'obligation de bien se comporter repose ainsi sur deux fondements dont il convient de préciser les contours et la portée. Le succès d'un processus de médiation OHADA sera tributaire du respect d'un certain nombre de règles contractuelles et procédurales par tous les acteurs. Ainsi, tirant ses origines de la matière contractuelle⁴, la loyauté renvoie soit à la sincérité dans la formation du contrat, soit à la bonne foi dans son exécution. Quoique controversée lors de

¹ BLOHORN-BRENNEUR (B.), *La médiation pour tous dans l'espace OHADA et en Afrique de l'ouest, Théorie, pratique et cadre juridique de la médiation*, Paris, l'Harmattan, 2016, 220 P., AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.-M.), *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en OHADA*, EJA, LGDJ, 2018, 372 p. ; DIOUF (Nd.), « L'adoption de l'acte uniforme relatif à la médiation : une nouvelle avancée vers l'unification du droit des affaires dans l'espace OHADA et un nouveau recul des lois nationales ? », *Mélanges en l'honneur de Jacques MESTRE*, Paris, LGDJ, 2019, pp.404-405 ; POLI (C.) « OHADA et médiation : enfin un acte uniforme consacré à la résolution amiable des différends en droit des affaires », Kluwer, *Actualités du droit*, 2017 [<https://www.actualitesdudroit.fr/browse/afrique/ohada/10598/ohada-et-meditation-enfin-un-acte-uniforme-consacre-a-la-resolution-amiable-des-differends-en-droit-des-affaires>] ; ADEMA (Z.), « La consécration de la médiation dans l'espace OHADA : un nouveau corps de la fonction judiciaire pour une procédure plus onéreuse », *La lex4.com*, 28 février 2018 ; TCHAMGWE (I.), « La médiation conventionnelle dans l'espace OHADA », op.cit. ; KENFACK DOUJANI (G.), *Le nouveau Droit de l'arbitrage et la médiation OHADA*, A Pédonne, Paris, 2021 130 p.

² En ce sens, GOUAMBE (S.), « La liberté des parties dans de droit de la médiation OHADA », *Revue droit uniforme*, Vol. 26, 2021, 300-326.

³ D'une part, elle est fondée sur une convention de médiation et s'achève par un accord de médiation à exécuter de bonne foi. D'autre part, des exigences procédurales sont indispensables pour parvenir à un accord équitable.

⁴ PICOD (Y.), *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, LGDJ, 1989.

son entrée en droit processuel¹, la loyauté y a trouvé une place² et appelle les parties prenantes à adopter des comportements compatibles avec l'idéal de justice recherchée³.

L'hypothèse de travail est que plusieurs dispositions de l'AUM traduisent la volonté du législateur d'obliger les personnes impliquées à bien se comporter⁴. En suivant la méthode de la libre recherche, de l'exégèse et de la comparaison, on peut répondre à la question posée en empruntant plusieurs approches. On pourrait dégager d'une part, les exigences ou attitudes favorables à un bon déroulement du processus de médiation et, d'autre part, celles déterminant un bon dénouement. On pourrait aussi distinguer et apprécier en fonction des parties prenantes, ou selon qu'elles sont soumises à une obligation de moyens ou à une obligation de résultats.

L'approche analytique préférée permet de partir de deux constats pour trouver et apprécier des fondements et un contenu à l'obligation recherchée : d'une part, qu'il s'agisse de la convention de médiation ou de l'accord issu de la médiation, on est en présence de deux contrats, sources d'obligations. D'autre part, ces contrats ont une finalité processuelle⁵. Chaque étape, appelant une manière d'être et d'agir, l'analyse du périmètre contractuel de l'obligation de bien se

¹ BOURSIER (E.), *Le principe de loyauté en droit processuel*, thèse, Dalloz, 2003 ; DOUCHY- OUDOT (M.), « La loyauté procédurale en matière civile » *Gaz. Pal. Nov.* 2009, p. 3391 et s. ; MINIATIO (L.), L'introuvable principe de loyauté en procédure civile », Dalloz, 2007, p.1035 ; PERROT (R.), « La loyauté procédurale » *RTD Civ.*, 2006, p. 151. Les uns pensent qu'une telle consécration est inutile ou n'apporte pas grand-chose, alors que d'autres soutiennent qu'on peut l'admettre au moins comme principe d'interprétation pour aider le juge à surmonter les défaillances règlementaires.

² GUINCHARD (S.), FERRAND (F.) et CHAIBNAIS (C.), *Procédure civile, droit interne et communautaire*, 29^{ème} éd. Dalloz, 2008, n°641. Ils définissent d'ailleurs le procès équitable à partir de l'exigence de loyauté.

³ TAKAM SILATCHOM (A.), « La loyauté en matière de justice arbitrale : un principe directeur autonome ? » *Annales Africaines, nouvelle série*, Revue de la FSJP, UCAD, vol. 1, Avril 2017, n° 06, p.259.

⁴ Diverses sanctions et moyens de contraintes sont prévues pour garantir un comportement irréprochable.

⁵ D'abord la résolution du litige opposant les parties, avec l'assistance d'un tiers facilitateur désigné. En second lieu, l'accord qui en découle doit aussi être exécuté de bonne foi, comme toute convention. À défaut, la procédure d'exécution forcée pourrait être déclenchée si la partie diligente dispose d'un titre exécutoire.

comporter dans le processus de médiation OHADA (I) précèdera celle de son expression procédurale (II).

I- Le périmètre contractuel de l'obligation de bien se comporter dans un processus de médiation OHADA

Au début et à la fin du processus de médiation, les parties contractent¹. Ces « *conventions les obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* »². Le processus contractuel ne se résume pas à une succession de phases à franchir quelle que soit la manière. Il implique « *un comportement de circonstance, une façon d'être appropriée... à la relation contractuelle, ... un comportement de bon contractant* »³. Les parties qui se sont engagées doivent respecter la parole donnée et consignée dans la convention de médiation (A). Le médiateur s'assure de l'efficacité de l'accord de médiation qui doit refléter la volonté des parties tout en étant conforme à l'ordre public (B).

A- L'exigence d'une conduite favorable au respect de la parole donnée dans la convention de médiation

Le recours à la médiation s'impose lorsque les parties engagées dans une relation d'affaires ont librement convenu⁴. En l'absence d'une convention préalable, la voie de la médiation reste ouverte, si une partie au conflit répond positivement à l'invitation écrite de la partie diligente⁵. Dans les deux cas, la convention de médiation doit être exécutée de bonne foi⁶. Les parties doivent donc être diligentes lors du choix de ce mode (1), et y recourir en cas de différend (2).

1- Les diligences à observer lors du choix de la médiation comme mode de résolution d'un différend

¹ La convention de médiation et l'accord de médiation sont des contrats synallagmatiques ou bilatéraux, au sens des articles 1101 et s. du Code civil.

² Voir l'article 1135 du Code civil.

³ FAGES (B.), *Le comportement du contractant*, op.cit., p.28

⁴ Par écrit ou non (article 4 al. 1 de l'AUM). Elles peuvent soit insérer une clause de médiation préalable dans le contrat principal, soit là stipuler dans un document auquel elles se réfèrent.

⁵ Voir l'article 4 al. 2 de l'AUM.

⁶ Voir l'article 1134 du Code civil.

Pour que la phase de conciliation préalable soit obligatoire, la clause de médiation doit être rédigée soigneusement¹, avec stipulation expresse de son caractère impératif². Il ne suffit pas d'accepter, sans réserve, le recours à une médiation. La manifestation de la volonté d'y recourir doit être non-équivoque³. Pour éviter de violer l'ordre public, les parties doivent observer l'article 1^{er} al. 1 (a) de l'AUM qui définit les différends susceptibles d'être soumis à un processus de médiation⁴. Dans un contexte où le juge peut s'affranchir du principe de l'autonomie de la volonté⁵ la convention doit être exempte d'éventuels « déséquilibres contractuels excessifs et abusifs qui n'ont d'autre justification qu'un rapport de force inégalitaire ou un bouleversement des circonstances économiques »⁶. On s'est interrogé sur la validité de la clause de médiation relativement au contrat principal⁷. La première peut-elle être valable alors même que le second serait nul ou annulé ? Cette clause étant autonome, il n'est pas exclu que, comme en matière d'arbitrage, la nullité du contrat principal constitue déjà un différend opposant les parties et susceptibles d'être soumis à la médiation si sa cause n'est pas d'ordre public⁸.

¹ Elle doit contenir l'affirmation ferme que les parties s'engagent, en cas de différend résultant dudit contrat ou s'y rapportant, à le soumettre à une procédure préalable de médiation, et que le médiateur sera désigné d'un commun accord par les parties et disposera d'un délai pour les aider à trouver un accord.

² AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.-M.), p. 352.

³ En ce sens, Civ. 1^{ère}, 28 janv. 2003, M. Nègre c. Société Vivendi, Bull. n°1, janv. 2003, p. 16, n° 21. Le deuxième moyen de cet arrêt est ainsi conçu : « *Attendu qu'il est encore reproché à la Cour d'appel d'avoir dit que la société Vivendi n'avait pas renoncé à son exception d'incompétence du tribunal de commerce, alors qu'elle avait accepté sans réserve le recours à une médiation judiciaire ; Mais attendu que la Cour d'appel a justement retenu que l'accord de la société Vivendi pour la mise en œuvre d'une médiation n'emportait pas, à défaut de manifestation de volonté non équivoque en ce sens, renonciation à l'arbitrage et acceptation de la compétence de la juridiction étatique ; que le moyen doit donc être écarté* ».

⁴ Seuls sont concernés, ceux « *découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre lié à un tel rapport* ». Par conséquent, toute clause renvoyant à la médiation mais portant sur un droit dont les parties n'ont pas la libre disposition sera sanctionnée soit par le médiateur, soit par juge de l'homologation et de l'exequatur.

⁵ CADIET (L.), NORMAND (J.), MEKKI (S.A), *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2^{ème} éd.2010, pp. 211 et s.

⁶ MAZEAUD (D.), « La réduction des obligations contractuelle, Faculté de Chambéry, Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? », *Droit et Patrimoine* 1998/58, p.41 sq, spec. I, B : « Le spectre du gouvernement des juges », cité par CADIET (L.), NORMAND (J.), MEKKI (S.A), *Ibid.*

⁷ GOUAMBE (S.), *op.cit.*, pp. 300-326

⁸ Les parties peuvent d'ailleurs prévoir cette disposition sans la clause.

La loyauté contractuelle des parties devrait s'apprécier soit dès l'introduction de la clause, soit au moment de l'acceptation de l'offre de médiation, mais aussi à la fin de la procédure, particulièrement lorsqu'elle n'a pas abouti. Toute renonciation éventuelle devrait suivre un parallélisme de forme. En accord avec le médiateur, les parties peuvent, conjointement, décider de prolonger le délai¹. Elles peuvent aussi adresser une déclaration écrite et datée au médiateur en indiquant qu'elles veulent mettre fin à la procédure de médiation. Mais le législateur admet aussi une dénonciation unilatérale. Dans ce cas, la partie qui renonce adresse une déclaration écrite et datée à l'autre partie ou aux autres parties, ainsi qu'au médiateur si ce dernier avait déjà été désigné.

Cette posture est discutable sur le principe, pour défaut de parallélisme de forme². En matière d'arbitrage³, la renonciation, dépourvue d'équivoque, se fait d'un commun accord ou tacitement⁴. Il est même souhaitable que la renonciation se fasse *in limine litis*, et non à un stade avancé de la procédure, avec d'éventuels désagréments. Le médiateur ne disposant pas des mêmes pouvoirs que l'arbitre, l'option de flexibilité du législateur est compréhensible. En outre, le phénomène de la présence de la volonté unilatérale dans le domaine contractuel va en s'accroissant⁵. L'engagement par déclaration unilatérale de volonté qui gagne du terrain s'explique, au sein du contrat, par un souci de souplesse et d'efficacité. Cependant, se limiter à cette théorie volontariste semble critiquable. En effet, la justice contractuelle renvoie aussi à l'idée qu'une certaine justice doit régner dans le contrat qui n'est plus, comme jadis, une forme de « *coopération antagoniste* »⁶ destinée à satisfaire les besoins basiques des personnes. Comme on a pu le dire,

¹ Voir l'article 12 al. 1 (c et e) de l'AUM.

² Dans le droit des contrats, ce que les volontés concordantes ont réussi à lier, les mêmes volontés peuvent, par parallélisme de forme, défaire.

³ Voir CCJA, 23 juillet 2015, n°097/2015, inédit.

⁴ La renonciation à la clause compromissoire ou compromis est tacite lorsque l'une des parties ayant saisi un arbitre ou une juridiction ordinaire, l'autre ne soulève pas l'exception tirée de cette clause. A titre d'exemple en matière d'arbitrage, Civ. 1^{ère}, 6 juin 1978, *Rev. arb.* 1979, p.230 et s.

⁵ FORIERS (P. A.), « Exposé introductif : Acte unilatéral et contrat, constatations et réflexions » in, *La volonté unilatérale dans le contrat*, FORIERS (P. A.), Durand (I.) et alii. (sous dir.), Ed. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2008, pp.30 et s.

⁶ CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, tome IV, éd. PUF, Paris, 2000, n° 114.

tout ce qui est contractuel n'est pas nécessairement juste¹. On ne saurait se fier sans limite au postulat du libéralisme qui admet la présomption qu'un contrat est juste s'il a été conclu librement². Cela suppose une égale aptitude des parties. Pourtant l'inégalité des contractants, sur les plans économique et technique, est parfois susceptible de fausser la conciliation harmonieuse des intérêts. La loyauté peut être mise à mal si l'une des parties profite de sa position pour soit imposer la clause de médiation ou son contenu, soit peser sur le choix du médiateur.

Il est aussi possible que les parties ne s'entendent pas sur le choix d'un médiateur³. Si l'une d'elles souhaite rompre unilatéralement, le sérieux et le crédit du processus de médiation commandent d'admettre « *une véritable obligation de motivation lors de l'exercice du droit de rupture* »⁴. La partie qui souhaite se désengager devrait présenter des raisons suffisantes pour justifier sa décision, sous réserve du droit, pour la partie adverse, de l'assigner en dommages et intérêts devant la juridiction compétente en cas de rupture abusive et d'engager ainsi la responsabilité civile de son auteur. En tout état de cause, la clause de médiation préalable est un engagement contractuel qui doit être exécutée de bonne foi, notamment par le recours à la médiation.

2- Le recours préalable à la médiation en cas de survenance d'un différend

En optant pour la médiation, les parties ne s'engagent-elles pas à collaborer pour trouver une issue à un différend né ou éventuel ? Elles sont libres de convenir, y compris par référence à un règlement de médiation, de la manière dont la médiation doit être conduite⁵. Elles doivent honorer leurs engagements auprès du médiateur en payant les frais convenus.

¹ CADIET (L.), NORMAND (J.) et MEKKI (S.A), op.cit., p.209.

² CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les Obligations*, vol.2, PUF, Quadrige, 2004, n° 993, p.2048.

³ La non-désignation du médiateur constitue un obstacle à la mise en œuvre de la procédure de médiation.

⁴ HUCHET (G.), *La clause de médiation*, thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 27 septembre 2007, n° 340.

⁵ Voir l'article 7 al. 1 de l'AUM. Les parties peuvent donc insérer l'obligation de loyauté dans leur convention.

Lorsqu'elles sont convenues « *de recourir à la médiation et se sont expressément engagées à n'entamer, pendant une période donnée ou jusqu'à la survenance d'un événement spécifié, aucune procédure arbitrale ou judiciaire relative à un différend déjà né ou qui pourrait naître ultérieurement, il est donné effet à cet engagement par le tribunal arbitral ou la juridiction étatique jusqu'à ce que les conditions dont il s'accompagne aient été satisfaites* »¹. En clair, lorsque la clause est stipulée, il faut obligatoirement mettre en œuvre la médiation avant toute saisine d'une juridiction². Si les parties sont tenues d'exécuter leur engagement, le juge et l'arbitre sont aussi tenus d'y veiller. Doivent-ils se déclarer incompétents, surseoir à statuer ou déclarer toute éventuelle demande irrecevable ?

L'article 15 al.1 de l'AUM précité rappelle le principe compétence-compétence, principe fondateur du droit de l'arbitrage qui reconnaît aux arbitres le pouvoir de juger de leur compétence, étant entendu que le juge de l'annulation pourra ensuite statuer sur la compétence de l'arbitre lors d'un recours éventuel. Son effet négatif est que les juridictions étatiques ont l'obligation de se déclarer incompétentes dès lors que le litige porté à leur connaissance est susceptible de relever d'une clause arbitrale. Ce principe est consacré par l'article 23 du Traité OHADA qui dispose que « *Tout tribunal d'Etat partie saisi d'un litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage se déclarera incompétent si l'une des parties le lui demande et renverra le cas échéant à la procédure d'arbitrage prévue au présent Traité* ». Se fondant sur ce texte, ainsi que l'article 13 de l'AUA, la CCJA a confirmé la voie de l'exception d'incompétence en matière d'arbitrage. Dans l'arrêt n° 064/2020 rendu le 27 février 2020, ses juges ont affirmé que « *... en retenant sa compétence, nonobstant l'exception d'incompétence soulevée devant elle, la Cour d'appel a méconnu les dispositions de l'article 23 visé au moyen et sa décision encourt cassation* ». Cette option de l'exception d'incompétence peut être discutée dans le cadre de la médiation où les parties disposent d'une clause de médiation préalable, ce qui signifie que les

¹ Voir l'article 15 al. 1 de l'AUM. Voir aussi l'article 8 de l'AUA révisé et adopté le même jour.

² JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Paris, 2^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p.328.

autres modes, notamment arbitrale ou judiciaire ne sont pas entièrement exclus¹. L'article 15 de l'AUM recommande de surseoir à statuer, pendant un délai qu'ils estiment convenable, pour permettre à la partie la plus diligente de déclencher l'étape de la médiation. La demande est irrecevable lorsqu'elle est introduite en violation d'une convention ayant prévu le recours préalable à la médiation.

Cette démarche est logique d'un point de vue processuel et salubre du point de vue de la sécurité juridique des contrats. Sur ce dernier point, elle s'apparente à une sorte d'exécution forcée en nature². On a d'ailleurs pu soutenir que, dans le cadre d'une demande de mise en œuvre de la procédure de médiation, « *le juge des référés dispose de deux mesures. La première consiste à contraindre sous astreintes la partie récalcitrante à procéder ou à participer à la désignation du médiateur ; la seconde à une nomination d'office du médiateur* »³. Sur le premier, elle permet au juge et à l'arbitre, sans remettre en cause la volonté première des parties, d'être souple avec celle qui les a saisis. En effet, une décision d'irrecevabilité obligerait les parties à engager une nouvelle procédure en cas d'échec de la médiation. On peut simplement déplorer le manque d'indication précise sur la conduite à observer lorsque, nonobstant la période de suspension, aucune des parties n'entreprend les diligences nécessaires pour mettre en œuvre la clause⁴, et sur la manière de donner effet à cet engagement⁵. Doit-on interpréter ce silence comme un renvoi aux règles de procédure de chaque Etat partie ?

¹ Une telle exclusion en violation du droit fondamental d'accès au juge serait d'ailleurs contraire à l'ordre public.

² Contrairement à l'esprit de l'article 1142 du Code civil applicable au Cameroun, les articles 1121 et 1122 du Code civil français montrent une volonté claire du législateur français d'admettre que toutes les obligations sont en principe susceptibles d'exécution forcée en nature.

³ Dans ce sens, HUCHET (V. G.), *La clause de médiation*, thèse, op.cit., n°292. Cette analyse contractuelle de la sanction est aussi celle de JARROSSON (Ch.), Commentaire sous l'arrêt, *Rev. arb.*, 2003, p. 403.

⁴ AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.M.), op.cit., pp. 344 et s.

⁵ DIOUF (Nd.), « L'adoption de l'acte uniforme relatif à la médiation : une nouvelle avancée vers l'unification du droit des affaires dans l'espace OHADA et un nouveau recul des lois nationales ? », *Mélanges en l'honneur de Jacques MESTRE*, Paris, LGDJ, 2019, pp.404-405.

La question a été longtemps discutée en droit français. Alors qu'une Chambre de la Cour de cassation considérait qu'il s'agirait d'une fin de non-recevoir¹, une autre soutenait qu'une telle clause ne pouvait pas être sanctionnée car n'étant pas d'ordre public². Admettant qu'il s'agit d'une nouvelle fin de non-recevoir, certains n'excluent pas que le non-respect d'une clause de médiation puisse donner lieu à une décision d'incompétence³. Pourtant, la Chambre mixte de la Cour de cassation s'est clairement prononcée en 2003 et en 2009. Dans la première décision, elle a affirmé que si un juge est saisi au mépris d'une clause de médiation ou de conciliation, la demande est irrecevable⁴. Dans la seconde, elle a confirmé et précisé sa position⁵. Considérant l'enjeu, relativement au moment où le moyen pourrait être soulevé en droit français⁶, l'option pour une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent semble indiquée. Elle l'est également dans les Etats de tradition juridique inspirée du droit français. Encore faudrait-il que le régime de la fin de non-recevoir soit le même⁷. Toutefois, cette solution ne s'impose pas au juge des référés⁸.

¹ Cass. Civ. 2^{ème} 15 janvier 1992, Rev. arb. 1992, p.646, obs. D. COHEN ; Cass. Civ. 2^{ème}, 6 juillet 2000, RTD civ. 2001, p.359, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

² Cass. Civ. 23 janvier 1992, Bull. civ. I, n°1; Cass. Civ. 1^{ère} 6 mars 2001, Bull. Civ. I, n°58; RTD civ. 2001p. 359, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

³ JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Paris, 2^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 329. l'auteur parle de l'exception d'incompétence et même de l'exception dilatoire.

⁴ Cass. Ch. Mixte, 14 février 2003, Bill. Mixte n°1 p.1 ; Dalloz 2003, p. 1386-1391, note P. ANCEL et M COTTIN ; RTD civ. 2003, n°2, p294-295, note J. MESTRE et B. FAGES, JCP G 2003, I, 128, n°17 obs. L. CADIET. En l'espèce, la haute juridiction avait déclaré que « *la clause du contrat instituant une clause de conciliation obligatoire et préalable à la saisine du juge ... constitue une fin de non-recevoir qui s'impose au juge si les parties l'invoquent* ». En ce sens, voir aussi Cass. Civ. 1^{ère} 30 octobre 2007, n°06-13366

⁵ Cass. 1^{ère}, 8 avril 2009, n°08-10866. Elle retient que « *une partie à un contrat ne peut, par avance, refuser une procédure de médiation qui n'a pas encore été mise en œuvre dès lors que la clause de médiation prévue au contrat n'a prévu la saisine du tribunal qu'en cas d'échec ou de refus de la médiation* ».

⁶ A tout moment pour une fin de non-recevoir et *in limine litis* pour l'exception de procédure.

⁷ Plusieurs questions pourraient être appréhendées différemment selon les Etats, par exemple : le juge peut-il relever d'office cette fin de non-recevoir ?

⁸ La première raison découle des pouvoirs du juge des référés, juge de l'urgence qui ne statuerait pas sur le fond du litige. En outre, l'article 15 al. 2 indique que les dispositions de l'al. 1 ne sont pas applicables « *lorsqu'une partie estime nécessaire d'engager, à des fins provisoires et conservatoires, une procédure pour la sauvegarde de ses droits. L'engagement d'une telle procédure ne doit pas être considéré en soi comme une renonciation à la convention de médiation ni comme mettant fin à la procédure de médiation* ».

Recourir à la médiation réduit les actes de procédures à accomplir, et amortit les coûts financiers à supporter par les parties¹. Le paiement des frais de la médiation constitue une obligation pour les parties et participe de l'exécution de la convention initiale². Lorsque les parties conviennent de s'en remettre à une institution de médiation, elles s'engagent à se soumettre à la tarification de celle-ci. Dans la médiation judiciaire, l'article 13 al. 2 de l'AUM indique que la juridiction étatique qui a désigné le médiateur fixe les frais en accord avec les parties. Si une partie ne verse pas sa quote-part, l'autre partie peut faire une avance pour que la médiation puisse être mise en œuvre. Cependant, à défaut de consignation dans le délai fixé par le juge, la décision de ce dernier sera non-avenue et la procédure judiciaire reprendra son cours.

En cas d'inexécution de l'engagement de contribution aux frais, le médiateur, l'institution, ou la partie qui ont avancé les frais disposent-ils d'un moyen de droit pour se faire payer ? Dans le silence du législateur, rien n'empêche un médiateur, au regard du caractère contractuel de la médiation, de garantir son paiement en faisant recours aux sûretés, qu'elles soient judiciaires ou conventionnelles, réelles ou personnelles³. À défaut, il convient de se demander si le médiateur peut exercer son droit de rétention sur l'accord de médiation écrit. Aux termes de l'article 67 de l'Acte uniforme relatif aux sûretés, « *Le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté* ». Il suffit que les conditions d'existence du droit de rétention relatives à l'exigence de connexité⁴, à la créance garantie⁵, à la détention⁶ et au bien susceptible de détention soient avérées. Sur ce dernier point, la détention ne devrait porter que

¹ AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.M.), op.cit., pp. 344 et s.

² À moins qu'elles conviennent autrement, tous ces frais devraient être supportés à part égales par les parties. Pour éviter tout malentendu, le montant des honoraires ou le mode de calcul doivent être clairement définis dès l'ouverture de la médiation et, de préférence, inscrits dans la convention. Les dispositions relatives aux frais doivent obéir aux normes de droit commun.

³ KABONGA (E. S.), « Le médiateur a-t-il les mêmes garanties de recouvrement des honoraires comme l'arbitre ? », *Ohadata* D-21-28, P. 9.

⁴ Voir les articles 68 et 69 de l'AUS.

⁵ Le droit de rétention existe quel que soit la nature de la créance (somme d'argent ou obligation de faire ou de ne pas faire). Elle doit être certaine liquide et exigible.

⁶ La détention doit être effective et légitime.

sur les biens meubles. Toutefois, comme cela a été relevé¹, la rétention est aussi un moyen de pression. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que la chose retenue soit dans le commerce. Des choses inaliénables² ou sans valeur marchande comme des documents juridiques ou comptables, des dossiers administratifs, cartes grises de véhicules, voire, un accord de médiation etc. sont susceptibles de rétention.

Pour ce qui est de l'expert impayé, tout comme la partie non remboursée ils pourraient recourir aux méthodes de droit commun en agissant devant la juridiction compétente en dommages et intérêts. En tout état de cause, le défaut de versement des frais ou d'une provision n'est pas un bon signe pour la suite de la médiation, alors même que toutes les parties doivent s'activer pour parvenir à un accord de médiation équitable.

B- L'exigence d'une posture favorable à la recherche active d'un accord de médiation équitable et efficace

Une fois qu'il a été régulièrement investi ou saisi par les parties, le médiateur qui accepte de conduire la médiation n'est en réalité qu'un facilitateur tenu d'une obligation de moyens³. La validité de l'accord de médiation, éventuellement conclu, est soumise à des conditions de fond et de forme assez complexes (1). Sans un minimum de formation, il n'est pas certain qu'un médiateur assure ses charges de manière professionnelle (2).

1- La validité de l'accord issu de médiation

L'article 8 de l'AUM instruit le médiateur de s'assurer « *que la solution envisagée reflète la volonté des parties dans le respect des règles d'ordre public* ». L'expression non-équivoque de la volonté des parties et le respect des règles d'ordre public participent donc de la validité de l'accord. D'un point de vue contractuel, la loyauté impose aux parties de respecter l'esprit qui a conduit à

¹ KALIEU ELONGO (Y.-R.), *Cours de droit des suretés (OHADA)*, pdf, Février 2016, p.75, disponible en ligne, consulté le 12/05/2022.

² A l'exception du corps humain, ou des pièces d'identité ou d'une carte de vote dont la rétention serait contraire à l'ordre public.

³ Contrairement au juge ou à l'arbitre, le médiateur est certes à la recherche d'une solution, mais il n'est pas obligé de conduire les parties à un accord réglant totalement le différend.

opter pour la médiation¹. Elles ne sont pas obligées de parvenir à une issue négociée du litige. Cependant, elles doivent concourir à la mise en place de la procédure, honorer l'invitation du médiateur, participer activement aux échanges et coopérer à la recherche de la solution durable.

L'accord issu de la médiation, expression de la volonté libre et éclairée des parties, ne doit pas être manifestement injuste, peut-être parce que l'une des parties est plus habile que l'autre². Sans rien imposer, le médiateur peut faire des propositions pour en assurer la qualité³. En ce sens, il pourrait encourager plus de solidarité entre les parties pour une meilleure conciliation de leurs intérêts. Dans un accord équitable, on s'attend à ce que les médiés fassent montre d'une prise en charge réciproque de leurs intérêts, tant dans la démonstration du droit existant que dans la construction des règles nouvelles⁴. En effet, dans le cas précis d'une issue heureuse d'un processus de médiation, l'accord ne suppose-t-il pas « *qu'aucun des protagonistes ne perde la face et s'incline seul* »⁵ ? En tant que professionnel, le médiateur doit veiller à ce que l'accord, qui est une convention, soit conclu dans le strict respect des conditions de fond et de forme, et éviter que sa validité puisse être remise en cause.

Sur la forme, on peut interroger le rôle de l'écrit⁶ supposé mettre fin à la procédure de médiation. L'article 12 al. 1 de l'AUM l'exige⁷. A l'article 16 al. 1, l'écrit est plutôt présenté comme la condition du caractère obligatoire de l'accord⁸. La

¹ AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.M.), *op.cit.*, p. 332.

² En effet, le différend soumis à la médiation peut opposer de simples particuliers à des puissantes personnes morales, des profanes à des professionnels ou des professionnels évoluant dans des domaines différents. En ce sens, REGRAGUI (M.), *La protection de la partie faible au contrat*, Thèse, Université Mohammed V-Rabat, 2016, pp.1 et s.

³ Voir l'article 7 al. 4 de l'AUM.

⁴ COURDIER-CUISINIER (A.-S.), *Le solidarisme contractuel*, Litec, 2006, Vol. 27

⁵ JARROSON (Ch.), « Les concessions réciproques dans la transaction », *Dalloz*, 1997, p.268, n°9.

⁶ Non définie par le Code civil de 1804, la notion d'écrit conjugue, le contenu (*negocium*) et le contenant (*instrumentum*), le second constatant le premier. La définition donnée aujourd'hui par l'article 1365 du Code civil français indique que « *l'écrit consiste en une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible* ».

⁷ Le législateur parle tantôt « *d'un accord écrit issu de la médiation...* », tantôt d'une « *déclaration écrite ...* ».

⁸ Il dispose que « *Si, à l'issue de la médiation, les parties concluent un accord écrit réglant leur différend, cet accord est obligatoire et les lie. L'accord issu de la médiation est susceptible d'exécution forcée* ».

deuxième phrase de ce texte semble ne pas exiger l'écrit pour l'exécution forcée de l'accord. On s'est demandé s'il s'agit « *d'une omission des rédacteurs du texte ou ce dernier doit-il être interprété comme se référant à la première phrase de l'article 16 prévoyant cette exigence de l'écrit* »¹. Il convient d'être pragmatique en encourageant les parties à toujours rédiger un texte pour décrire tous les éléments de l'accord qui met fin à la médiation². Non revêtu de la formule exécutoire, cet accord n'est pas un titre exécutoire. C'est la raison pour laquelle, en cas d'inexécution, l'intervention du juge est un préalable à l'exécution forcée³. Dans ce cas, c'est la décision du juge qui constituera un titre exécutoire et non l'accord ou le contrat originaire⁴. Il en est de même lorsque la médiation étant ordonnée par le juge ou par l'arbitre, le constat de l'accord a été fait par leurs soins⁵.

Le fond porte sur la conformité de l'accord à l'ordre public. La liberté contractuelle des parties ne leur permet pas de violer les valeurs qui garantissent l'ordre dans une société donnée⁶. En amont, le médiateur se doit d'encadrer les volontés individuelles des parties, de sorte qu'elles n'aillent pas à l'encontre des intérêts de la société ou qu'elles délibèrent au-delà des droits dont elles ont la libre disposition. En aval, la juridiction nationale compétente et la CCJA en assureront le contrôle.

Lorsqu'elle est saisie, la première se borne à vérifier l'authenticité et la conformité à l'ordre public, de l'accord issu de la médiation. Elle en examine la licéité et refuse l'homologation ou l'exequatur si celui-ci est contraire à l'ordre public du

¹ Blanc (G), « Les suites de l'accord amiable en Afrique », <https://books.openedition.org/puam/3608?lang=en#ftn1>, n°13.

² L'écrit est une preuve de l'accord. Il se caractérise par la réunion de plusieurs éléments constitutifs qui tiennent à sa consistance, son support (papier, e-mail, disquette, disque dur, clé USB), sa signature, son auteur et à sa forme (authentique ou sous seing privé).

³ Le juge de droit commun pourrait, non pas ordonner l'exécution du contrat, mais condamner le contractant à des dommages et intérêts sur la base de l'article 1142 du Code civil.

⁴ WANDJI KAMGA (A.-D.), *Le droit à l'exécution forcée, réflexion à partir des systèmes juridiques camerounais et français*, Thèse en cotutelle, Université de Yaoundé II et Université de Limoges, 2009, p. 36 et s.

⁵ Voir l'article 12 al.4 de l'AUM.

⁶ RAMPARANY (H.) et SCATTOLIN (A.), *Le droit des obligations en tableaux*, Paris, Ellipses, 2019, p.36.

lieu d'exécution¹. Si elle garde le silence pendant 15 jours ouvrables suivant le dépôt de la demande d'homologation ou d'exequatur, ledit accord bénéficie automatiquement de l'homologation ou de l'exequatur. Toutefois, la partie adverse qui estime que cet accord est contraire à l'ordre public peut saisir la CCJA d'un recours contre l'homologation ou l'exequatur automatique. Cette dernière devrait aussi statuer en fonction de l'ordre public du pays d'exécution. Mais que faire lorsque l'accord visé est susceptible d'exécution dans plusieurs pays à la fois, et que ces derniers n'ont pas la même conception de l'ordre public ? Excepté l'éventualité d'une médiation institutionnelle², la solution n'est pas évidente, au point qu'on pourrait déconseiller une médiation de cette nature³. Autant il est difficile à un accord de médiation d'échapper au contrôle en cas de soupçon de contrariété à l'ordre public, autant l'inquiétude est grande lorsqu'on sait que cette notion est longtemps restée floue, parfois malmenée au gré des circonstances, qu'il s'agisse de l'ordre public interne ou de l'ordre public international⁴. Selon MAYER, « *l'ordre public international d'un Etat comprend : les principes fondamentaux relatifs à la justice et à la morale que l'Etat désire protéger, même lorsqu'il n'est pas directement concerné (...)*⁵. Le problème ici est que, dans la pratique, la notion d'ordre public peine toujours à trouver ses marques définitives, y compris devant la CCJA comme on a pu le remarquer dans un arrêt récent⁶. La non-maitrise de la notion pourrait fragiliser l'édifice de

¹ POLI (C.) « OHADA et médiation : enfin un acte uniforme consacré à la résolution amiable des différends en droit des affaires », Kluwer, *Actualités du droit*, 2017 [https://www.actualitesdudroit.fr/browse/afrique/ohada/10598/ohada-et-meditation-enfin-un-acte-uniforme-consacre-a-la-resolution-amiable-des-differends-en-droit-des-affaires], consulté le 20 février 2023.

² Dans ce cas les parties sont présumées avoir adhéré au Règlement de médiation de cette institution.

³ AGOSSOU (C.), « Le développement de la médiation », MIDAA, *For enterprising Africa*, cité par Blanc (G), « Les suites de l'accord amiable en Afrique », <https://books.openedition.org/puam/3608?lang=en#ftn1>, n°26.

⁴ Ce dernier, qui traduit la représentation des valeurs fondamentales qu'un ordre juridique se fait à un moment donné, est justement constitué par des valeurs discutables. Voir CLAVEL (S.), *Droit international privé*, Dalloz, 5^{ème} éd., Hypercours, 2018, n°255.

⁵ MAYER (P.), « Recommandations de l'association de droit international sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales internationales », *Rev. arb.*, 2002, p. 1061 et s.

⁶ AKAKPO (M.) et AYEWOADAN (A.), « Arbitrage CCJA : l'ordre public ne peut pas tout », www.actualitesdudroit.fr, 6 novembre 2020 : voir aussi, Arbitrage : annulation d'une sentence

confiance que l'on voudrait construire autour des MARD¹. À titre de droit comparé, la reconnaissance en France d'une sentence arbitrale rendue à l'étranger est examinée selon le droit français. De ce fait, l'annulation de ladite sentence par les juridictions du siège n'emporte aucune conséquence sur sa reconnaissance². Par analogie, l'annulation d'un accord de médiation par une décision étrangère (notamment celle de la CCJA), ne fait pas obstacle à sa reconnaissance sur le territoire français.

La notion de conformité à l'ordre public doit donc être bien comprise ici. Le contrôle par le médiateur se distingue de celui qui incombe au juge de l'homologation ou de l'exequatur de l'accord. En amont, le médiateur s'assure que les différends concernés restent dans le champ matériel des droits dont les parties ont la libre disposition³. Aussi, l'accord qui intègre les solutions équitables et logiques retenues par les parties, ne produira-t-il ses effets qu'entre les

arbitrale pour contrariété à l'ordre public international, Actualités du droit, 25 mai 2020. En l'espèce, les juges de la CCJA ont retenu que l'autorité de la chose jugée qui participe de l'ordre public international visé à l'article 26 de l'AUA, s'oppose à ce que l'arbitre statue à nouveau dans la même cause opposant les mêmes parties et ayant le même objet. Pour la CCJA, la sentence partielle par laquelle le tribunal arbitral s'était déclaré compétent pour statuer sur le litige préalablement soumis à la juridiction portait atteinte à l'ordre public et devait être annulée. Décision surprenante pour deux raisons : le jugement du TPI de Cotonou faisant l'objet d'un appel n'avait pas acquis autorité de chose jugée ; la CCJA a omis l'existence d'une clause compromissoire introduite dans le contrat initial liant les parties (Etat du Bénin et Société Générale de Surveillance SA).

¹ Le juge pourrait-il annuler un accord de médiation si le comportement de l'une des parties porte atteinte aux garanties essentielles de bonne justice, mais refuser de donner droit à la demande s'il estime que la partie demanderesse fait du dilatoire ? Le moyen tiré de la contrariété à l'ordre public international peut-il être soulevé lorsque la déloyauté du médiateur ou d'une partie à la médiation a entraîné la violation d'une règle fondamentale de la procédure équitable ? C'est ce que retient la Cour de cassation dans l'arbitrage lorsque cela entraîne la rupture de l'équilibre des parties. Selon cette dernière, il appartient au juge de l'annulation de faire respecter la loyauté procédurale des parties à l'arbitrage. Voir Cass. civ. 1, 6 mai 2009 n°08-10281.

² KAMGAING (P-C), « L'annulation d'une sentence par la CCJA ne fait pas obstacle à sa reconnaissance sur le territoire français », obs. sous CA Paris, CCI, 11 Janvier 2022, n° 20/17923, *Horizons du droit, Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit*, Mars 2023, Bulletin n°44, pp. 72-76. En l'espèce, des sentences dont l'une condamnait la République du Bénin au paiement de diverses sommes avaient été respectivement annulées par un arrêt de la CCJA, 3^{ème} Ch., 27 février 2020, n°068/2020, et un arrêt de la CA de Ouagadougou. La République du Bénin invoquait l'incompétence du Tribunal arbitral et la contrariété de la sentence finale à l'ordre public international.

³ L'article 1 (a), parle « *du règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord ... découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre ou lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des Etats* ».

parties¹. En aval, le contrôle assuré par le juge du lieu de l'exécution, en vertu de l'article 16 de l'AUM, va au-delà pour contrôler l'action du médiateur et celle des médiés qui doivent respecter la convention initiale. Il vérifiera que l'accord respecte les exigences légales de fond et de forme, notamment qu'il est rédigé dans une langue compréhensible par les parties, et qu'elle est signée². Il appréciera, en référence à l'ordre public international de son propre pays, si celui-ci mérite d'être revêtu de l'exequatur³. Pour limiter d'éventuelles sanctions portant sur l'accord, il faut renforcer les capacités du médiateur.

2- L'aptitude psychologique et intellectuelle du médiateur

Certes, Honoré De BALZAC, romancier et philosophe français, dans un aphorisme bien connu déclarait que « *un mauvais arrangement vaut mieux qu'un bon procès* ». Cela ne s'accommode pas de l'incompétence du médiateur censé aider les parties à trouver la meilleure solution possible. Le législateur ne parle de la compétence que comme une simple faculté accordée à une partie qui « *peut demander à l'autorité de désignation de recommander des personnes ayant les qualités et compétences requises pour servir de médiateur* »⁴. De plus rien n'est dit au cas où les parties choisissent elles-mêmes le médiateur. Il est certes capital de laisser les parties exercer jusqu'au bout leur liberté et de choisir ou d'approuver⁵ une personne en qui elles ont pleinement confiance⁶. Cela est insuffisant dans un domaine qui requiert des compétences techniques et professionnelles. Certains ne pourront pas apprécier la conformité de la solution trouvée, à l'ordre public. De même, on ne peut contester que l'expérience des juristes rompus et confirmés à la tâche, ou les qualités naturelles d'empathie, d'écoute active chez plusieurs personnes puissent en faire de bons médiateurs.

¹ Voir l'article 1165 du Code civil : « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point aux tiers et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* ».

² Ce qui signifie probablement que les parties savent lire et écrire.

³ KAMGAING (P-C), *ibid.*, p. 76.

⁴ Voir l'article 5 al. 2 de l'AUM.

⁵ Notamment dans la médiation institutionnelle lorsqu'il revient au centre de procéder à la désignation du médiateur.

⁶ GOUAMBE (S.), « La liberté des parties dans le droit de la médiation OHADA », *op.cit.*, pp.306 et s.

Mais, comme on l'a signalé¹, être prédisposé par son tempérament ou expérimenté par un passé professionnel ne suffisent pas si on ne dispose pas des techniques de médiation.

Pour remédier à cette situation il aurait été intéressant, à défaut d'encourager l'ERSUMA à développer un curriculum de formation, d'élaborer un peu plus sur les conditions d'accès et d'exercice de l'activité de médiateur. L'exemple des législateurs ivoirien² et sénégalais est intéressant à cet égard. Partant, le législateur OHADA aurait pu arrêter les principes et laisser aux autorités nationales le soin de préciser les mécanismes de certification. Il est possible que certains Etats parties, par des dispositions non contraires à l'AUM, décident de contribuer à un meilleur encadrement de cette activité. Le titre IV du Décret sénégalais n°2014-1653 du 24 décembre 2014, relatif à la médiation et à la conciliation, est un cas d'école de ce point de vue, puisqu'il crée et détermine les attributions du Comité national de médiation et de conciliation. Ce comité a pour mission de fixer la procédure d'agrément et de retrait du titre de médiateur ou de conciliateur, d'établir et de publier la liste de ces derniers, d'agréeer les organes de formation, de valider les programmes de formation, d'agréeer les médiateurs et conciliateurs et d'établir un code de bonne conduite en déterminant les sanctions qui en découlent. Bien qu'antérieures, ces dispositions peuvent parfaitement compléter l'AUM. Elles permettent de prendre en compte les préoccupations des techniciens du secteur de la médiation qui souhaitent que soit élaboré un véritable statut professionnel du médiateur et que soit encadré l'exercice de ce métier³.

Les Etats parties à l'OHADA devraient s'engager dans cet exercice intelligent de complément de l'AUM au plan interne. Elles feront œuvre utile en considérant les questions non traitées qui, combinées à l'AUM contribueront à asseoir l'autorité du médiateur et l'attrait pour la médiation. Toutefois, pour que ce « *mode*

¹ CUPERLIER (O.), « Le cadre légal dans la médiation dans l'espace OHADA », Séminaire sur la pratique de l'arbitrage et de la médiation, Université Saint Joseph de Douala, 14-16 juin 2018, *Ohadada D-20-07*, p.7. Selon l'auteur, les techniques de médiation ne s'improvisent pas. Elles doivent s'apprendre.

² Voir l'article 11 de la loi ivoirienne du 20 juin 2014 en matière de médiation judiciaire.

³ DIOUF (Nd.), *op.cit.*, pp. 407-408.

alternatif à la justice étatique » devienne « *un mode usuel de règlement des différends* »¹, les parties prenantes sont tenues de respecter bien d'autres exigences procédurales consacrées.

II- L'expression procédurale de l'obligation de bien se comporter dans un processus de médiation OHADA

Deux impératifs se dégagent pour la bonne conduite d'un processus de médiation et en constituent les conditions d'efficacité. D'une part, il faut offrir une médiation de qualité (B). D'autre part, les parties, le médiateur et toutes les personnes associées à l'administration de la procédure de médiation, sont tenus par une obligation de loyauté (A).

A- L'exigence de loyauté procédurale chez les parties prenantes

La loyauté procédurale² qui intègre, non seulement une exigence de concentration des moyens, mais aussi le principe selon lequel « *nul ne doit se contredire au détriment d'autrui* », tire sa source d'autres impératifs tels que : le contradictoire, la légalité de la preuve et le procès équitable³. Dans la médiation, on peut distinguer entre la loyauté processuelle interne⁴ (1) et celle externe⁵ (2).

¹ BACQUE (M.), « Statut du médiateur et conduite de la médiation Ohadienne », *Actes de la Journée d'études de l'Institut de droit des affaires de l'Université de Toulouse*, cité par DIOUF (Nd.), op.cit. p. 407.

² OZAN (A.) et CARTIER-MARRAUD (M-L), « La consécration du principe de loyauté procédurale, une nouvelle proposition émise dans le rapport sur l'amélioration et la simplification de la procédure civile », *LPA*, Lextenso, 11 juillet 2018, n 138, p. 7 et s.

³ La jurisprudence française a ainsi dégagé une obligation processuelle de loyauté pour les parties. Après avoir décidé que « *le juge est tenu de respecter et de faire respecter la loyauté des débats* » (C. cass. 1^{ere}, 7 juin 2005, 05-60-044, Bull. 2005, I, n 241, p.203), elle a consacré l'existence d'un « *principe de loyauté dans l'administration de la preuve* » (C. cass., Ass. Plen. 7 janvier 2011, 09-14.31609-14.667, Bull. 2011, Assemblée plénière n 1).

⁴ Elle intéresse les échanges entre les parties, et soulève la question du respect de la contradiction et de la production intégrale des moyens de preuve

⁵ Elle vise la gestion des informations issues des « caucus », promeut le principe de confidentialité à la place du principe de publicité et dévoile une apparente confrontation entre les exigences de transparence et de confidentialité.

1- La loyauté interne : respect du contradictoire et production intégrale des pièces

Garantie substantielle d'une bonne justice, la loyauté renvoie au bon comportement qui consiste, pour chaque partie, à mettre l'autre à même d'organiser sa défense, en lui communiquant ses moyens de défense et de preuve en temps utile¹. Toutes doivent s'abstenir de fraude et respecter le principe de contradiction².

En ce qui concerne la production intégrale des pièces ou la preuve, l'idéal est que, lors des échanges, les médiés produisent l'ensemble des moyens de droit qu'ils invoquent à l'appui de leurs prétentions, en même temps que les éléments de preuve disponibles. Ils ne doivent pas, sciemment, retenir l'un de ceux-ci par-devers eux, sauf à abandonner le moyen qu'il viendrait fragiliser³. L'inconvénient est le risque de renversement de la charge de la preuve. Autrement-dit, la partie incapable de démontrer ses allégations pourrait-elle se retrancher derrière le principe de loyauté pour exiger de son adversaire de pallier sa propre carence ? La maxime « *nemo contra se edere teneturen* »⁴ s'y oppose. Un médié ne saurait prouver contre lui-même. Il doit établir la preuve de sa prétention de façon loyale, complète et non biaisée⁵, afin d'obtenir un accord de médiation favorable à l'issue de la procédure.

Le principe de la contradiction s'impose-t-il dans la médiation comme c'est le cas pour l'arbitrage⁶ ? La doctrine est divisée, une partie soutenant la thèse de son

¹ Entre adversaires, on dira de quelqu'un qu'il est loyal, sincère ou franc, lorsqu'il observe les règles du jeu.

² CORNU (G.) sous dir, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2018. Le principe de la contradiction est « *un principe directeur du procès (qui est l'essence même du procès contentieux et la base des droits de la défense) en vertu duquel nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* ».

³ Concrètement, une partie ne doit pas faire le tri. Cette exigence a l'avantage de mettre fin aux pratiques de rétention des indices ou à la présentation partielle ou fragmentée de la vérité, notamment par une présentation biaisée des pièces disponibles.

⁴ « *Nul n'est tenu de fournir les éléments nécessaires à sa propre accusation ou servant la cause adverse* ».

⁵ En droit OHADA de manière générale, voir « Le droit de la preuve dans l'espace OHADA », Colloque organisé par le Cercle HORIZON Club OHADA Orléans le 9 février 2010, publié in *Revue de droit uniforme africain, Actualité trimestrielle de droit et de jurisprudence*, n° 001, Juin 2010, 47 p.

⁶ Paris, 1^{er} déc. 2020, n^{os} 19/09347, 19/09352, 19/09554 et 19/09725, aff. *Sterling Merchant Finance*. La CA rappelle que « *le principe de la contradiction fait obstacle à ce qu'une décision*

inapplicabilité. Pour cette dernière, la contradiction est, par principe, une règle fondamentale du procès, inhérente et limitée à celui-ci. Par contre, la médiation ne serait ni une procédure, ni un procès¹. Sur un plan purement technique, d'aucuns soutiennent que les règles organisant la contradiction dans le procès seraient assez rigides et par conséquent incompatibles avec la souplesse nécessaire à la médiation². D'autres estiment que cet « *impératif pratique se heurte à l'impératif juridique* »³, et oppose des arguments contraires⁴. Sur le plan des principes, le premier argument est que, contrairement aux autres sciences exactes ou sociales, « *la science du droit dans son ensemble est une science de la contradiction* »⁵ au terme de laquelle on retient en principe l'opinion ou la solution pouvant être tenue pour vraie ou juste. Le second argument vient de la notion de contradiction. C'est « *une opération (judiciaire ou extrajudiciaire) à laquelle tous les intéressés ont été mis à même de participer, même si certains n'y ont pas été effectivement présents ou représentés, mais à la condition que tous y aient été régulièrement convoqués de telle sorte que le résultat de cette opération leur est, à tous, opposable* »⁶. Une opération contradictoire peut être amiable ou contentieuse⁷.

A notre avis, il semble excessif, au contact de la pratique, d'opposer la rigidité des procédures judiciaires et la souplesse voulue ou souhaitée dans les MARD,

soit rendue sans que chaque partie ait été en mesure de faire valoir ses prétentions de fait et de droit, de connaître les prétentions de son adversaire et de les discuter. Il est interdit également que des écritures ou des documents soient portés à la connaissance du tribunal arbitral sans être également communiqués à l'autre partie, et que des moyens de fait ou de droit soient soulevés d'office sans que les parties aient été appelées à les commenter ».

¹ JARROSSON (C.), « Le principe de la contradiction s'applique-t-il à la médiation ? » *RGDP*, 1999, p. 764sq, spéc. P. 765 et 766.

² PLUYETTE (G.), « Principes et applications récentes des décrets des 22 juillet et 13 décembre 1996 sur la conciliation et la médiation judiciaires », *Rev. arb.* 1997, p.505 sq.

³ LAGARDE (X.), « Droit processuel et mode alternatifs de règlement des litiges », *Rev. arb.* 2001, p. 423 sq, n° 10.

⁴ OLIVIER (M.), « La conciliation et la médiation judiciaires en matière civile, aspects anciens et actuels », *Gaz. Pal.*, 1996, 2, p. 1264 sq ; POLLET (D.), « Principe de contradiction et médiation », *Gaz. Pal.* 2-3 juin 1999, p.3 sq.

⁵ CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, op.cit. pp. 224 et s.

⁶ CORNU (G.) sous dir, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2018, op.cit.

⁷ Ibid.

particulièrement la médiation. Il n'existe pas de processus qui ne soit structuré ou soumis à des règles. En situation de médiation, plusieurs de ces règles sont assurément discutées et arrêtées par les parties¹. Le fait que le législateur OHADA ne parle pas explicitement du contradictoire, ni de la production des pièces ne signifie nullement qu'il les ignore. En règlementant les échanges et les dialogues séparés ou ensembles, ainsi que le devoir d'information, le législateur y soumet, non seulement les médiés, mais aussi le médiateur qui anime la procédure. Mais il ne faut pas confondre les échanges dont il s'agit, au contradictoire érigé en principe dans les procédures adjudicatrices.

La contradiction permet à tout plaideur de prendre connaissance des arguments de droit, de fait et de preuve qui peuvent être déterminants pour la solution du différend, de discuter les prétentions de la partie adverse et de faire valoir ses propres prétentions². Comme le juge et l'arbitre, le médiateur doit personnellement y veiller, s'assurant que les parties sont informées, y compris des éléments de preuve, en temps utile pour mieux organiser leur défense ou leur réponse. Dans la procédure de médiation OHADA, le devoir de loyauté interne est maintenu, sous une forme et dans un esprit apaisé où le médiateur joue un rôle clé pour mettre ensemble les parties, créer les conditions d'un dialogue, faciliter l'écoute et la communication des pièces et des documents utiles dans le respect mutuel.

Les échanges permettent au médiateur de « *rencontrer les parties ou communiquer avec elles, ensemble ou séparément. Lorsqu'il souhaite rencontrer ou s'entretenir avec l'une des parties et/ou son conseil séparément, il en informe l'autre partie et/ou son conseil au préalable ou dès que possible après sa rencontre ou communication unilatérale avec l'une des parties. Lorsqu'il reçoit d'une partie des informations concernant le différend, il peut en révéler la teneur*

¹ La fixation préalable des règles du jeu est un élément essentiel de la médiation et fait l'objet d'un débat contradictoire. Il en est ainsi de la non interruption de la parole entre les parties, la confidentialité du processus, la fixation de l'agenda et de la liste des points à traiter, leur répartition dans le temps, leur ordre de traitement, la définition de l'ordre du jour et la durée des sessions, la composition des délégations, le choix du lieu neutre, la disposition des locaux propice à l'échange, la possibilité des « caucus », la possibilité d'aboutir à l'accord etc.

² Peu importe qu'il l'exerce effectivement, l'essentiel est que la possibilité de s'exprimer lui soit donnée.

à toute autre partie à la médiation. Toutefois, lorsqu'une partie donne au médiateur une information sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, celle-ci ne doit être révélée à aucune autre partie à la médiation »¹.

Il en découle un souci de transparence manifesté par l'obligation d'information préalable ou postérieure et la possibilité de révéler la teneur des échanges issus des « caucus » ; en même temps, une exigence de confidentialité lorsqu'elle est requise. Dans tous les cas, il s'agit bien d'une obligation de résultat pesant sur le médiateur. La gestion des informations issues du « caucus » met-elle ainsi en présence deux exigences contradictoires que sont la transparence et la confidentialité ?

2- La loyauté externe : une confrontation transparence-confidentialité

Garantie formelle d'une bonne justice, la loyauté externe renvoie à la publicité des débats, des échanges ou des décisions et contribue à préserver la confiance dans la justice². Contrairement aux juridictions étatiques devant lesquelles le principe de publicité est appliqué, la médiation promeut le principe de confidentialité, une particularité des MARD³. Ses réunions se font dans la plus stricte confidentialité⁴. Toutefois, la possibilité de révéler la teneur de certaines informations reçues dans ces entretiens à huis-clos participe du souci de transparence, afin d'éviter tout soupçon.

Le « caucus » est un puissant instrument entre les mains du médiateur. Il lui permet d'écouter séparément certaines parties pas toujours confortables pour discuter de leurs intérêts en présence des autres, et même de les rapprocher « pas à pas, d'explication en explication, concession après concession »⁵. En les organisant, le médiateur peut recueillir des informations sensibles mais capitales, vérifier la pertinence de certains intérêts en présence et explorer différentes

¹ Voir l'article 9 de l'AUM intitulé « *Echanges entre le médiateur et les parties* ».

² En effet, une expression anglaise déclare que: « *justice must not only be done, it must be seen to be done* ».

³ CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, op.cit., n° 55.

⁴ BLOHORN-BRENNEUR (B.), *La médiation pour tous dans l'espace OHADA et en Afrique de l'ouest, Théorie, pratique et cadre juridique de la médiation*, Paris, l'Harmattan, 2016, P.77.

⁵ JARROSSON (C.), op.cit., p 767.

options susceptibles de conduire à la résolution du différend¹. Cependant, il convient de remarquer que s'agissant des informations reçues lors des « caucus », le législateur fait de la possibilité de partage ou de révélation, le principe. La confidentialité devient l'exception car le médiateur n'y sera tenu que si l'information est donnée sous condition expresse qu'elle demeure confidentielle. La demande expresse devrait-elle être écrite ou orale ? Comment en rapporter la preuve si elle était orale ? Sur qui incombe cette charge ? Pour ne pas donner l'impression de piéger les parties à travers cette disposition, le médiateur doit rester loyal. Il doit informer les parties des règles du jeu et les inscrire au besoin dans l'acte de mission. Au risque d'engager sa responsabilité, il devrait obtenir de la partie déclarante, une autorisation écrite de communication de l'information à l'autre partie, nommément désignée². On peut quand même craindre que les parties, privées d'informations, en viennent à douter de la neutralité du médiateur. Aussi, de telles informations échappent-elles à la contradiction qui, permettant d'avoir la version de l'autre partie, reste le seul filtre pour s'approcher de la vérité des faits allégués.

D'autre part, comment le médiateur va-t-il exploiter les informations confidentielles qu'il reçoit ? Peut-être que certaines informations utiles à ce dernier, pour asseoir sa stratégie en ayant une meilleure maîtrise des contours du différend, ne sont pas forcément bonnes à divulguer à une certaine étape du processus. L'une des parties voudrait, dans sa stratégie, apprécier le degré d'engagement de son adversaire avant de s'ouvrir plus, surtout que chacune aimerait conclure un accord qui tienne compte de ses intérêts. La crédibilité du médiateur dépendra forcément de sa capacité à gérer les informations confidentielles reçues des parties, et à mettre en exergue celles partagées, pour conduire le processus jusqu' à la rédaction de l'accord. Manifestement on peut dire que le législateur privilégie la volonté et la sécurité personnelle des parties

¹ AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.M.), *op.cit.*, p.335.

² Cela d'autant plus qu'en cas de demande expresse de confidentialité, aucune dérogation n'est autorisée, comme déjà signalé plus haut.

qui doivent rester maîtres des informations dont elles disposent. Le principe de la confidentialité serait-il finalement prioritaire ?

Alors que dans les procédures judiciaires, civile¹ ou pénale², on est tenu par le principe de la publicité des débats et des décisions, les MARD s'inscrivent plutôt dans la logique d'un principe de confidentialité³. C'est ce qui ressort de l'article 10 de l'AUM⁴. La confidentialité, garantie essentielle des MARD, est le principe. Le renseignement peut être livré par écrit ou oralement, sur la base de la confiance. Le médiateur ou l'une des parties reçoivent des informations soit lors des échanges, soit à travers une lettre, un dossier ou un aveu confidentiel. Tous les participants au processus y sont tenus⁵, que l'information porte sur l'existence du litige, son objet, les solutions proposées ou adoptées. A la vérité, la confidentialité encourage le recours aux MARD, particulièrement la médiation dont elle serait la « règle d'or »⁶.

La divulgation est l'exception, par respect de la volonté des parties, par obéissance à la loi ou par nécessité imposée en raison de la mise en œuvre de l'accord de médiation⁷. Il faut se garder d'une interprétation restrictive de cette règle. La confidentialité concerne non seulement les informations sur l'existence ou la possibilité d'engagement de la procédure, mais celles partagées pendant

¹ Sur l'émergence d'un droit dérogatoire de la procédure sans audience en droit français, voir BERGEAUT-WETTERWARD (A.), « L'application raisonnée de la procédure sans audience », *La Semaine Juridique, Edition Générale* n°16, 25 Avril 2022, doct. 536, pp. 1-11.

² Au terme de l'article 302 al.1 et 2 du Code de procédure pénale, « *Les audiences sont publiques. Toutefois, lorsque la publicité est dangereuse pour l'ordre public ou les bonnes mœurs, la juridiction peut, à tout moment, d'office ou à la demande de l'une des parties et après les réquisitions du Ministère Public, ordonner, par jugement avant-dire-droit, que les débats aient lieu en tout ou partie à huis clos ou que leur publicité soit restreinte. Mention en est faite dans le jugement. Dans tous les cas, le jugement est prononcé en audience publique* ».

³ Consacrée à l'article 8 de l'AUM, la confidentialité c'est le caractère de ce qui est confidentiel. Voir, CORNU (G.) sous dir, *Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant*, Paris, PUF, 12^{ème} éd., 2018. En matière arbitrale aussi les débats et le prononcé de la sentence ne sont pas publics.

⁴ Cet article dispose que « *Toutes les informations relatives à la procédure de médiation doivent demeurer confidentielles, sauf convention contraire des parties, à moins que leur divulgation soit exigée par la loi ou rendue nécessaire pour la mise en œuvre ou l'exécution de l'accord issu de la médiation* ».

⁵ CADIET (L.), NORMAND (J.), MEKKI (S.A), *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2^{ème} éd.2010, p. 231, n°55.

⁶ AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.M.), *op.cit.*, p.336.

⁷ Voir l'article 11 al.2 de l'AUM « *La divulgation des informations visées à l'al. 1 du présent article ne peut être ordonnée par un tribunal arbitral, une juridiction étatique ou une autre autorité publique compétente* »

les processus, ainsi que les termes de l'accord. On peut citer l'interdiction de révéler toute information communiquée ou découverte à l'occasion de la médiation et surtout l'impossibilité d'en faire état dans une procédure judiciaire ou arbitrale, ou même dans un support à quelque titre que ce soit.

L'obligation de confidentialité permet de protéger non seulement la procédure, mais le secret des informations et les éléments de preuve¹. Pour ce qui est de l'aspect lié à la procédure, doivent être gardés confidentiels, « *une invitation à la médiation adressée par une partie ou le fait qu'une partie était disposée à participer à une procédure de médiation*². Concernant les informations recueillies, doivent rester secrètes, « *les vues exprimées ou les suggestions faites par une partie au cours de la médiation concernant une solution éventuelle de règlement du différend ; les déclarations faites ou les faits admis par une partie au cours de la procédure de médiation ; les propositions faites par le médiateur ou par l'une des parties ; le fait qu'une partie a indiqué être disposée à accepter une proposition de règlement présentée par le médiateur ou par l'autre partie ; un document établi aux seules fins de la procédure de médiation* »³. L'exigence de confidentialité s'impose non seulement aux parties, mais aussi au médiateur et à toute personne participant à la procédure, notamment les avocats, les experts⁴, les témoins etc. Sauf dérogation légale⁵ ou conventionnelle, elle s'applique quel que soit le support ou la forme des informations ou des éléments probants qui s'y trouvent visés. Les juges sanctionnent ceux présentés en violation des conditions légales en les déclarant irrecevables.

¹ A peine d'irrecevabilité, il est interdit d'invoquer ou de présenter ceux énumérés à l'article 11 al. 1, ni de témoigner à leur sujet dans une procédure arbitrale, judiciaire ou analogue.

² « *Sauf lorsqu'une partie doit prouver l'existence d'un accord ou de l'envoi d'une invitation pour engager le processus de médiation en relation avec l'article 4 du présent Acte uniforme* »

³ Voir l'article 11 de l'AUM.

⁴ L'article 7 al.5 dispose que « *Après consultation des parties, le médiateur peut inviter celles-ci à désigner un expert en vue de recueillir un avis technique* ». Ces derniers doivent garder confidentielles les informations reçues ainsi que leurs constats et rapports remis aux destinataires.

⁵ Voir l'article 11 al. 3 et 4 de l'AUM « *... Ces informations peuvent être divulguées ou reçues comme éléments de preuve ... L'obligation de confidentialité ne s'étend pas aux éléments de preuve préexistants à la procédure de médiation ou constitués en dehors de toute relation avec celle-ci* ».

L'irrecevabilité des documents ou informations divulguées est certes intéressante d'un point de vue procédural. Sauf que, une fois que les informations sont rendues publiques, un dommage est causé. Le préjudice qui en résulte pourrait être non seulement moral, mais financier. Ce non-respect de la parole donnée ne devrait-il pas être aussi sanctionné par une condamnation au paiement des dommages et intérêts ? C'est l'option prise par le législateur sénégalais dans son Décret n°2014-1653 relatif à la médiation et à la conciliation aujourd'hui plus ou moins remplacé par l'AUM¹. Selon l'article 5 al.5, « *La violation de cette obligation de confidentialité expose la partie qui en est l'auteur au paiement des dommages et intérêts fixés par le juge saisi à la demande de l'autre partie* »². Rien n'empêche la partie diligente de solliciter une telle sanction sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Et pourquoi ne pas aussi engager la responsabilité pénale de l'auteur pour abus de confiance ?

La responsabilité civile de l'institution de médiation, personne morale employeur ou désignateur du médiateur, peut aussi être engagée sur le fondement de l'article 1384 du code civil qui dispose que « *les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés* ». Ce sera le cas si le médiateur est rattaché à une institution de laquelle il est supposé recevoir des instructions sur le travail à effectuer³, s'il a commis un acte susceptible d'engager sa responsabilité personnelle⁴ et si l'acte dommageable a été commis par le médiateur dans l'exercice des fonctions⁵.

La confidentialité concerne aussi particulièrement les relations entre le médiateur et les parties, prises individuellement. Lors des échanges unilatéraux, la partie qui communique une information peut autoriser le médiateur ou l'autre partie à en faire état. Le législateur permet aussi aux parties de fournir des informations

¹ Sur l'application des dispositions internes non contraires à l'AUM, voir DIOUF (Nd.) op.cit.

² Les alinéas 6 et 7 ajoutent que sans préjudice des obligations que la loi lui impose, le médiateur ne peut rendre public les faits dont il prend connaissance dans l'exercice de sa fonction, de même qu'il ne peut être appelé comme témoin dans une procédure relative aux faits dont il a pris connaissance au cours de la médiation.

³ L'existence d'un lien de préposition.

⁴ L'existence d'un fait dommageable du préposé.

⁵ La nécessité d'un lien entre le fait du préposé et ses fonctions.

au médiateur, sous réserve que ce dernier s'engage à ne pas les divulguer. On peut bien comprendre l'intérêt de ce principe qui, dans la pratique, participe du succès de la médiation. Il tient davantage à la certitude que les parties doivent savoir que les informations dévoilées aux tiers le sont en toute sécurité¹.

En revanche, on est en droit de s'interroger sur l'absence de dérogation à cette hypothèse d'interdiction de divulguer, pour permettre comme à l'article 11 de l'AUM, de prouver l'existence d'un accord ou d'une invitation pour engager une procédure de médiation. Pour certains auteurs, cette omission est regrettable². Cependant ne pourrait-on pas invoquer l'article 10 de l'AUM pour justifier légalement une exception ? Cela est d'autant important que certaines informations communiquées sous serment de confidentialité peuvent s'avérer être dangereuses pour la sécurité des parties, de l'Etat ou de ses institutions. L'enjeu reste de bien gérer ce principe de confidentialité dont dépend aussi la qualité de la médiation.

B- L'offre d'une médiation de qualité aux médiés

Une médiation de qualité suppose un médiateur sérieux, compétent, diligent, disponible, indépendant, impartial et intègre. Les médiés doivent aussi être engagés car, au terme d'une procédure qui se veut équitable (1), l'accord issu de la médiation doit être exécuté (2).

1- Le respect des principes d'une procédure équitable

La juste distance du médiateur à l'égard des médiés et sa bonne maîtrise de la durée de la procédure confèrent la légitimité à son intervention.

S'agissant de la distance, le médiateur indépendant ne partage pas des intérêts communs avec une partie³. Son intégrité morale le protège contre toute tentative de corruption active ou passive⁴. Le médiateur impartial veille à ce que les parties

¹ AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.M.), op.cit., p.337.

² AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.M.), Ibid p.340.

³ AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.M.), op.cit., p. 317.

⁴ Sans préjudice de poursuites pénales, toute partie diligente pourrait soit renoncer à la procédure, soit solliciter l'annulation de l'accord de médiation comme en matière d'arbitrage MANCIAUX (S.), « L'allégation de corruption, nouvelle martingale pour obtenir l'annulation d'une

soient traitées de manière égale à toutes les étapes¹. Il assure une distribution équitable des temps de rencontres, du nombre de « caucus », du temps de parole et d'écoute active. Il a l'obligation non seulement de s'assurer qu'aucune partie n'est désavantagée par une éventuelle peur que pourrait lui inspirer l'autre ; mais de conduire la médiation de façon à anticiper et corriger tout abus de puissance d'une partie sur l'autre². En toute honnêteté, un médiateur qui sent la tâche difficile ou impossible devrait renoncer, car la qualité et le succès de la médiation en dépendent. Le législateur a prévu des mécanismes de garantie ou de renforcement du professionnalisme du médiateur. Outre la déclaration écrite³, on peut citer l'obligation de révélation et le droit d'opposition ou de récusation et s'interroger sur leur portée.

Proche de celle de l'arbitre, l'obligation de révélation du médiateur⁴, constitue une garantie de neutralité du tiers intervenant dans tout MARD⁵.

Le législateur vise toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur l'impartialité ou l'indépendance, mais aussi toutes circonstances nouvelles. L'obligation pèse sur toute personne dès l'instant où elle est pressentie ou « *sollicitée en vue de sa désignation en qualité de médiateur* », ou « *à compter de la date de nomination* ». Elle est due, « *durant la procédure* », et « *sans tarder* » c'est-à-dire dès qu'on en a connaissance⁶. Cette obligation est suivie d'une autre, celle d'informer les parties « *de leur droit de s'opposer à la poursuite*

sentence arbitrale internationale rendue en France ? », *Revue trimestrielle, JDI (Clunet)*, n°2, 2022, pp. 584-605.

¹ En ce sens, en droit comparé européen, voir Recommandation Rec. (2002)10 du Comité des Ministres aux Etats membres sur la médiation en matière civile (18 sept. 2002) : 12 « *Le médiateur devrait agir de manière impartiale et indépendante et veiller au respect de l'égalité des armes pendant le processus de médiation. Le médiateur n'a pas le pouvoir d'imposer une solution aux parties* ».

² CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, op.cit. p. 228-229.

³ Certaines institutions prévoient dans leur règlement que le médiateur signe une déclaration lorsqu'il est confirmé. Voir l'article 59 du Règlement de l'Institution de Justice Arbitrale, de médiation et de Conciliation du Cameroun (IJAMC) cité par VOUKENG (E.G.), « *La médiation dans l'esprit de l'IJAMC* », *Ohadata*, D-17-16, p.5.

⁴ Voir l'article 5 al. 6 et article 6 al. 2 de l'AUM.

⁵ En matière d'arbitrage, DIOUF (M. T.), « *Obligation de révélation de l'arbitre en droit OHADA : essai de conceptualisation* », *Ohadata*, D-21-25, 21 p.

⁶ Voir l'article 5 al.6 de l'AUM.

de sa mission »¹. Cette obligation doit être maintenue dans la médiation institutionnelle. Lorsque le médiateur a été désigné, ou si la procédure de médiation est déjà engagée, l'exigence d'une « *déclaration écrite* » confirmant son indépendance et son impartialité permet de retenir la forme écrite lorsqu'on a accepté ou commencé la mission². En revanche, on peut douter de la pertinence d'un écrit en cas de refus initial de la mission.

Il convient de s'interroger sur les critères d'identification du fait créateur du doute³. À titre de droit comparé la jurisprudence française, adoptant la notion de « *fait notoire* », distingue entre ce qui est susceptible de créer le doute (ou non) dans l'esprit des parties, relativement à l'indépendance ou l'impartialité de l'arbitre. Elle a décidé que l'obligation de révélation de l'arbitre s'apprécie « *au regard à la fois de la notoriété de la situation, critiquée et de son incidence raisonnablement prévisible sur le jugement de l'arbitre* »⁴. Une transposition ferait dire que le médiateur n'est pas tenu de révéler des faits notoires. Les parties qui choisissent librement leur médiateur peuvent ne pas tenir pour déterminant certains faits connus. Mais cette façon de penser ne semble pas conforme à l'esprit du législateur s'agissant de la médiation. La connaissance tardive d'un fait notoire par la simple curiosité de l'une des parties pourrait remettre en cause le processus. La bonne foi commande de révéler la moindre information susceptible de déterminer une partie à faire usage de son droit d'opposition à la poursuite de la mission. La partie diligente peut aussi user de son droit de refus de la poursuite de la médiation en cas de doute évident sur la neutralité de médiateur⁵.

¹ Voir l'article 6 al.2 de l'AUM.

² Si les parties concèdent la poursuite de la mission après révélation de circonstances douteuses, cela devrait être consigné par écrit, tout comme la décision unilatérale du médiateur de ne plus continuer.

³ En dehors de quelques situations flagrantes, notamment les incompatibilités présentées par le législateur à l'article 14 de l'AUM.

⁴ Paris, 2 juin 1989, Germanco,

⁵ Conformément à l'article 6 al. 2 et 3 de l'AUM.

Le législateur semble ainsi préférer le droit d'opposition ou de refus à la possibilité de récusation retenue dans le cadre de l'arbitrage¹. Ceci n'est pas l'avis du législateur sénégalais pour qui le médiateur peut être récusé et remplacé. En effet rien n'empêche qu'après avoir été désigné, les parties ou l'une d'entre elles se rendent compte de l'existence des liens de parenté ou d'alliance, ou de l'existence d'un différend avec l'une des parties, de ce que le médiateur a été le conseil de l'une des parties, tout comme du fait que ce dernier a eu à émettre un avis ou fourni un témoignage sur l'objet du différend sans le consentement écrit des parties. Outre ces motifs, soutenant des craintes raisonnables de partialité, les parties devraient aussi pouvoir remplacer un médiateur qui ne s'est pas montré capable d'exercer sa fonction ou n'a pas initié sa mission dans les délais et normes prévues².

En effet, la justice doit être prompte³. Par conséquent, sans être primordial, le facteur temps est un élément important de la procédure de médiation⁴. L'exigence d'un délai raisonnable peut être exprimée sous la forme d'un principe de célérité⁵, d'ailleurs consacré en droit français de l'arbitrage⁶. Parce que ce délai constitue « *non seulement le pivot du processus, mais permet d'en fixer le rythme* »⁷, il n'a pas échappé au législateur OHADA⁸. Il fixe un délai de 15 jours ouvrables à la juridiction compétente pour statuer à compter du dépôt de la

¹ Voir l'article 8 de l'AUA. Pour la récusation ou l'abstention du juge étatique, voir les articles 591 à 598 du Code de procédure pénale camerounais.

² Dans tous ces cas, l'article 18 du Décret sénégalais suscité prévoit la récusation et le remplacement.

³ « *Souvent l'injustice n'est pas dans le jugement, elle est dans les délais* », voir MONTESQUIEU, Discours prononcé à la rentrée du Parlement de Bordeaux, Ouvres complètes, t. 1, Gallimard, Biblio, Pléiade, 1949, p. 47.

⁴ Comme dans la justice étatique, la vérité et la célérité, s'il en faut devraient aller de pair. Si cela n'est pas possible, la vérité traînerait le pas, pourvu qu'elle soit. Voilà pourquoi un auteur a pu écrire que : « *La justice ne peut se fixer pour objectif primordial d'être rapide* » car, continue-t-il « *La justice expéditive est celle du "justicier" et non celle du juge* ». SOCKENG (R.), *Les institutions judiciaires au Cameroun*, Paris, Collection Lebord, 2^e éd., 1998, p.160.

⁵ JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Paris, 2^{ème} éd. LGDJ, 2012, p.275.

⁶ Voir Décret du 13 Janvier 2011 codifié à l'article 1464 al. 3 du CPC qui dispose que « *Les parties et les arbitres agissent avec célérité et loyauté dans la conduite de l'instance* ».

⁷ BEAUJOUR (J.-Cl.), « *Le temps dans le processus de médiation* », *Gaz. Pal.* 18 juil. 2017, n°27, p.21.

⁸ Il en est de même de ceux du Burkina, de la Côte d'Ivoire et du Sénégal qui ont légiféré sur la médiation.

demande, et précise qu'à défaut de décision dans ce délai l'homologation ou l'exequatur sont automatiques¹. De même, la partie adverse qui veut contester l'accord pour contrariété à l'ordre public dispose de 15 jours, à compter de la notification, pour saisir la CCJA à qui un délai maximum de 6 mois est accordé pour statuer. Il en est de même lorsqu'en cas de refus d'homologation ou d'exequatur, la CCJA est saisie d'un pourvoi. En amont, les parties sont libres de fixer la durée de la médiation dans leur convention. Lorsqu'une juridiction étatique ou arbitrale, en accord avec les parties, suspend la procédure pour renvoyer ces dernières à la médiation, il appartient à ladite juridiction de fixer le délai de suspension de la procédure, ce qui emporte limitation de la durée de la médiation².

La maîtrise du temps est donc un indicateur de la réussite de la procédure. Une médiation qui dure trop longtemps et dans laquelle le médiateur ne réussit pas à imprimer un rythme pourrait s'enliser et échouer³. En effet, personne ne doit avoir l'impression de perdre du temps, alors qu'elle comptait sur la diligence du médiateur pour en gagner⁴. Pour réussir, le médiateur doit accorder une attention particulière aux parties, être disponible, maintenir toute dynamique positive et espacer les réunions lorsque la nécessité s'impose. Ces exigences sont inscrites à l'article 7 de l'AUM⁵. Du premier alinéa, on peut déduire que les parties ont le pouvoir de fixer la durée, ce que confirme l'article 12 de l'AUM⁶. À défaut le

¹ Voir l'article 16 al. 4 de l'AUM.

² Voir l'article 4 al. 3 de l'AUM. La convention doit préciser que si le différend n'a pas été réglé par voie de médiation dans de délai convenu, suivant le dépôt de la demande de médiation ou de tout autre délai convenu par les parties, celui-ci pourra être soumis à une juridiction arbitrale ou judiciaire.

³ CUPERLIER (O.), « Le cadre légal dans la médiation dans l'espace OHADA », Séminaire sur la pratique de l'arbitrage et de la médiation, Université Saint Joseph de Douala, 14-16 juin 2018, *Ohadada D-20-07*, p.7.

⁴ La diligence signifie aussi promptitude dans l'action, ce qui contribue assurément à gagner en temps.

⁵ Au terme de ce texte, « *Les parties sont libres de convenir, y compris par référence à un règlement de médiation, de la manière dont la médiation doit être conduite... Dans tous les cas, le médiateur accomplit sa mission avec diligence et accorde, dans la conduite de la médiation, un traitement équitable aux parties et, ce faisant, prend en compte les circonstances de l'affaire* ».

⁶ L'article 12 al. 1 (e) dispose que « *la procédure de médiation prend fin par l'expiration du délai de médiation sauf si les parties décident conjointement de prolonger ce délai en accord avec le médiateur* ».

médiateur doit tenir compte de la nécessité de parvenir au plus tôt au règlement du litige. Cependant comment va-t-on apprécier la durée de la procédure ? Cette question est importante car, bien que le médiateur ne soit pas un juge, au sens de l'article 4 du Code civil¹, il ne doit pas retarder indéfiniment la procédure sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi des parties. Un début de solution peut être trouvé dans la définition des critères de la durée raisonnable d'une procédure de médiation.

Proches de ceux retenus par la Cour EDH², ces critères sont indiqués aux al. 2 et 3 de l'article 7 de l'AUM. On prendra en compte : les circonstances de l'affaire, précisément sa complexité ; les souhaits exprimés par les parties, notamment ceux exprimés dans la convention ; la nécessité de parvenir rapidement à un règlement du différend ; et le traitement équitable réservé aux parties³. On évitera toute sorte de précipitation susceptible de conduire à des médiations fantaisistes, avec des accords forcés ou teintés d'injustice et parfois difficile à exécuter. Le délai raisonnable suppose une certaine pondération par la prise en compte de l'ensemble des acteurs, de la nature et de la complexité de l'affaire, avec une appréciation *in concreto* et *in globo*. On peut aussi considérer le degré de disponibilité des parties, l'attitude, l'aptitude et la rigueur du médiateur qui reste au centre du processus. Le « *traitement équitable* » s'applique à la conduite de la procédure et non au résultat⁴. On cherchera à savoir si le médiateur s'est efforcé d'accorder aux différentes parties une sorte d'égalité de traitement, à ne pas confondre avec la consécration absolue du même temps ou du même nombre de « caucus ». Le médiateur doit consacrer le temps qu'il faut, pour écouter les parties, organiser et suivre les échanges, partager les informations, solliciter les experts, le temps nécessaire tout en épurant le temps

¹ Selon ce texte, « *le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

² Selon la Cour EDH, « *le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour, en particulier la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes* », voir Cour-EDH, 26 mai 1993, Bunkate c/ Pays Bas, D. 1995, Somm. Comm, p. 102.

³ Concrètement, la médiation doit être conduite de manière à être conclue ou achevée dans un délai raisonnable, afin de garantir l'effectivité des droits et, accessoirement réduire les coûts.

⁴ AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.M.), op.cit., p.325.

inutile. Le délai raisonnable sera apprécié à la date de conclusion de l'accord, mais davantage de son exécution.

2- La sanction du non-respect de l'accord issu de la médiation

Lorsqu'à l'issue de la médiation, « *les parties concluent un accord écrit réglant leur différend, cet accord est obligatoire et les lie. L'accord issu de la médiation est susceptible d'exécution forcée* »¹. Assurément, l'idéal est que les parties exécutent spontanément l'accord issu de la médiation². Aussi, l'esprit collaboratif souhaité au départ doit-il être conservé, pour ne pas saper la confidentialité et les relations harmonieuses. Ainsi, le débiteur de bonne foi doit éviter les recours abusifs ou dilatoires. Il peut solliciter un réaménagement de sa dette ou un délai de grâce³, en exposant ses difficultés ou un cas de force majeure. À défaut, l'exécution forcée peut être poursuivie dans le respect des droits et intérêts de la partie défaillante⁴. Le recours à une voie d'exécution serait possible si l'accord issu de médiation est considéré comme un titre exécutoire. A défaut il faudrait d'abord le transformer comme tel.

Pour l'instant, il est difficile de conclure que l'article 33 de l'AUVE en fait un titre exécutoire. Certes les alinéas 4 et 5 citent des « *actes notariés revêtus de la formule exécutoire* » et des « *décisions auxquelles la loi nationale de chaque État partie attache les effets d'une décision judiciaire* ». À la vérité, l'accord issu de la médiation est un acte sous-seing privé et non un acte notarié. Raison pour laquelle il ne devient pas un titre exécutoire, au sens de l'article 33 de l'AUVE, après homologation par le notaire⁵. Lorsqu'il est soumis à l'homologation ou à

¹ Voir l'article 16 al. 1 de l'AUM.

² Concrètement, cet accord est d'abord un contrat, assorti d'une obligation de faire ou de ne pas faire, qui peut se résoudre en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. Voir l'article 1142 du Code civil applicable au Cameroun.

³ Voir l'article 39 de l'AUVE.

⁴ Voir l'article 28 de l'AUVE.

⁵ Voir l'article 16 al. 2 de l'AUM « A la requête conjointe des parties, l'accord de médiation peut être déposé au rang des minutes d'un notaire avec reconnaissance d'écritures et de signatures. Le notaire en délivre, à la requête de la partie intéressée, une grosse ou une copie exécutoire ».

l'exequatur de la juridiction compétente¹, ou à la constatation, par le « *tribunal arbitral constitué, dans une sentence d'accord parties*²», il revêt les effets d'une décision judiciaire. L'apposition de la formule exécutoire devrait rendre possible le recours à la force publique³. La réforme souhaitée de l'AUVE permettra, on l'espère, de clarifier la nature juridique de l'accord issu de la médiation.

En attendant, il importe d'identifier la juridiction compétente pour statuer sur l'homologation et l'exequatur de l'accord de médiation⁴. Si le législateur a pris soin de préciser les pouvoirs de la juridiction compétente⁵, le délai pour répondre⁶ ainsi que la nature de la décision rendue en dernier ressort⁷, un flou demeure sur ladite juridiction⁸. Certains auteurs⁹ suggèrent de se référer soit au juge compétent pour accorder l'exequatur, désigné à cet effet dans chaque Etat partie¹⁰, soit au juge de droit commun¹¹. Il est aussi possible que l'AUM laisse la loi nationale déterminer la catégorie de juridictions compétentes pour examiner les demandes d'homologation et d'exequatur et identifier la juridiction territorialement compétente¹². Dans ce sens, le législateur sénégalais a pris de l'avance en désignant le « *président de la juridiction compétente pour connaitre*

¹ Voir l'article 16 al. 3 de l'AUM.

² Voir l'article 16 al. 8 de l'AUM.

³ Voir l'article 29 de l'AUVE.

⁴ Une requête conjointe des parties ou, à défaut, une requête de la partie la plus diligente, peut être introduite auprès de la juridiction compétente, Voir l'article 16, al. 3 et 4 de l'AUM.

⁵ La juridiction compétente ne peut modifier les termes de l'accord issu de la médiation. Elle se borne à vérifier l'authenticité de l'accord de médiation.

⁶ La juridiction compétente fait droit à la demande dans un délai maximum de quinze (15) jours ouvrables, à compter du dépôt de la demande.

⁷ Le juge statue par ordonnance.

⁸ La juridiction compétente, étant saisie sur requête et statuant par ordonnance, il s'agit de la juridiction présidentielle. En revanche, l'expression « la juridiction compétente », ne renseigne pas sur la juridiction présidentielle visée. La loi n°2007/001 du 19 avril 2007 instituant le juge du contentieux de l'exécution et fixant les conditions de l'exécution au Cameroun des décisions judiciaires et actes publics étrangers ainsi que les sentences arbitrales étrangères a multiplié les juridictions présidentielles.

⁹ AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.M.), op.cit., p. 360.

¹⁰ Proposition contestable car cette dernière a été désignée pour donner suite à une sollicitation de l'AUA. L'article 2 de la Loi n°2003/009 du 10 juillet 2003 désignant les juridictions compétentes visées à l'AUA et fixant leur mode de saisine désigne le Président du tribunal de première instance (TPI) du lieu de l'arbitrage ou le magistrat qu'il désigne à cet effet. Nulle part il n'est question de la médiation, encore moins d'un accord issu de celle-ci.

¹¹ Ainsi, dans les Etats OHADA n'ayant pas encore procédé à cette désignation, on se référerait au juge déterminé par application du Code de procédure civile.

¹² DIOUF (Nd.), « op.cit., p. 404. Par conséquent, il revient aux Etats parties de fixer les critères de désignation de la juridiction et d'indiquer les règles de compétence d'attribution et territoriales.

du contentieux dans la matière considérée »¹. Par analogie, on aboutirait à la compétence du président de la juridiction compétente, *ratione materiae* et *ratione loci*, (TPI ou TGI) en fonction du montant de la demande en droit camerounais.

Cependant, ne serait-il pas plus simple de privilégier la compétence du juge des référés² ? Le délai imparti pour rendre son ordonnance, rend compte d'une situation d'urgence, « âme du référé »³. Pour éviter de confondre le juge traditionnel des référés, juge de l'urgence, avec la juridiction saisie en matière d'homologation ou d'exequatur de l'accord de médiation, on peut s'inspirer d'une réponse donnée à l'issue d'une réunion des Chefs de Cours d'appel du Cameroun⁴ : lorsqu'il s'agit de demander l'homologation ou l'exequatur d'un accord issu de la médiation, la requête doit mentionner « *le juge de l'urgence statuant en matière d'homologation ou d'exequatur en vertu de l'article 16 de l'AUM* »⁵.

Pour ce qui est de la juridiction compétente en cas de recours contre la décision qui refuse l'homologation ou l'exequatur, le choix de la CCJA est discutable⁶. Nonobstant le souci d'harmonisation des décisions⁷, la CCJA semble érigée en

¹ L'article 36 al. 2 du Décret de 2014 précité dispose que « *si les parties optent pour l'homologation, l'accord de médiation ou de conciliation auxquelles elles sont parvenues est soumis au président de la juridiction compétente pour connaître du contentieux dans la matière considérée* », saisie par requête de la partie diligente.

² Voir les articles 183 du CPCC et 27 de loi n°2006/022 du 29 déc. 2006, fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs.

³ AUBY (J.-M.) et DRAGO (R.), *Traité de contentieux administratif*, 3^eéd. t. 2, Paris, LGDJ, 1984, p. 48

⁴ Conclusions de la Réunion des chefs de Cours d'appel tenue les 11, 12 et 13 juillet 2001 à Yaoundé. Cette réunion visait à dissiper toute confusion entre le juge des référés du Code de procédure civile et celui statuant en vertu de l'article 49 de l'AUME. Voir à titre d'exemple, Ordonnance n°147/07405, TPI de Douala Ndokoti, 27/01/2005, RTD act. n°0, oct. déc. 2006, pp. 47-48, « Nous, président, Juge du contentieux de l'exécution... ».

⁵ Répondant à son tour, le juge devrait dire « *Nous... juge de l'urgence statuant en matière d'homologation ou d'exequatur en vertu de l'article 16 de l'AUM* ».

⁶ De même lorsque la partie adverse estime que l'accord de médiation est contraire à l'ordre public. Elle peut saisir la CCJA de son recours contre l'acte d'homologation ou d'exequatur automatique (article 16 al. 6 de l'AUM).

⁷ Agossou (C.), « Le développement de la médiation », MIDAA, *For enterprising Africa*, cité par Blanc (G), « Les suites de l'accord amiable en Afrique », <https://books.openedition.org/puam/3608?lang=en#ftn1>, n°26. Au regard du champ étendu de l'AUM, quelle que soit la nature de l'affaire, le recours contre l'homologation et l'exequatur automatique ou des décisions en tenant lieu serait porté devant la CCJA.

un juge suprême compétent au-delà de son domaine traditionnel. L'article 2 de l'AUM, « *va incontestablement avoir pour effet de faire de cet acte uniforme, dont le champ d'application matériel est très étendu, un dispositif complet en mesure de fonctionner sans l'appui des lois nationales* »¹. N'aurait-il pas été plus juste d'alléger le rôle de la CCJA qui doit se limiter au droit des affaires, et de responsabiliser les juridictions suprêmes nationales ? Sur ce second point, force est de constater que l'article 36 al. 4 (b) du Décret sénégalais cité plus haut dispose que « *la décision par laquelle le juge refuse d'homologuer l'accord ne peut faire l'objet que d'un pourvoi en cassation* ». À la vérité, si on veut développer l'intérêt pour la médiation, on ne saurait faire des voies de recours la « *propriété exclusive* » de la CCJA².

Cette étude a permis de montrer la place de l'obligation de bien se comporter dans un processus de médiation OHADA, d'en analyser le périmètre contractuel et l'expression procédurale. Cette obligation découle de multiples exigences assorties de sanctions à l'égard des parties prenantes, avec le secours du juge³. Outre la notion ambiguë de l'ordre public, plusieurs questions ont été discutées, notamment : la sanction contre le médiateur en cas de violation des principes consacrés, la négligence observée sur sa formation, la juridiction compétente pour homologuer ou accorder l'exequatur, l'exclusivité de la CCJA comme juridiction de recours, etc. Autant d'aspects qui seront sans doute clarifiés par le législateur. Ne dit-on pas que la médiation est ancrée dans la tradition et la culture africaines ?

¹ DIOUF (Nd.), op.cit., p. 404.

² En attendant une éventuelle réforme de l'AUM, la CCJA ne saurait se déclarer incompétente, sans commettre un déni de justice. Elle ne pourra pas faire des renvois aux juridictions nationales. Toute législation nationale faisant appel à une juridiction interne serait contraire à l'AUM et non applicable.

³ TOBOSSI (T.D.A), « Le juge étatique et l'efficacité des modes alternatifs de règlement des différends en droit OHADA », *Ohadata*, D-21-10, pp. 1-111.

**La préservation des droits du débiteur personne
physique en liquidation des biens dans le nouveau
droit OHADA des procédures collectives**

Jean Marcel ESSI BIDJA - Docteur/Ph.D en Droit Privé - Chargé de Cours

Université de Yaoundé II-Cameroun

RESUME

L'un des enjeux majeurs qui interpellent les législateurs en matière de procédures collectives est, sans aucune équivoque, celui de la préservation des droits du débiteur personne physique en liquidation des biens. Rêve idéal, la préservation des droits est perçue comme l'ensemble des mécanismes juridiques tendant à prémunir ou à assurer contre toute violation ou atteinte aux intérêts du débiteur personne physique en liquidation des biens dans l'espace OHADA.

Le constat est que le législateur OHADA des procédures collectives prévoit plusieurs mécanismes de préservation des droits du débiteur personne physique en liquidation des biens.

La préservation des droits du débiteur personne physique en liquidation des biens est un rêve idéal pour le débiteur. Cette idée a été défendue par une des plumes les plus autorisées du droit français qui a affirmé que « *la faveur que la démocratie n'a jamais cessé de témoigner aux faibles lui fait depuis longtemps considérer le débiteur comme le seul digne de protection des lois. La crise économique est le motif ou le prétexte qui est invoqué pour accentuer cette protection* »¹. Cette affirmation semble inspirer le législateur OHADA des procédures collectives d'apurement du passif dans la mesure où celui-ci est régulièrement décrit comme favorable aux intérêts des créanciers. A cet effet, l'identification de la partie faible² dans les procédures collectives est sujette à caution, tant on peut considérer que les créanciers³, du fait de l'interruption⁴ de leurs poursuites individuelles⁵ et de leur obligation de production des créances⁶ seraient devenus faibles par rapport au débiteur. Il n'en est rien, c'est le débiteur qui est poursuivi⁷ par les organes de la procédure, et par conséquent certains droits du débiteur⁸ méritent d'être garantis pour qu'il ne soit pas poussé à

¹G. Ripert, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *DH*, 1936, Chron. p.57 s.

² V. L. Josserand, « La protection de la partie faible par le droit », in *Evolution et Actualité, Conférences de droit civil*, Sirey, 1936, p. 159. L'auteur défend l'idée selon laquelle la protection de la partie faible est fondée sur le souci d'une humanisation du droit et d'une morale républicaine. Lire également G. Ripert, *La Règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, n°70 et s. G. Ripert se fonde la protection de la partie faible sur l'idée d'une morale chrétienne.

³C. Rouger, « La procédure de vérification des créances : Les rôles respectifs du représentant des créanciers et du juge-commissaire et la rectification d'erreur ou omission », *Rev. Proc. Coll.*, n°4, octobre 2001, pp. 182-193.

⁴Cf. Article 75 de l'Acte Uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives.

⁵Y. R. Kalieu Elongo, *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, Yaoundé, PUA, 2016, p. 83 ; F. Aubert, « Les finalités des procédures collectives », in *Dialogue avec Michel Jeantin. Perspectives du droit économique*, Paris, Dalloz, 1999, p. 367.

⁶F. Pollaud-Dulian, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP* 1999. I. 138.

⁷D. R. Soh Fogno, *Le Débiteur à l'épreuve des procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, Th., Université de Dschang *op. cit.*, p. 176.

⁸Y. S. Ngomo Mbassa, « La protection de la partie faible dans le contrat à l'aune du futur Acte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA », in *Revue de l'ERSUMA*, 2022-n°16, p. 122-152.

l'extrême précarité¹. Ainsi loin d'être malmené, le débiteur est davantage pris en compte dans la procédure de liquidation des biens².

L'histoire pathétique des entreprises en difficulté remonte à Rome³. A l'origine, une entreprise était une personne physique commerçante. Fortement débitrice, elle était traitée sans égard⁴ pour apaiser la colère des créanciers insatisfaits. Les pouvoirs publics la tenaient parfois pour pénalement responsable des difficultés qui l'accablaient : on disait qu'elle avait failli et ne parvenait plus tenir à ses engagements⁵. La situation n'était pas très différente en France par exemple où le droit de la faillite avait un caractère vexatoire en ce sens que les commerçants concernés étaient publiquement humiliés voire emprisonnés. Le droit français s'est humanisé au fil du temps. De sa conception primitive et barbare, il a évolué en dents de scie entre sévérité et souplesse à

¹G. Cohen-Jonathan, « La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'honneur de Benoît Jeanneau. Les mutations contemporaines du droit public*, Paris, Dalloz, 2002, p. 3 et s ; F. Sudre, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP* 2001, I, 335; Ph. Malaurie, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP* 2002, I, 23 ; A. Debet, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Th., Paris 2, 2001, p. 8.

²C. Hardy, *Les droits du débiteur en redressement judiciaire*, th., Université de Reims Champagne-Ardenne, p. 2; C. Nga Beyeme, « Droit et éthique des droits de l'homme », *RASJ*, Vol. n°2, 2011, p. 91.

³Notons que l'origine des entreprises en difficultés remonte au droit romain. Ce droit organisait la « vendition bonorum » qui s'appliquait indistinctement aux commerçants et aux non commerçants. Cf. L. Lacour, *Précis de droit commercial*, Dalloz 1912, p. 1177, n°292, M.-H. Renaut, « La déconfiture du commerçant », *RTD com*, 2000, 533, C. Magras, « La lettre agonie du droit de la faillite : une soumission progressive de la loi aux volontés du monde des affaires au XIX siècle », *Jurisdoctoria, Revue doctorale de droit, Les violations du droit*, n°13, 2016, pp. 48 et s. ; A. Akam Akam, « Le règlement préventif, l'ouverture du redressement judiciaire et de la liquidation des biens », in *Recueil des cours de l'ERSUMA, Droit des procédures collectives et d'apurement du passif (2004-2012)*, 1^{ère} éd., ERSUMA, 2013, p.6 ; J.-P. Coriat, « La dette, le failli et le créancier : le droit romain face à l'endettement », in *Etudes du CREDA (Centre de Recherches et d'Etudes en Droit des Affaires), sur l'apurement des dettes, solutions au surendettement*, Paris, Litec, 1998, p. 27 et p. 41 ; J. Paillusseau, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », *Études offertes à Roger Houin*, Dalloz Sirey, 1985, PP. 109 à 150, spéc. p. 113.

⁴C. Magras, « La lente agonie du droit de la faillite : une soumission progressive de la loi aux volontés du monde des affaires au XIXe siècle », in « *les violations du droit* », *Jurisdoctoria, Revue doctorale de droit*, n°13, 2016, pp. 48 et s.

⁵A.-F. Tjouen, « La gradation des finalités du droit ohada des entreprises en difficultés », *RADSP*, Vol. IV. n° 08, juil.-déc. 2016, p. 7-33 ; D. Desurvire, « Banqueroute et faillite. De l'antiquité à la France contemporaine », *Les petites affiches*, 1991, n°104.

l'égard du débiteur en difficultés¹. A côté du droit de la faillite défavorable pour ce dernier, un droit de la « *faillite atténuée* » a progressivement vu le jour à partir de l'institution en 1889², de la nouvelle procédure de liquidation judiciaire³. C'étaient les prémices d'un droit tolérant qui permettait désormais au débiteur d'éviter l'incarcération et de continuer à s'occuper de ses affaires, mais avec l'assistance d'un liquidateur judiciaire. Par la suite, et pour permettre à l'entreprise de faire face à ses difficultés, le législateur français met en place, en plus de la liquidation judiciaire, un ensemble de procédures permettant au débiteur d'apurer son passif c'est-à-dire de désintéresser les créanciers⁴. L'esprit nouveau est donc de préserver les intérêts du débiteur. Sujet de droit, le débiteur a non seulement les obligations mais aussi et surtout des droits en sa qualité de personne physique.

En Afrique, à l'exception de quelques pays⁵, les législations nationales⁶, éparses, n'étaient qu'une copie de certains textes français⁷. Le principe de l'incarcération était maintenu bien que pratiquement abandonné depuis⁸. La codification de la matière à travers l'Acte Uniforme sur les procédures collectives a permis de moderniser et d'harmoniser la gestion des difficultés des entreprises grâce aux procédures collectives⁹. Les procédures collectives ne constituent pas

¹Du Moyen-âge jusqu'en 1838, le législateur avait mis en avant le paiement des créanciers et la punition du débiteur défaillant. Ensuite, par une loi du 28 mai 1938, il institua des exceptions à l'incarcération du débiteur. Mais suite à de multiples scandales financiers subséquents, il se sentit « obligé de revenir à la sévérité avec des décrets lois de 1935 ». Plus tard, par un vaste mouvement continu de réformes, le législateur mit progressivement en place des procédures collectives.

²Cf. loi française du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire.

³A.-F. Tjouen, « La gradation des finalités du droit ohada des entreprises en difficultés », *op.cit.*, p. 10.

⁴Ibidem.

⁵Le Mali et le Sénégal avaient procédé à une réforme complète. Le Burkina Faso avait comme la France, institué une nouvelle procédure de redressement judiciaire mais avec une différence fondamentale qu'elle ne s'ouvrait que si le débiteur était en cessation de paiements.

⁶G. Blanc, « Prévenir et traiter les difficultés », *Rev. Lamy Droit civil*, n°67, 2010, pp. 75 et s., Ohadadat D-10-

⁷Cf. loi du 1838 modifiant le code de commerce de 1807, loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire, et des décrets lois de 1935.

⁸F. M. Sawadogo, « Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur », in Pougoué (P.G.), (sous la dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, pp. 756-757.

⁹F. Anoukaha, « L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les Etats africains membres de l'OHADA », *Afrique Juridique et Politique, Revue du CERDIP*, n°1, vol. 1, janvier-juin 2002, pp. 62 et s.

l'ensemble du droit des entreprises en difficulté. Elles ne sont ouvertes que lorsque le débiteur connaît déjà de sérieuses difficultés. Le droit des entreprises en difficulté par contre a un domaine plus vaste : il s'agit non seulement des procédures collectives, mais aussi d'un certain nombre de mesures préventives visant à sauvegarder l'entreprise à une période où les problèmes financiers de l'entreprise n'étaient encore qu'en germe¹. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle ce droit a globalement trois finalités principales : la pérennisation de l'entreprise, le paiement des créanciers et la sanction des actes frauduleux. La bonne compréhension commande de saisir au préalable les concepts qui forment le sujet de la présente réflexion.

D'après la définition la plus communément admise, le « *débiteur* » désigne une personne qui doit de l'argent à une autre, ou alors une personne qui a une obligation morale envers une autre². Cette définition est insuffisante car elle ne rend pas compte de toutes les réalités que recouvre cette notion. Au sens strictement commercial, le débiteur désigne « *toute personne physique commerçante ou toute personne morale de droit privé, même non commerçante, contre laquelle est ouverte une procédure collective de règlement du passif* »³. Il s'agit plus concrètement dans le cadre de cette analyse, de toute personne physique commerçante ou toute personne de droit privé, même non commerçante, contre laquelle est ouverte une procédure de liquidation des biens pour non-paiement des dettes⁴ par un débiteur

¹A.-F. Tjoun, « La gradation des finalités du droit ohada des entreprises en difficultés », *op.cit.*, p. 11.

²Dictionnaire Universel, Hachette, 1998, p. 313.

³G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Quadrige, PUF, 10^e éd., P.U.F., 2013. Selon le même auteur, le débiteur renvoie à « *celui qui doit quelque chose à quelqu'un* » ; c'est aussi le « *sujet passif de l'obligation* », le créancier étant le sujet passif ; c'est aussi « *celui qui est tenu d'une dette (...)* ». Le « *débiteur* » se dit aussi « *du compte dans lequel le débit est supérieur au crédit ou dans le même cas, du solde de ce compte, après balance des deux colonnes de celui-ci* ».

⁴Lire à cet effet, l'article 1-1 de l'AUPC qui dispose que « Le présent acte uniforme est applicable à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé. Les procédures conciliation, de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens sont applicables aux personnes morales de droit privé qui exercent une activité soumise à un régime particulier lorsqu'il n'en est pas disposé autrement dans la réglementation spécifique régissant ladite activité. Les activités soumises à un régime particulier au sens du présent acte uniforme et

n'entame pas ses droits¹. En tant que sujet de droit, tout débiteur a des droits. Le mot droit a deux sens: le droit objectif et le droit subjectif². Mais quand il se rapporte au débiteur, c'est le second sens qui est retenue ici. Il s'agit des droits subjectifs du débiteur à savoir droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux qui méritent d'être sauvegardés dans une procédure de liquidation des biens³.

Synonyme de protection, la préservation est une précaution qui, répondant au besoin de celui ou de ce qu'elle couvre et correspond en général à un devoir pour celui qui l'assure, consiste à prémunir une personne ou un bien contre un risque, à garantir sa sécurité et son intégrité, etc., par des moyens juridiques ou matériels. Le terme préservation désigne aussi bien l'action de protéger que le système de protection établi (mesure, régime, disposition).⁴ Une personne est dite préservée lorsqu'elle bénéficie pour sa personne et ses biens, en raison d'un état de faiblesse ou de vulnérabilité, d'un régime de protection organisé par la loi⁵.

De ces définitions du substantif « préservation » et du qualificatif « préservé », trois aspects essentiels sont à retenir. D'abord, l'objectif de la préservation est la prise en compte des difficultés, de la faiblesse ou de la vulnérabilité d'une personne dans ses rapports avec une autre personne, afin de la mettre à l'abri ou lui permettre de surmonter des dommages qui pourraient résulter d'un danger encouru. Ensuite, la préservation d'une personne spécifique consiste en des mesures d'exception au droit commun, qui doivent nécessairement être prévues et organisées dans un instrument textuel, notamment législatif. Enfin, la mise en œuvre des mesures de préservation est

des textes les régissant sont, notamment, celles des établissements de crédit au sens de la loi bancaire, des établissements de microfinance et des acteurs des marchés financiers ainsi que celles des sociétés d'assurance et de réassurance des Etats parties au Traité de l'OHADA ».

¹Le mot droit est synonyme de bien dans la présente étude.

²J. Dabin, *Le Droit subjectif*, Dalloz, 2008, p. 2.

³La liquidation des biens est une procédure qui consiste en la vente par le syndic de l'actif du débiteur afin d'apurer son actif. Généralement l'actif ou le mobilier est cédé globalement et la réalisation des immeubles peut se faire par vente forcée sur saisie immobilière ou de gré à gré.

⁴G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op.cit., p. 821.

⁵G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op.cit., V. « Protégé, ée », p. 822. V. Y. S. Ngomo Mbassa, « La protection de la partie faible dans le contrat à l'aune du futur Acte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA », op.cit., p. 126.

multiforme, pouvant notamment consiste soit en des directives *a priori* pour prévenir les effets d'un déséquilibre des forces, soit en des actions *a posteriori* pour rétablir l'équilibre des forces rompu. Il s'agit de « l'ensemble des moyens de droit permettant la reconnaissance des droits individuels »¹ au débiteur personne physique en liquidation des biens. A partir de là, on comprend pourquoi, tout système juridique accorde des mécanismes à celui qui octroie le crédit d'obtenir remboursement à échéance. Au vrai, pour obtenir remboursement d'une créance à échéance, des mécanismes individuels de recouvrement des créances existent notamment lorsque plusieurs créanciers sont concernés, l'on parle des procédures collectives.

La notion de procédures collectives² a connu une mutation notable dans ses définitions et caractéristiques³. Sous l'AUPC de 1998, elle s'identifiait au seul critère de la cessation des paiements, désignant de ce fait les procédures curatives à savoir le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Il a fallu attendre la réforme intervenue en 2015 pour étendre la compréhension de cette notion aux procédures préventives. Désormais, sont qualifiées de procédures collectives aussi bien les procédures préventives que curatives, le seul critère n'étant plus la cessation des paiements⁴, mais également les difficultés

¹N. Ekwelle Ekane, La protection civile des actionnaires dans l'espace OHADA, Mémoire de D.E.A., Université de Dschang, 2008, p. 6.

²Le droit des procédures collectives ou le « *droit des entreprises en difficulté* » est un droit complet et complexe du fait que celui-ci fait appel à de nombreuses autres matières : le droit commercial, le droit civil, la procédure civile et commerciale, les saisies et les voies d'exécution, le droit du travail, le droit des sûretés, la conciliation, le droit pénal et le droit bancaire. Lire F. M. Sawadogo, « Les procédures de prévention dans l'AUPC révisé : la conciliation et le règlement préventif », *op.cit.*, A. Fénéon, « Des mandataires judiciaires mieux encadrés, pour une procédure plus efficace », in *Droit et Patrimoine*, n°253, déc. 2015, pp. 65-70.

³H. Mvondo Mvondo, « L'application du « favor contractus » par le nouveau droit OHADA des procédures collectives : réflexion à l'aune du rapport bailleur-preneur en difficulté », in *Recueil LGA*, n°3, Avril 2002,

⁴ Il faut que trois éléments soient réunis pour qu'on parle de cessation des paiements. Premièrement, il faut un passif exigible, c'est-à-dire, que les dettes en cause doivent être liquides, exigibles et certaines. Deuxièmement, il faut que l'actif soit disponible. Cela signifie que le commerçant peut entreprendre de sommes immédiatement, soit parce qu'elles sont liquides, soit parce que leur conversation en liquide est possible sans délai. Enfin, il faut que le commerçant soit dans l'incapacité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible de sorte qu'il y a cessation de paiement. Lire M. Jeantin et P. Le Cannu, *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, Dalloz, 7^e éd., 2007, p.178, n°250, Cass. Com., 22 février 1994, *JCP éd.*, G 1995, II 22447, note Lévy ; CA Ouagadougou, arrêt n°52 du 16 avril 2004, *Juriscopes OHADA* 2006 ; Com., 25 nov. 2008, GPC 28 avril 2009, p. 15, obs. ch. Lebel ; B. Diallo, « La cessation des paiements du

économiques ou situations difficiles, mais non irrémédiablement compromises¹. Selon Gérard Cornu, ce terme générique désigne « *une procédure dans laquelle le règlement des dettes et la liquidation éventuelle des biens du débiteur ne sont pas abandonnés à l'initiative individuelle de chaque créancier (...)* »². D'autres auteurs y voient des « *procédures judiciaires se substituant aux voies d'exécution individuelle pour mettre en place un règlement collectif des créanciers de certains débiteurs en état de cessation des paiements* »³; des « *procédures judiciaires ouvertes lorsque le débiteur professionnel et pas seulement le commerçant ou la personne morale de droit privé n'est plus en mesure de payer ses dettes-on dit d'un tel débiteur aux abois qu'il est en état de cessation des paiements-ou, à tout le moins, connaît de sérieuses difficultés financières, en vue d'assurer le paiement des créanciers et, dans la mesure du possible, le sauvetage de l'entreprise et, par voie de conséquence, de l'activité et des emplois* »⁴. Ces définitions mettent en avant le caractère judiciaire des procédures collectives, marquant ainsi la forte empreinte qu'a le juge dans leur ouverture et déroulement⁵.

débiteur en OHADA », Note sous Cour d'Appel de Ouagadougou, Arrêt n°52 du 16/04/2004, ch civ com., (BATC-SARL ET Ent DAR-ES-SALAM c/SOSACO) *Jurfis info*, n° Décembre 2010, p. 12.

¹A. Robardet, « Situation irrémédiablement compromise et cessation des paiements : Deux notions à ne pas confondre », Note sous Cass. Com., 31 mars 2004, *D.*, 2004, JP ; p. 1231.

²G. Cornu, (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*, p. 168.

³R. Cabrillac, (dir.), *Dictionnaire du Vocabulaire juridique*, Paris, LITEC, 2002, 1^{ère} éd., p. 25.

⁴F. M. Sawadogo, « Les procédures de prévention dans l'AUPC révisé : la conciliation et le règlement préventif », *op.cit.*

⁵Pour plus de développements sur la notion d'entreprises en difficulté, lire : P. Nguihe Kante, « Réflexions sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », *Annales de la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques*, Université de Dschang, 2002, p. 191 : L'entreprise est en difficulté lorsqu' « *en raison de certains déséquilibres financiers ou humains, relevés par la conjoncture de divers indices, ratios (...), elle ne pourrait envisager dans le futur prévisible, à court ou à moyen terme, de poursuivre son activité de manière normale, ou ne le pourrait qu'en procédant à des opérations de liquidation partielle, de transformation économique, d'apports de capitaux permanents extérieurs ou de licenciement de son personnel* »; I. Ndam, « La protection de l'intérêt des créanciers par la réforme du droit OHADA des procédures collectives d'apurement du passif », in *RADSP*, Vol. VII, n°14, Janvier-juin 2019, pp. 41-82. Pour cet auteur les procédures collectives sont « *des mesures prescrites pour la prévention et le traitement des difficultés des entreprises* ».

La présente étude n'envisage pas d'analyser les droits du débiteur personne morale en liquidation des biens. Le débiteur personne morale¹ a une série de droits qui lui sont davantage prioritaires. Par contre, la réflexion garde tout son attrait lorsqu'une procédure de liquidation des biens est ouverte contre un débiteur² personne physique. Ce sont les droits du débiteur personnes physiques qui nous intéressent du fait de leur variété et de leur importance, et méritent d'être préservés.

A travers l'AUPC de 2015, le législateur OHADA³ affiche véritablement sa volonté de placer le débiteur au centre du traitement des difficultés des entreprises⁴. Rompant ainsi avec le principe du paiement prioritaire des créanciers qui était la finalité essentielle dans l'AUPC originel. Ce dernier rend compte de l'évolution formelle de la préservation des droits du débiteur personne physique dans la philosophie qui sous-tend le traitement de la liquidation des biens. Il est permis, à la lumière du nouvel AUPC de soutenir que, la procédure de liquidation des biens a désormais l'humanité pour mesure dans l'espace OHADA. Cette humanisation de la procédure de liquidation des biens concourt à la prise en compte des droits du débiteur⁵. Sur la base de ces différents éléments, la préservation des droits du débiteur personne physique peut dès lors être perçue comme l'ensemble des mécanismes juridiques tendant à prémunir ou à assurer contre toute violation ou atteinte aux intérêts du débiteur en liquidation des biens dans l'espace OHADA.

¹L'énumération des personnes qui peuvent bénéficier d'une procédure collective révèle sans équivoque que c'est l'activité et donc l'entreprise qui est au centre du dispositif de protection organisé par l'article 1-1 du nouvel AUPC. Le droit des procédures collectives s'est étendu à l'ensemble des professionnels exerçant une activité, qu'elle soit commerciale, artisanale, agricole, ou professionnelle indépendante.

² M.-P. Dumont-Lefrand, « Le débiteur », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur*, Presses de l'Université de Toulouse Capitole, pp. 91-102.

³Acronyme de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

⁴R. Akono Adam, « Regards sur les innovations introduites dans la réforme Ohada des procédures collectives du 10 septembre 2015 », in *RRJ*, 2015-4, pp. 1842-1881 ; F. Pérochon, « Le bénéfice de la procédure collective », in *Mélanges Mouly*, LITEC, Tome 2, p. 401.

⁵M.-P. Dumont-Lefrand, « La situation personnelle du débiteur », in *Droit et patrimoine*, Juin 2014, p. 44.

Le sujet de la préservation des droits du débiteur personne physique en liquidation des biens pose dès lors une problématique essentielle, celle de la portée de la préservation des droits du débiteur. Rechercher la portée conduit à recenser et analyser les dispositions prévues dans l'AUPC pour préserver les droits du débiteur personne physique en liquidation des biens. En perspective à un développement économique des Etats africains membres de l'OHADA, le débiteur au fil des temps s'est résolument attiré les faveurs du législateur lorsqu'il est en liquidation des biens. Sujet des procédures collectives, acteur stratégique au service de l'activité économique ; la préservation des droits du débiteur en liquidation des biens constitue un enjeu important pour la survie de celui-ci. Toute chose qui justifie le cordon de sécurité mis en place autour de lui, dans le but de sauvegarder ses intérêts. En s'intéressant de manière spécifique aux droits du débiteur personne physique, l'on se posera ainsi la question suivante : quelle est la portée de la préservation des droits du débiteur personne physique en liquidation des biens dans le nouveau droit OHADA des procédures collectives ?

Si l'actualité de cette étude peut susciter des discussions, en raison notamment de l'entrée en vigueur du nouvel AUPC qui lui sert de référence, la pertinence du présent questionnement demeure entière. A ce titre, cette réflexion présente un intérêt théorique et une utilité pratique indéniables. Sur le plan théorique, l'analyse juridique envisagée contribue à l'examen technique du nouvel AUPC. Sur le plan pratique, il semble davantage pragmatique de montrer que la préservation des droits du débiteur personne physique n'est pas une pure abstraction¹ dans l'espace OHADA.

En somme « *l'homme étant la mesure de toute chose* »², l'idée d'une préservation des droits du débiteur personne physique en liquidation des biens

¹ Y. Picot, *Droit de la consommation*, 3^e éd., coll., Université, Sirey, 2015, p. 401. Selon cet auteur : « L'efficacité du droit passe par la mise en place d'outils adaptés, destinés à faire respecter les règles de droit ».

² Platon, *Théétète*, La Bibliothèque Electronique du Québec, col. Philosophie, vol. 9, version 1.01 ; Traduction, notice et notes par Emile Chambry, p. 109 ; reprenant une réplique de Socrate à Théétète et citant cette pensée complète de Protagoras : « *L'homme est la mesure de toutes choses : de celles qui sont, du fait qu'elles sont ; de celles qui ne sont pas, du fait qu'elles ne sont pas* ».

relève non seulement du droit substantiel, mais également du droit processuel. Pour rendre compte de l'effectivité des mesures prises en vue d'assurer la préservation des droits du débiteur. Pour la conduite de cette réflexion, nous inscrivons le raisonnement dans un registre chronologie, consistant notamment à observer l'étalement temporel du processus, afin d'y recenser les mesures de préservation des droit du débiteur.

A cet égard, nous observons qu'un corps de règles visant la préservation des droits du débiteur personne physique en liquidation des biens est institué dans le nouvel AUPC¹. Bien qu'il demeure que cette préservation des droits personnels et patrimoniaux du débiteur reste inégale. Ce dispositif établit donc d'une part, une préservation accrue au plan personnel (I) et, d'autre part une préservation résiduelle au plan patrimonial des droits du débiteur personne physique en liquidation des biens.

I- La préservation accrue des droits extrapatrimoniaux du débiteur personne physique en liquidation des biens

Au plan personnel, la procédure de liquidation des biens dans l'espace OHADA met en cause certains droits du débiteur insusceptible de subir des atteintes soit du syndic, soit du fait des organes judiciaires. Ceux qui nous intéressent particulièrement sont les droits au respect de la vie privée(B), et à l'exercice d'une activité professionnelle par le débiteur en liquidation des biens².

A. La préservation du droit à l'exercice d'une activité professionnelle du débiteur

Le droit à l'exercice d'une activité professionnelle par le débiteur en liquidation des biens est une prérogative constitutionnelle³. Cette disposition

¹F. Macoring-Venier et J. Valansan, « Les améliorations de la procédure liquidative et des cessions », in Dossier sur « un nouveau droit des entreprises en difficulté, plus efficace, plus équilibré », RCP juill./août 2014, n°32, p. 58.

²Cette préservation accrue des droits extrapatrimoniaux du débiteur en liquidation des biens découle du principe de proportionnalité introduit par le législateur OHADA dans les procédures collectives. Il s'agit du droit au respect à la vie privée et à l'exercice d'une activité professionnelle par le débiteur en liquidation des biens.

³« *Tout homme a le droit et le devoir de travailler* », disposition tirée du préambule de la constitution camerounaise du 18 janvier 1996, modifiée en 2008. Cette disposition du préambule de la Constitution camerounaise rentre en droit ligne avec l'article 23 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme qui affirme en ses alinéas 1, 3 et 4 respectivement que « *toute personne*

constitutionnelle permet à tout citoyen d'être financièrement indépendant et de participer à la croissance économique du pays. L'AUPC se situe dans la mouvance de cette exigence¹. Envisager la préservation du droit à l'exercice d'une activité professionnelle du débiteur personne physique conduira à examiner des règles établies à cet effet par le législateur OHADA. Celles-ci sont inhérentes à l'extraction des objets nécessaires liés à l'activité professionnelle du débiteur.

La possibilité d'extraire les objets nécessaires liés à l'activité du débiteur en procédure liquidative est prévue dans l'article 60 alinéa 1 de l'AUPC qui dispose que : « *si la juridiction compétente a ordonné l'apposition des scellés, le juge-commissaire peut, sur proposition du syndic, le dispenser de faire placer sous scellés ou l'autoriser à en faire extraire : 1-les objets mobiliers et effets indispensables au débiteur et à sa famille sur l'état qui lui est soumis ; 2-les objets soumis à déperissement prochain ou à dépréciation imminente; 3-les objets nécessaires à l'activité professionnelle du débiteur(...)* ». Cette écriture est sans surprise dans la mesure où l'exercice d'une activité est étroitement lié au droit à la vie. Le législateur OHADA parle d'extraction d'objets nécessaires dans la mesure où tout jugement d'ouverture dessaisi automatiquement le débiteur de ses fonctions. Ses activités étant à l'arrêt, il revient au syndic de prendre les rênes de celles-ci. Afin d'éviter que le débiteur ne reste sans activité, le juge commissaire peut autoriser l'extraction des objets nécessaires à la professionnelle du débiteur.

La lecture de l'article 60 alinéa 1 de l'AUPC fait ressortir une distinction entre les objets nécessaires à la profession du débiteur et ceux qui en sont pas nécessaires. Les objets nécessaires sont des objets ou des biens attachés à l'exploitation du débiteur. Il s'agit des immeubles par destination. On entend par immeubles par destination des meubles auxquels la loi confère la qualification d'immeubles dits « *par destination* » en raison du lien qui les unit à un immeuble

a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage ».

¹T. A. Stéphane, Les créances insaisissables, Mémoire de Master en contentieux et Arbitrage des Affaires, Université Catholique d'Afrique Centrale, Avril 2017, p. 15.

par nature en tant qu'accessoire de ce dernier. Ils sont caractérisés par un lien soit économique, soit matériel. On parle naturellement de lien économique lorsque l'objet est affecté au service ou à l'exploitation d'un fonds de commerce à l'exemple de l'ordinateur du débiteur qui pourrait être qualifié en procédure liquidative par le juge commissaire comme un objet nécessaire à sa profession. L'extraction de l'ordinateur du débiteur dispense qu'il soit placé sous scellés¹.

Dans cette hypothèse si, cet ordinateur a un lien étroit avec son activité secondaire et dans laquelle *l'intuitu personae* est de principe², l'extraction des scellés de ce matériel permet au débiteur en liquidation des biens d'exercer une autre activité professionnelle question d'être l'abri de l'indigence. Ainsi, le débiteur peut être à la fois commerçant et peintre, architecte, écrivain ou musicien. La possibilité offerte au débiteur d'exercer une autre profession amène à comprendre que l'on ne saurait au nom du paiement des créanciers, empêcher celui-ci d'exercer une quelconque activité sous prétexte qu'il est en liquidation des biens. Une telle mesure serait disproportionnée par rapport à l'objectif visé à savoir la réalisation du droit personnel de tout citoyen.

L'exercice d'une activité est un droit fondamental lié à la dignité humaine. Ce droit est étroitement lié au droit à la vie car, le débiteur en procédure liquidative devrait pouvoir subvenir non seulement à ses propres besoins vitaux, mais également à ceux des membres de sa famille³. En ce sens, la procédure liquidative de l'AUPC est une procédure qui permet de mettre fin aux difficultés du débiteur tout en lui permettant de réemployer ses forces dans une autre activité professionnelle. L'on peut espérer que, l'expérience de son échec lui sera

¹F. M. Sawadogo, Commentaire sous Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in *OHADA, Traité et Actes uniforme commenté et annotés, op.cit.*, p.1231; J. Kom, *Droit des entreprises en difficulté OHADA : Prévention-Traitement-sanctions, op. cit.*, p. 190; F. M. Sawadogo, « Effets de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur », *op.cit.*, p.759 ; P. Petel, *Procédures collectives, op.cit.*, n°165 et s

²D. Soh Fogno, Le débiteur à l'épreuve des procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA, th., *op.cit.*, p. 191.

³J. Kom, *Droit des entreprises en difficulté OHADA : Prévention-Traitement-sanctions, op. cit.*, p. 189.

profitable, argument que certains auteurs ont qualifié d'angélique¹ mais qui préserve tout au moins le droit à la profession du débiteur en procédure liquidative, et cela reste conforme aux pratiques internationales².

La possibilité pour le syndic de saisir l'instrument de travail du débiteur notamment son ordinateur a été rejetée par la cour de cassation française. Celle-ci a tranché en faveur du caractère insaisissable³ de cet instrument. Toutefois, cet instrument doit être nécessaire pour son activité professionnelle et surtout utilisé pour la recherche d'un nouvel emploi, car pour la Haute cours « **un ordinateur utilisé pour la recherche d'un emploi doit être assimilé à un instrument nécessaire à l'exercice personnel d'une activité professionnelle** »⁴ du débiteur. Par conséquent, le syndic devra attendre que le débiteur ait une autre activité, afin de pouvoir engager une nouvelle saisie tout en espérant que celle-ci ne l'amènerait pas à utiliser son ordinateur à domicile par exemple. Si la mesure semble contrarier les intérêts des créanciers dans l'immédiat, il n'en demeure pas moins que l'exercice d'une autre activité par le débiteur est susceptible de les satisfaire à plus ou moins long terme, contrairement au fait que celui-ci ne poursuit aucune, d'autant plus que « *le crédit ne peut vivre que si le débiteur survit, et que l'investissement qui en résulte est lui-même un facteur de croissance économique* »⁵. Mieux vaudra alors pratiquer une saisie de la nouvelle rémunération du débiteur pour payer ses créanciers⁶.

A l'observation, le débiteur personne physique en liquidation des biens a le droit d'exercer une activité professionnelle de son choix. Cette mesure se fonde

¹Ph. Roussel Galle, « Les débiteurs dans l'AUPC révisé : La modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité », *op.cit.*, p. 58.

²Cf. Recomm. Comm. UE relative à une nouvelle approche en matière de défaisances et d'insolvabilité des entreprises, 12 mars 2014, (2014), cité par Roussel Galle (Ph.), « Les débiteurs dans l'AUPC révisé : La modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité », *op.cit.*, p. 58.

³D. Lochouan, « L'évolution des insaisissabilités professionnelles », *La Revue des Huissiers*, 1997, p. 9, lire également du même auteur, « Les biens professionnels », *La Revue des Huissiers*, 2000, p. 257.

⁴Civ., 2^e, 28 juin 2012.

⁵J. F. Overstake, *La protection du débiteur dans les procédures individuelles d'exécution*, L'Harmattan, Paris, 2004, Préface, p. 13.

⁶M. Jamin, « Cession de contrat et consentement du cédé », *D.* 1995, Chr., p. 131.

sur le fait que le débiteur reste et demeure un citoyen¹ titulaire des droits dans la Cité². L'autorisation d'extraire les objets a pour seule finalité de préserver le droit à l'emploi du débiteur en liquidation des biens. Il est toujours plus indiqué, pour le syndic de saisir les revenus du débiteur, que de le priver de son instrument de travail. On imagine mal, un débiteur à la recherche d'un emploi sans son instrument de travail. La solution contraire constituerait un véritable abus de droit à l'égard de ce dernier³. Le nouvel AUPC ne s'est pas limité à préserver le droit d'exercer une activité professionnelle par le débiteur en liquidation des biens. Il préserve également la vie privée⁴ du débiteur.

B. La préservation de la vie privée du débiteur

La préservation de la vie privée⁵ du débiteur personne physique en liquidation des biens dans l'espace OHADA est prise en compte à travers l'amélioration du régime juridique des correspondances adressées au débiteur (1). Toutefois, en vertu de l'exigence de la proportionnalité qui est un principe de modération du pouvoir⁶ le législateur OHADA a maintenu les atteintes du domicile du débiteur à titre exceptionnel (2).

1. L'amélioration du régime juridique des courriers adressés au débiteur

¹L. J. B. Tchouamba Tomtom, La transparence dans les procédures collectives d'apurement du passif, Th., *op.cit.*, p. 315.

²Pour éviter que le débiteur personne physique en liquidation des biens ne soit cruellement traité, le législateur OHADA, le prémunit contre toute situation « *d'homme nu* ».

³Le droit à la profession étant un droit constitutionnel reconnu à tout citoyen dans la plus part des Etats-membres de l'espace OHADA.

⁴Cass. civ. 1, chambre, 23 octobre 1990, n°89-13.163, *Bulletin*, 1990, n°222 : « Toute personne, quelque soit son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir, a droit au respect de sa vie privée ».

⁵Le concept de vie privée n'a pas de définition légale. Historiquement, ses origines philosophiques remonteraient au IV^e siècle avant Jésus-Christ, époque où Aristote faisait déjà la différence entre les deux aspects de la vie que sont d'une part la vie imbriquée dans la sphère publique, appelée Polis, associée à la politique, et d'autre part son opposé, la vie domestique. Avec le vent des libertés individuelles du XVIII^e siècle, le concept évoluera encore et sera progressivement intégré dans les textes de lois; D.I. Sissoko, « Le respect de la vie privée : remarques à propos d'une situation problématique en droit positif malien », in *La revue Lexbase Afrique-OHADA*, n°56 du 9 juin 2022, p. 27-42 ; D. Gutmann, *Le sentiment d'identité : étude de droit des personnes et de la famille*, LGDJ, 2000, p. 221; F. Sudre, La « construction » par le juge européen du droit au respect de la vie privée, in *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2005, p. 11; S. Leader, « Le droit au respect de la vie privée, la mise en œuvre de la morale et la fonction judiciaire: un débat », *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, Université Saint-Louis, Bruxelles, 1991/1, Vol. 26, pp.1-22.

⁶N. Belley, « L'émergence d'un principe de proportionnalité », *Les cahiers de droit*, vol. 38 n°2, 1997, p. 247.

L'amélioration du régime juridique des courriers adressés au débiteur personne physique en liquidation des biens dans l'espace OHADA a connu des avancées. L'imposition des nouvelles règles de circulation des courriers (a) et l'élargissement de l'assiette du contenu des courriers (b) font partis des mécanismes d'amélioration.

a. L'imposition de nouvelles règles de transmission des courriers

L'AUPC originel, dans son article 56 disposait : « *En cas de liquidation des biens, les lettres adressées au débiteur sont remises au syndic, sauf celle ayant un caractère personnel. Le débiteur s'il est présent assiste à son inventaire* ». Tous les courriers étaient donc obligatoirement remis au syndic¹. La doctrine avait fortement critiqué cette mesure². Pour elle, le législateur avait sacrifié la vie privée du débiteur aux profits des intérêts économiques. La réforme intervenue le 15 décembre 2015 a permis au législateur de modifier substantiellement cette disposition. Le nouveau texte prend la peine de préciser que : « *La juridiction compétente, dans la décision prononçant la liquidation des biens, ou le juge-commissaire ultérieurement, peut ordonner que durant toute cette procédure, le courrier adressé au débiteur soit remis au syndic. Le débiteur peut assister à la remise du courrier s'il en fait la demande. Tout courrier ayant un caractère personnel lui est immédiatement remis ou restitué. Dans les mêmes conditions, le syndic peut être autorisé à accéder aux électroniques du débiteur n'ayant pas un caractère personnel* ». Cette réécriture de l'article 56 de l'AUPC amène à comprendre que, pendant la procédure de liquidation des biens, tous les courriers sont directement remis au débiteur et non plus au syndic comme par le passé³.

¹A. Maxwell, Les droits fondamentaux du débiteur en procédures collectives de l'OHADA, Mémoire de Master II, Université de Dschang, 2009-2010, p. 82 ; L. J. B., TCHOUAMBIA TOMTOM, « La vie privée du débiteur soumis à la procédure de liquidation des biens en droit OHADA existe-elle encore ? », in *Revue de droit internationale et de droit comparé*, n°4, 2018, pp. 585-605.

²D. R. Soh Fogno, *Le Débiteur à l'épreuve des procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, Th., *op. cit.*, p. 180.

³L. J. B. Tchouambia Tomtom, « La vie privée du débiteur soumis à la procédure de liquidation des biens en droit OHADA existe-elle encore ? », *op.cit.*, p.591; A. F. Clémentine Ariane, *L'humanisme en droit des procédures collectives OHADA*, Mémoire de Master II, Université de

La règle de la remise du courrier à caractère personnel ou non au débiteur est une avancée considérable dans la mesure où, elle garantit davantage la vie privée du débiteur, contrairement à l'ancienne formulation qui s'est avérée limitée quant à la protection de la vie privée dans la procédure liquidative. Celle-ci faisait plutôt prévaloir les intérêts des créanciers au détriment de ceux du débiteur. A cet effet, le syndic devra désormais remettre tous les courriers au débiteur. La remise des courriers au débiteur en liquidation des biens est d'une obligation pour le syndic et non une faculté, à moins que la juridiction compétente ou le juge-commissaire ne l'autorise. L'on doit désormais s'habituer à la pluralité d'institutions qui peuvent intervenir dans la circulation des courriers. Ce qui amène à clarifier le rôle de l'institution judiciaire dans le processus de la protection de la vie privée du débiteur personne physique en procédure liquidative. Cette clarification peut mener à conclure que la violation de la vie privée du débiteur pourrait provenir du tribunal compétent ou du juge-commissaire qui, dans sa démarche autorisée par le législateur, peut ordonner que les courriers du débiteur soient plutôt remis au syndic¹. L'autorisation d'adresser directement les courriers au syndic justifie l'importante place qu'occupent ces institutions dans la construction ou la « *déconstruction* » de la vie privée du débiteur lorsqu'elles diligentent la procédure de liquidation des biens dans l'espace OHADA². Seuls les courriers postaux et électroniques à caractère personnel³ du débiteur échappent à l'emprise du mandataire judiciaire. Pour être préservé en pratique, le courrier électronique doit avoir un caractère personnel.

Yaoundé 2, 2020-2021, p.18. Seule la juridiction compétente ou le juge-commissaire peut autoriser que le courrier soit remis au syndic. La remise du courrier au syndic devient par conséquent une exception à la règle de la remise obligatoire des courriers au débiteur personne physique en liquidation des biens.

¹F. M. Sawadogo, Commentaire sous Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in *OHADA, Traité et Actes uniforme commenté et annotés*, éd., 2018, Juriscop 2018.

²Une justice diligente suppose non seulement des moyens adéquats en équipements et en personnel, mais aussi et surtout la répartition des compétences. Seule la juridiction compétente ou le juge commissaire peut dorénavant ordonner que les courriers du débiteur personne physique en liquidation des biens soient remis au syndic.

³Cf. article 56 al. 2 de l'AUPC.

La question est donc de savoir comment reconnaître un courrier à caractère personnel ? A notre avis, deux critères peuvent contribuer à identifier un courrier à caractère personnel. Le premier critère d'identification est relatif au destinataire lui-même. Ce qui exige que le ou les destinataires soient formellement déterminés et individualisés. Le second critère est lié au contenu du message qui veut que celui-ci, soit fait en fonction des considérations fondées sur la personne du destinataire. Par conséquent, tout courrier expédié au débiteur et qui remplit les deux critères peut être qualifié de correspondance personnelle et, à ce titre, être préservé par le secret des correspondances. Il reviendra au juge une fois de plus, de définir les critères de détermination d'un courrier à caractère personnel car, cette situation s'assimile à celle d'un incapable à qui le législateur OHADA octroie le droit de recevoir les courriers adressés au débiteur devenu incapable du fait de la liquidation des biens, lesquels doivent être ouverts en présence du syndic¹.

A l'observation, on se rend compte que la préservation de la vie privée du débiteur s'est améliorée avec le nouvel AUPC. Le respect de la vie privée² passe désormais par la remise obligatoire des courriers au débiteur, mais aussi et surtout par l'élargissement du domaine des courriers qui lui sont adressés.

b. L'élargissement de l'assiette des courriers du débiteur

L'AUPC originel n'envisageait pas que la lettre ordinaire. Cette appellation se limitait aux lettres missives. Pourtant, dans le cadre de la procédure de liquidation des biens, plusieurs types de correspondances peuvent être adressés au débiteur. L'AUPC de 2015 prend en compte, les évolutions technologiques³ qui sont parfois plus utilisées et plus rapides que la simple lettre missive⁴. C'est dans ce sens que le législateur OHADA a introduit le terme « *courrier* », qui est plus englobant dans son nouvel arsenal juridique. Le courrier est une correspondance qui dérive du latin « *correspondere* » lui-même du mot

¹A. A. Jorette Kelly, L'encadrement législatif du statut des mandataires judiciaires en droit OHADA des entreprises en difficultés, Mémoire de Master 2, Université de Yaoundé 2, 2018.

²R. Badinter, « Le droit au respect de la vie privée », *JCP*, 1968, I, 2136.

³X. Philippe, « Vie privée et nouvelles technologies », *Annuaire international de Justice Constitutionnelle*, 18, 2002, 2003.

⁴A. F. Clémentine Ariane, L'humanisme en droit des procédures collectives OHADA, *op. cit.*, p. 19.

« *respondere* », c'est-à-dire répondre. La correspondance a un contenu très large et englobe à la fois des écrits tels que les dossiers¹ ou des lettres, les courriels électroniques, mais aussi des échanges oraux tels que les conversations téléphoniques ou d'autres messages assimilés. Il s'agit entre autres de toute relation, écrite ou non, entre deux ou plusieurs personnes, qu'il s'agisse, des lettres, de messages, de plis fermés ou ouverts, ou encore, de communication téléphonique par exemple.

D'un côté, la préservation des courriers postaux ou des lettres du débiteur a été réaffirmée dans la réforme intervenue en 2015. Il est raisonnable de penser que les courriers postaux à caractère personnel sont des enveloppes qui précisent avec certitude le destinataire c'est-à-dire les noms et coordonnées du débiteur qui est en liquidation des biens. La liquidation des biens a pour effet immédiat de dessaisir le débiteur de ses fonctions, d'où l'option prise par le législateur de préserver ses correspondances. La remise des courriers au débiteur personne physique en liquidation des biens est une mesure de préservation des droits prévue par le législateur OHADA.

De l'autre côté, le législateur OHADA, à l'instar de son homologue français² prend en compte le courrier électronique à caractère personnel. C'est de manière péremptoire que le législateur camerounais de 2010 affirme que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée* ». En procédant de la sorte, il consacre sans équivoque le droit à la protection de la vie privée des utilisateurs des services de communication électronique³. Le décret n°2013/0399/PM du 27 février 2013 fixant les modalités de protection des consommateurs des services de communication électronique le confirme lorsqu'il

¹Cour Eup. D.H., 25 mars 1992, aff. 52/1990/243/314, Campbell c. Royaume-Uni, série A, n°233.

²Notons que la loi du 10 juillet 1991, modifiée par la loi française du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle qui a remplacé le terme « *communication* » par le terme « *communication électronique* ».

³L. H. Kaossiri, « La protection collective des intérêts des consommateurs des services de communication électroniques au Cameroun », in *Le consommateur des technologies de l'information et de la communication en Afrique noire francophone*, Sous la direction de Monique Aimée Mouthieu, L'Harmattan, pp. 435-457.

énumère les principaux droits des consommateurs¹ des services de communication électronique et parmi lesquels la protection des données à caractère personnel². Le droit de la préservation de la vie privée à l'occasion de l'utilisation des Technologies de l'Informations et de la Communication est indissociable de la protection des données à caractère personnel du consommateur³. De manière générique et technique, les données s'appréhendent comme étant des représentations de faits, d'information ou de notions sous une forme susceptible d'être traitée par un équipement terminal, y compris un programme permettant à ce dernier d'exécuter une fonction⁴. De par la nature des données protégées, il n'est pas usuel d'opérer une distinction entre les données dites objectives et celles dites subjectives. Pareillement, la protection n'est pas non plus conditionnée ni par la structure ou le format de présentation des données, ni par leur lieu de conversation, ni encore par leur utilité ou leur importance pour le consommateur⁵. Leur caractère personnel suffit pour les faire rentrer dans la catégorie des éléments de la vie privée protégée. Plus concrètement, tout courrier électronique⁶ à caractère personnel tel que définit par législateur de 2010 est privé. Par voie de conséquence, tout courrier

¹L'article 4 de la loi n°2010/012 sur la cybersécurité et la cybercriminalité ne définit pas le terme « consommateur ». Cette lacune a été atténuée en droit camerounais par la définition du consommateur des communications électroniques données par les dispositions de l'article 5 (17) de la loi n°2010/013, selon lesquelles le consommateur est « *toute personne physique qui utilise ou demande un service de communication électronique accessible au public à des fins autres que professionnelles* ».

²On peut également citer la confidentialité, le respect du principe de l'inviolabilité, le secret des correspondances, et la sécurité des informations véhiculées à travers les réseaux de communications électriques.

³L. H. Kaossiri, « La protection collective des intérêts des consommateurs des services de communication électroniques au Cameroun », *op. cit.*

⁴Cf. article 4 (1) de la loi n°2010/021 relative à la cybersécurité et la cybercriminalité au Cameroun.

⁵L. H. Kaossiri, « La protection collective des intérêts des consommateurs des services de communication électroniques au Cameroun », *op. cit.*

⁶L'article 4 de la loi du 21 décembre 2010, relative à la Cybersécurité et la Cybercriminalité au Cameroun définit le courrier électronique comme tout « *message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur d'un réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère* ». Plus concrètement, il s'agit de toute relation, écrite ou non, établie entre le débiteur et une ou plusieurs personnes. A l'évidence, le message électronique envoyé au débiteur par ce canal devrait répondre à cette définition afin d'être qualifié de courrier émis par voie de communication électronique.

à caractère personnel est immédiatement remis au débiteur personne physique en liquidation des biens. Le législateur OHADA a eu recours à cette technique pour garantir, le respect de la vie privée du débiteur, consommateur des services de communication électronique.

Au fond, la préservation de la vie privée du débiteur à travers les mesures de sécurisation du courrier électronique corrige les erreurs de l'AUPC originel. L'AUPC se veut davantage moderne dans la mesure où il s'est arrimé aux évolutions technologiques en matière de communication sur les nouvelles formes de courriers électroniques qui sont non seulement plus rapide que la bonne vieille correspondance qu'il a visée, mais aussi plus sécurisées¹. Il ne fait plus de doute que, pour un souci de transparence dans les procédures collectives, les rédacteurs de la réforme 2015 optent pour un minimum d'équilibre entre les parties dans la procédure de liquidation des biens. La remise du courrier au débiteur en liquidation des biens est la preuve que le législateur OHADA prend en compte le principe de proportionnalité dans les procédures de liquidation des biens.

2. Les atteintes exceptionnelles du domicile du débiteur

Le droit à l'exécution reconnu par la loi aux créanciers pour le recouvrement de leurs créances peut autoriser l'immixtion du syndic dans le domicile privé du débiteur² en liquidation des biens³. Deux mécanismes courent à justifier des atteintes exceptionnelles au domicile du débiteur en liquidation des biens⁴. Dès lors, la mesure facultative d'apposition des scellés (a) et ensuite l'obligation d'inventorier les biens du débiteur (b) sont des moyens qui

¹D. R. Soh Fogno, Le débiteur à l'épreuve des procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA, Th., *op.cit.*, p.184.

²S. S. Kuate Tameghe, « La stratégie de protection du logement dans le système OHADA des voies d'exécution », in *mélanges africains, des Organisations africaines, Etudes doctrinales*, Ohada-UEMOA, p. 173 ; P. Kayser, *La protection de la vie privée par le droit. Protection du secret de la vie privée*, Economica 3^e éd., Paris, PUAM, 1995, p. 12.

³Quand l'on se réfère à certains instruments nationaux et internationaux qui garantissent le droit à l'intimité de la vie privée en général et le droit à l'inviolabilité du domicile en particulier, cette immixtion est exceptionnelle en cas de liquidation des biens dans l'espace OHADA. Lire les articles 12 de la DUDH, et 17 al. 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et D. Merl, « La vie publique privée », *Hermès*, 13-14, 1994, p. 95.

⁴A. F. Clémentine Ariane, L'humanisme en droit des procédures collectives OHADA, *op. cit.*, p. 20.

permettent au syndic d'entrer dans le domicile du débiteur en liquidation des biens.

a. L'apposition des scellés, mesure conservatoire facultative atteignant le droit au respect du domicile du débiteur

L'apposition des scellés est une mesure qui peut être prescrite par le jugement d'ouverture de la procédure de liquidation des biens. L'apposition des scellés est l'ensemble des opérations matérielles qui visent à placer les scellés au cours des opérations de liquidation des biens. Elles portent sur les caisses, coffres, portefeuilles, livres, papiers, meubles, effets, magasins et comptoirs du débiteur. Dès l'ouverture de la procédure liquidative, l'inventaire des biens du débiteur est fait par le syndic, et le tribunal peut ordonner l'apposition des scellés sur tout ou partie des biens du débiteur en personne physique en liquidation des biens. Lorsque l'apposition des scellés est autorisée sur tout ou parties biens débiteur exploitant individuel, l'opération va concerner autant ses ateliers et ses bureaux que son domicile, la fixation des bandes de toile sur les meubles ou les portes constitue indiscutablement une violation à l'usage normal des locaux destinés à l'habitation, comme à l'activité professionnelle¹.

A l'observation, la mesure facultative d'apposition des scellés sur les biens du débiteur constitue certes une violation du domicile et donc la vie privée du débiteur personne physique, elle permet toutefois, en vertu du principe de proportionnalité d'empêcher le débiteur physique en liquidation des biens de dilapider son patrimoine.

b. L'inventaire des biens, mesure conservatoire obligatoire atteignant le droit au respect du domicile du débiteur

La maîtrise de l'actif du débiteur est importante dans la réussite et la réalisation des opérations de liquidation des biens. Il est par conséquent nécessaire de procéder à l'inventaire des biens du débiteur ainsi que les suretés qui les grèvent. L'inventaire est le dénombrement et l'évaluation des biens d'une

¹L. J. B. Tchouambia Tomtom, « La vie privée du débiteur soumis à la procédure de liquidation des biens en droit OHADA existe-elle encore ? », *op.cit.*, p.594.

personne¹. Cette mesure tend à faire connaître l'actif, c'est-à-dire l'ensemble des biens et droits dont le débiteur est propriétaire au jour du jugement d'ouverture de la procédure de la liquidation des biens. Cette opération permet au syndic d'entrer dans le domicile du débiteur² afin de procéder à l'inventaire des biens. L'inventaire des biens du débiteur en liquidation des biens commence dans les trois mois qui suivent l'apposition des scellés, en présence du débiteur ou de ses héritiers en cas de décès. Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut réglementé, l'inventaire est dressé en présence d'un représentant de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente dont il relève. Le représentant du ministère public peut assister à l'inventaire et le syndic peut se faire aider par toute personne qu'il juge utile pour la réalisation de l'inventaire.

Il en résulte que l'inventaire des biens du débiteur en liquidation des biens doit être complet et exacte. Cet inventaire est fait à partir des livres, pièces, ou documents comptables déposés à l'initiative du débiteur avant le jugement d'ouverture. L'inventaire est établi en double exemplaire: l'un est immédiatement déposé au greffe de la juridiction compétente³, l'autre reste entre les mains du mandataire judiciaire. Ainsi, selon M. Vallens⁴, les mandataires judiciaires reçoivent du tribunal compétent une mission qui les conduit à s'immiscer dans ce qui constitue le domaine privé du débiteur. Lorsqu'une procédure de liquidation des biens est ouverte, il revient au syndic de procéder à l'inventaire des biens du débiteur.

En pratique, l'inventaire concerne les biens du débiteur ou, plus largement, des biens détenus par ce dernier. Cela conduit le syndic à faire présenter des éléments d'actif que le débiteur détient dans les locaux professionnels comme à

¹Ibidem.

²O. Dhilly, « Le privé et le public », 7 février 2008, disponible sur http://www.clemi.org/fichier/plug_download/3244/download_fichier_fr_prive_public.pdf, p. 1.

³Dans le cas d'espèce, c'est le Tribunal de Grande Instance en droit camerounais. Le tribunal de grande instance tire cette compétence de l'article 18 alinéa 1 (b) de la loi n°2011/027 du 14 décembre 2011 modifiant et complétant certaines dispositions de la loi n°2006/015 du 29 décembre 2006 portant organisation judiciaire. Cf. *Juridis Périodique*, n°88, octobre-novembre-décembre 2011, pp. 60 et s.

⁴J. L. Vallens, « Droit de la famille et droit de l'homme, la loi sur le redressement judiciaire et la convention européenne des droits de l'homme », *R.T.C. com.*, 1997, p. 575 et s.

son domicile, sauf pour le syndic à requérir l'appui de la force publique pour accéder à ces lieux. Le débiteur se voit donc contraint de permettre l'accès dans son domicile au syndic contre son bon vouloir¹, car selon le législateur cette mesure vise à éviter des fraudes et de faciliter une bonne gestion de la procédure de liquidation des biens.

A l'observation, l'admission des atteintes au domicile du débiteur personne physique en liquidation des biens pourrait à amener à penser que le législateur de 2015, a consacré un forme de non-respect de la vie privée du commerçant personne physique, en particulier son domicile. Il en n'est rien. Le droit des procédures collectives étant un « *droit de la raison* »², les atteintes exceptionnelles au domicile du débiteur ont pour seule finalité d'empêcher le débiteur de soustraire certains biens de la procédure. Ces atteintes exceptionnelles visent également l'établissement d'une balance entre les intérêts en présence à savoir les droits du débiteur et ceux des créanciers.

Sans qu'il soit besoin de le rappeler sans fin, le législateur OHADA des procédures collectives a opté pour une préservation accrue des droits extrapatrimoniaux du débiteur personne physique en liquidation des biens. Au-delà de la préservation accrue des droits extrapatrimoniaux, l'AUPC assure également une préservation des droits patrimoniaux résiduelle du débiteur.

II. La préservation résiduelle des droits patrimoniaux du débiteur personne physique en liquidation des biens

Sous l'angle patrimonial, les droits patrimoniaux du débiteur en liquidation des biens sont également préservés. Le patrimoine du débiteur étant le gage commun de ses créanciers, tous ses biens sont par conséquent, censés garantir ses engagements³ en cas de liquidation des biens. Toutefois, dans le souci d'humaniser la procédure de liquidation des biens, le législateur OHADA a pris

¹L. J. B. Tchouambia Tomtom, « La vie privée du débiteur soumis à la procédure de liquidation des biens en droit OHADA existe-elle encore ? », *op.cit.*, p.595.

²J. Djogbenou, « Procédures civiles d'exécution et urgence sanitaire : le cas de la pandémie de la COVID-19 », in *Bulletin ERSUMA de pratique professionnelle*, Numéro spéciale-Droit OHADA et COVID-19, 1^{ère} série, N°031, mars 2020, pp. 11-12 ; J.-L. Bergel, « A la recherche des concepts émergents en droit », *Rec. Dalloz*, 2012, p. 1567.

³Les articles 2092 et 2093 du Code civil applicable au Cameroun.

des mesures qui visent à sauvegarder les droits attachés à la personne du débiteur et ainsi que ses biens déclarés insaisissables¹. Malgré qu'elles ne soient pas fortes, ces mesures contribuent, à l'amélioration du sort du débiteur dans la procédure de liquidation des biens. Elles concernent la préservation des droits incorporels (A) et corporels du débiteur en liquidation des biens (B).

A. La préservation des droits incorporels du débiteur en liquidation des biens

Lorsque la liquidation des biens se déroule, le syndic a l'obligation de préserver certains droits du débiteur personne physique qui n'entrent pas dans le domaine du dessaisissement. Ce qui conduit à la protection des droits attachés à la propriété intellectuelle (1) et aux droits procéduraux du débiteur en dehors de liquidation des biens (2).

1. La préservation des droits de la propriété intellectuelle du débiteur

Les droits de propriété intellectuelle sont des biens intellectuels². Œuvres de l'esprit³ et immatériels, les droits de propriétés se présentent sous deux aspects : la propriété industrielle⁴ et la propriété littéraire et artistique⁵. Il s'agit

¹L'article 315 du CPCC qui dispose que « *Seront insaisissables : les choses déclarées insaisissables par la loi ; les provisions alimentaires adjudgées par justice ; les sommes et objets disponibles déclarées insaisissables par le testateur ou donateur ; les sommes et pensions pour aliments encore que le testament ou l'acte de donation ne les déclarent pas insaisissables* ».

²P. J. L. Gnintedem, « Les droits de propriété intellectuelle dans les actes uniformes OHADA », in *Droit et Investissement, mélanges en l'honneur du Professeur Cossi Dorothé SOSSA*, Tome 1, Droit substantiel, pp. 339-364.

³C. Colombet, *Propriété littéraire et artistique et droit voisins*, Dalloz, 8^e édition, p. 14 ; N. Binctin, *Droit de la propriété intellectuelle*, 4^e éd., LGDJ, 2016, n°804 ; A. Puttemans, *Droits intellectuels et concurrence déloyale*, Bruylant, éd., Bruxelles 2000, p. 26.

⁴En ce qui concerne la propriété industrielle, elle s'entend sous l'acception la plus large et s'applique non seulement à l'industrie et extractive et au commerce proprement dit, mais également au domaine des industries agricoles et extractives et à tous produits fabriqués ou naturelles. Dès lors, la propriété industrielle se compose des brevets protégeant les inventions et des dessins et modèles industriels. La propriété industrielle couvre aussi les marques de produits, les marques de services, les schémas de configurations de circuits intégrés, les noms commerciaux et les désignations commerciales ainsi que les indications, et la protection contre la concurrence déloyale.

⁵L'autre branche de la propriété intellectuelle représente la propriété littéraire et artistique qui tire sa force de la Convention de Berne de 1886 qui accorde une protection internationale aux auteurs. La propriété littéraire et artistique se compose du droit d'auteur et des droits voisins. Le droit d'auteur se rapporte aux œuvres littéraires et artistiques telles que romans, poèmes et pièces de théâtre, œuvre cinématographique et musicales ou encore œuvre relevant des arts plastiques comme mes dessins, les peintures, les photographes et les sculptures ainsi que les dessins et modèles architecturaux. Ajoutons que le droit d'auteur doit essentiellement sa naissance aux phénomènes de la contrefaçon et de la censure. L'imprimerie a permis la reproduction des œuvres littéraires en de multiples exemplaires. Tandis que les droits attachés au droit d'auteur

des moyens mis à la disposition du commerçant pour attirer et conserver la clientèle. L'évocation de la clientèle dans la définition du fonds de commerce donne, immédiatement à penser à l'activité commerciale, dont la prospérité est liée à l'existence d'une clientèle conséquente. Cela oblige de se placer dans une logique de droit commercial, terrain privilégié de déploiement du tissu de l'OHADA. En revanche, les filiations des droits de propriété intellectuelle les font osciller entre droit privé et droit public, entre droit civil et droit commercial¹. Pour autant, il est impensable d'envisager que, pour chacun des aspects des droits de propriété intellectuelle. C'est un droit spécial qui obéit aux règles précises, essentiellement structurées dans le cadre de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI).

Le débiteur en liquidation des biens est avant tout un commerçant. Il n'y a pas d'activités commerciales sans droit de propriété industrielle. L'Acte uniforme portant droit commercial général et du groupement d'intérêts économiques consacre l'importance des droits de propriété industrielle dans la définition des éléments constitutifs du fonds de commerce. Au sens de l'article 104 de l'AUDCG, « *le fonds de commerce comprend obligatoirement la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial* ». Sans aucun doute, la clientèle apparaît au premier chef comme l'élément incontournable du fonds de commerce. Mais au rang des autres éléments obligatoires du fonds de commerce figurent également soit l'enseigne, soit le nom commercial, soit les deux. Or l'enseigne et le nom commercial sont considérés comme des signes distinctifs de la vie des affaires, susceptibles de préservation au titre de droit de propriété industrielle du débiteur personne physique en liquidation des biens.

Le nom commercial est un moyen de faire connaître son activité commerciale². Il identifie un fonds de commerce et sert à rallier la clientèle³. Il est

comprennent ceux des artistes interprètes ou exécutants sur leurs interprétations et exécutions, des producteurs de phonogrammes sur leurs enregistrements et radiodiffuseurs sur leurs programmes radiophoniques ou télévisuels.

¹P. J. L. Gnintedem, « Les droits de propriété intellectuelle dans les actes uniformes OHADA », *op. cit.*, p.349.

²Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs*, 9^e éd., LGDJ, 2017, p. 82, n°167.

³A. Mendoza, *Les noms de l'entreprise*, Th., PUAM, 2003.

toutefois, susceptible d'être cédé, ce que le droit civil ne permet pas, droit attaché à l'indisponibilité du nom¹. Le nom commercial fait l'objet d'une protection par le droit de la propriété industrielle en particulier de l'OAPI. Pour cela, il doit faire l'objet d'enregistrement auprès de l'OAPI. La protection du nom commercial organisée par Annexe V de l'Accord de Bangui révisé en 1999², consiste à interdire à une personne d'utiliser le nom commercial d'une autre comme nom commercial ou comme marque³. Pour que le nom commercial soit opposable aux tiers, celui-ci doit faire l'objet d'une inscription dans le registre spécial des noms commerciaux de l'OAPI⁴ suivant la procédure prévue et contre paiement des taxes y relatives⁵. Une fois cette inscription faite, le débiteur peut contester l'utilisation illicite par un tiers ou l'attribution à un tiers de son nom commercial même après la réalisation de son actif⁶.

Cependant, la nature juridique du nom commercial a fait l'objet de nombreux débats. Les uns soutiennent que celui-ci est protégé par un droit de propriété intellectuelle reconnu à son titulaire, les autres n'admettent que la protection par l'action en concurrence déloyale⁷ fondée sur la responsabilité civile pour faute⁸. En toute hypothèses, il faut revenir à l'annexe V de l'accord de Bangui, pour constater la dualité des modes d'acquisition du nom commercial. En vertu de ce texte, « (...) *le nom commercial appartient à celui qui, le premier, en a fait usage ou en a obtenu l'enregistrement* ». Cette dualité est un trait distinctif

¹Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit des personnes, la protection des mineurs et des majeurs, op.cit.*, p. 82, n° 167.

²Cf. Article 1^{er} de l'Annexe V de l'Accord de Bangui de 1999 qui dispose que « *constitue un nom commercial, la dénomination sous laquelle est connu et exploité un établissement commercial, industriel artisanal ou agricole* ».

³ De même, il est interdit d'utiliser un nom ou une dénomination analogue.

⁴L.Y. Ngombe, « Droit OHADA et Droit OAPI, actualité et virtualités, d'une concurrence normative », *op.cit.*, p.405.

⁵Le nom commercial peut être protégé, même en l'absence d'enregistrement lorsqu'il fait l'objet d'usage.

⁶M. F. Avah Ngoah, *L'effectivité de la protection des droits de propriété littéraire et artistique*, Mémoire de Master II en Droit Economique Notarial et Processuel, Université Cheik Anta Diop de Dakar, 2011.

⁷A. Puttemans, « *Droit intellectuelle et concurrence déloyale : pour une protection des droits intellectuels par l'action en concurrence déloyale* », *Collection de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles*, éd., Bruxelles 2000, p. 26.

⁸D. Kabré, « *Etude critique du nantissement des droits de propriété intellectuelle en droit OHADA* », *Revue du CAMES en Sciences Juridiques et Politiques*, Vol. I, n°001(2014), p. 139-140.

avec le droit français, qui n'organise pas le dépôt ou l'enregistrement du nom commercial et de l'enseigne¹.

D'ailleurs, l'enregistrement du nom commercial auprès de l'OAPI confère une protection automatique au commerçant de son droit de propriété industrielle. Cela revient à dire que, le débiteur conserve son nom commercial, lorsqu'il est liquidation des biens. Il en découle que le syndic ne peut empêcher le débiteur d'utiliser son nom commercial sous prétexte qu'il est en liquidation des biens. Pour que le nom commercial soit opposable aux tiers, celui-ci doit faire l'objet d'une inscription dans les registres spéciaux des noms commerciaux de l'OAPI au sens de l'Annexe V de l'Accord de Bangui de 1999². Une fois cette inscription faite, le débiteur peut contester l'utilisation illicite par un tiers ou l'attribution à un tiers de son nom commercial même après la réalisation de son actif³. Sans qu'il soit besoin de le rappeler sans fin, la préservation du nom commercial du débiteur personne physique en liquidation des biens peut être ainsi constatée. *Quid de l'enseigne ?*

En réalité, le débiteur voit également son enseigne conservé. L'enseigne est le signe extérieur qui permet également d'individualiser l'établissement ou le magasin. L'enseigne a pour finalité de se signaler au public. Elle peut être constituée avec le nom commercial, ce qui permet de la considérer comme une variété du nom commercial⁴. A partir de là, on comprend que, l'enseigne mérite d'être protégée en cas de liquidation des biens. Outre le nom commercial et l'enseigne, les éléments facultatifs du fonds de commerce peuvent être constitués de droit de propriété intellectuelle pris en compte dans la procédure collective de liquidation des biens. L'article 137 de l'AUDCG évoque

¹J. Azéma et J.-C. Galloux, *Droit de propriété industrielle*, Dalloz, 2006, 6^e éd., P.2 cité par P. J. L. Gnintedem, dans son article intitulé « Les droits de propriété dans les actes uniformes OHADA », *op. cit.*, p.345.

²L.Y. Ngombe, « Droit OHADA et Droit OAPI, actualité et virtualités, d'une concurrence normative », *op.cit.*, p.405.

³M. F. Avah Ngoah, *L'effectivité de la protection des droits de propriété littéraire et artistique*, *op.cit.*

⁴J.-B. Blaise et R. Desgorce, *Droit des affaires : Commerçants, concurrence, distribution*, 8^e éd., LGDJ, 2015, n°696, cité par P. J. L. Gnintedem, « Les droits de propriété dans les actes uniformes OHADA », *op. cit.*, p.346.

expressément que « *les brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles, et tout droit de propriété intellectuelle nécessaires à l'exploitation* ». Les marques de fabrique et de commerce, les brevets d'invention, dessins et des modèles¹ sont des œuvres de l'esprit du débiteur qui confère à celui-ci un droit de propriété industrielle sur son invention ou sa marque². Il importe de préciser que, seul le débiteur a le pouvoir d'en tirer profit même en situation de liquidation des biens³.

De même, le débiteur, auteur ou artiste, assure personnellement la défense de son droit de divulgation, de paternité et le respect de son œuvre. Ainsi, le droit moral permet d'assurer la préservation des droits extrapatrimoniaux⁴ du débiteur. Celui-ci est libre de l'exercer ou pas, sans que quiconque ne puisse s'immiscer.⁵ De fait, le droit moral, qui se situe en dehors du « *monde des biens* », fait que son exercice en cas de liquidation des biens du débiteur ne subisse aucune atteinte de la part du syndic.

A l'observation, force est de constater que, les droits de propriété intellectuelle sont de véritables droits de propriété. Ceux-ci sont conservés par le débiteur, lorsqu'une procédure collective destinée à la réalisation de son actif a été ouverte. Il s'agit là, néanmoins, d'une déduction qui ne découle évidemment pas de la lecture de l'AUPC, mais plutôt de l'Annexe V de l'Accord de Bangui de 1999. Le législateur OHADA ne s'est pas limité à la préservation des droits du débiteur attachés à la propriété intellectuelle, celui-ci voit également ses droits procéduraux préservés.

2. La préservation des droits procéduraux du débiteur en dehors de la liquidation des biens

¹A. Sérieux, « Propriété », *Rép. dr. civ.*, 2003, n° 19.

²R. G. Biyo'o, La protection des marques de produits dans l'espace de l'Organisation Africaine de la propriété intellectuelle, Mémoire de Diplôme d'Etudes Supérieures Spécialisée, Université de Douala, 2004.

³Un monopole d'exploitation est conféré au débiteur lorsque son brevet d'invention ou sa marque a fait l'objet d'enregistrement.

⁴A. Maxwell, Les droits fondamentaux du débiteur en procédures collectives de l'OHADA, *op.cit.*, p.25.

⁵C. Seuna, *Droit d'auteur et droits voisins au Cameroun : la loi du 19 décembre 2000 et son décret d'application*, SOGESIS, Yaoundé 2008, 13.

En partant de l'idée que la titularité d'un droit investit celui qui en jouit du pouvoir de défendre celui-ci en justice contre toute atteinte, on peut affirmer que cette titularité s'accompagne, de façon incontestable, d'un intérêt à agir¹. C'est, sans nul doute, cette évidence qui explique le maintien de cette exigence malgré la reconnaissance unanime² de la nécessité de dissocier l'intérêt, condition de recevabilité de la demande et le droit qui sert de support à la fois à cette demande et à cet intérêt³. L'article 30 du nouveau code de procédure civile français a fort bien exprimé la distinction entre le droit et l'action dans la définition qu'il donne de l'action en justice⁴. Celle-ci est entendue comme « *le droit pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, c'est le droit de discuter le bien fondé de cette prétention* ». De cette définition, il ressort que l'action constitue en elle-même, un droit subjectif⁵ distinct de celui qui est en cause dans la prétention. L'action a pour finalité la préservation d'un intérêt légitime.

Il en résulte que la loi peut restreindre le cercle des titulaires du droit d'action aux « *seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention* ». C'est ainsi que, pour élever ou combattre une prétention, il faut en plus justifier d'une habilitation à agir, habilitation dont l'absence caractérise un défaut de qualité, on parle d'« *actions attitrées* »⁶.

Dans cette logique, il convient simplement d'affirmer que seul le débiteur personne physique en liquidation des biens peut engager certaines actions en justice en dehors de la procédure. Il est évident que toute procédure de

¹J. Fometeu, « L'exigence processuelle d'un intérêt légitime à agir », in *Cahiers Juridiques et Politiques*, Revue de la faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Ngaoundéré, n°1, 2008, pp.137-157.

²J. Vincent et S. Guinchard, *Droit judiciaire privé*, Dalloz, 24^{ème} éd. 1996, p. 91.

³J. Fometeu, « L'exigence processuelle d'un intérêt légitime à agir », *op.cit.*, p.143.

⁴*Ibidem*.

⁵En ce sens : H. Croze, C. Morel et O. Fradin, *Procédure civile*, Manuel pédagogique et pratique, 2^{ème} éd., LITEC, 2003, p. 120 ; M. Bandrac, « L'action en justice, un droit fondamental », *Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1996, p.1 ; J. Fometeu, « L'exigence processuelle d'un intérêt légitime à agir », *op.cit.*, pp.143.

⁶C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et Européen du procès civil*, Dalloz, 34^{ème} Ed., 2018-2022. L'action est dite attitrée lorsqu'elle n'est pas ouverte à tout le monde, mais réservée aux personnes que la loi désigne à cet effet. Dans ce type d'action, la demande n'est recevable que si elle émane d'une personne justifiant à laquelle est attaché le droit d'agir.

liquidation des biens dessaisit le débiteur¹. En réalité, malgré le dessaisissement, le débiteur conserve ses droits propres². Cela revient à dire que, les droits préservés ici sont des droits exclusivement attachés à la personne du débiteur. Dès lors, on peut affirmer qu'aucun syndic ne peut exercer ces droits.

Tout paraît d'une rare clarté. La préservation des droits procéduraux du débiteur personne physique en liquidation des biens dans l'espace OHADA est assurée par des actions judiciaire³ qu'il peut mettre en œuvre contre des tiers. Les actions pouvant être engagées en vue de la préservation des droits du débiteur peuvent être tant sur le plan civil que pénal⁴.

Sur le plan civil, les actions en préservation de ses droits peuvent porter sur les droits de la personnalité et le droit parental. Les droits de la personnalité ne peuvent être exercés par une personne autre que son titulaire, même en cas de liquidation des biens. Or, les conséquences pécuniaires de ces droits intéressent les créanciers, de sorte que l'intervention du syndic s'exercera. La défense des droits relatifs au respect du nom, de l'image, de la vie privée permet au débiteur personne physique en liquidation des biens d'ester en justice.

La même logique doit sous-tendre la destruction de l'union conjugale⁵ du débiteur. En effet, il revient au débiteur en liquidation des biens d'introduire l'action en divorce, et non son père ou sa mère. Même dans le cas d'une mission de représentation conférée au syndic, l'action diligentée en vue de réparer un dommage subit par le débiteur se rapporte à un droit lié à sa personne. Le dessaisissement ne peut être mis en œuvre lorsque l'objet de la demande est extra-pécuniaire. Mais en fait, le résultat de l'action dès lors qu'il porte sur une somme d'argent, augmentera le patrimoine du débiteur et servira à désintéresser

¹Cf. 53 de l'AUPC. Les actions accomplies par le débiteur en période de dessaisissement peuvent donner lieu à des sanctions civiles. Ces actions sont frappés d'inopposabilité à la masse ou pénales par le mécanisme de la banqueroute simple ou frauduleuse.

²A. Maxwell, Les droits fondamentaux du débiteur en procédures collectives de l'OHADA, *op.cit.*, p.26.

³Il s'agit également de l'action relative à la pension alimentaire.

⁴P. E. Mekongo, citée par L. H. Kaossiri, « La protection collective des intérêts des consommateurs des services de communication électroniques au Cameroun », *op. cit.*, p. 447.

⁵T. Atangana-Malongue, « Le principe d'égalité en droit camerounais de la famille », *Revue internationale de droit comparé*, 2006, pp. 833-858.

ses créanciers. Dans une telle situation, le débiteur peut refuser d'agir ou ne demander qu'un franc symbolique de dommages et intérêts, voire une condamnation non pécuniaire, afin de sanctionner l'atteinte portée à son honneur. Dans une telle hypothèse, ni les organes de la procédure, ni les créanciers ne peuvent modifier sa demande.

En réalité, la liquidation des biens n'est pas un frein à l'exercice d'un droit parental. En effet, celui qui est titulaire d'un droit substantiel doit toujours être investi d'un intérêt à agir. A partir de là, seul le débiteur peut introduire une procédure de reconnaissance d'un enfant, en tant que parent. La reconnaissance étant un acte volontaire¹. En d'autres termes, c'est la liberté d'un père de se faire connaître comme le parent de tel enfant; la volonté des parents de rattacher l'enfant à leur famille. Elle consiste à porter à la connaissance du public le fait antérieur de la conception de l'enfant qui, par hypothèse, relève d'un secret d'alcôve². Seul le débiteur peut exprimer réellement cette volonté de rattacher un enfant à sa famille, le syndic ne saurait engager une telle action en lieu et place du débiteur car, toute filiation déclarée par un tiers n'est pas valable³.

A l'observation, la procédure de liquidation des biens ne prive pas le débiteur personne physique d'engager une action civile. La possibilité accordée au débiteur d'exercer ses droits en dehors de la procédure, conforte l'idée de la préservation des droits du débiteur dans l'espace OHADA. Il revient également au débiteur d'engager des poursuites pénales contre des tiers s'il est victime d'une diffamation ou d'un préjudice corporel.

Sur le plan pénal, la préservation des intérêts du débiteur en liquidation des biens peut également être menée par le biais d'une action publique. L'action publique vise à protéger l'intérêt général dans lequel se fondent les intérêts individuels et des intérêts collectifs. Elle peut être engagée par le ministère public ou des agents assermentés chargés de la recherche, de la constatation et des

¹C. Gris, Les droits de l'enfant à l'épreuve des droits parentaux : l'exemple du rattachement familial de l'enfant, Thèse de Doctorat en droit, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 19 décembre 2013, p. 113.

²J. Hauser, « Le droit de la parenté », *Communio*, novembre-décembre 2009, n° XXXIV, 6, p. 41.

³C. Siffrein-Blanc, « Pas de reconnaissance valable pour une filiation déclarée par un tiers », *RLDC* 2009, n°62, pp. 32-32.

poursuites en répression, des infractions commises à cet effet par des tiers. Le ministère public ou les agents assermentés commis diligentent la procédure dont l'objectif est la répression des actes qui conviennent aux intérêts du débiteur personne physique en liquidation des biens.

Dans l'optique d'une préservation des droits dans la procédure de liquidation des biens, le débiteur peut décider de défendre ses intérêts habituellement qualifié de droits « *directs et personnels* »¹. Le débiteur étant garant de la préservation de ses propres intérêts, il lui revient d'entreprendre une action en justice en cas d'infraction, tout en justifiant de ce que la violation du droit qu'il allègue l'affecte personnellement et que la mise en œuvre de l'action lui permettra d'en tirer un bénéfice personnel. Dans ce cas, le syndic ne peut prétendre agir pour la défense des intérêts du débiteur en liquidation des biens, et encore moins en vue de préserver l'intérêt général, cette mission étant exclusivement dévolue au ministère public.

La législation camerounaise reconnaît expressément la possibilité pour tout citoyen et partant pour le débiteur d'engager une action publique lorsqu'il est victime d'un coup de vol, d'un préjudice corporel ou d'une diffamation. Cela signifie que toute action publique engagée par le débiteur en liquidation des biens est forte utile dans la mesure où, celle-ci permet de préserver ses droits. Dans le même sens, la condamnation du débiteur à une amende lui est personnelle. Elle est inopposable aux créanciers, à moins qu'elle ne fût antérieure à la procédure de liquidation des biens et donc opposable sur l'actif de la procédure. Qu'en est-il de la préservation des droits corporels du débiteur personne physique en liquidation des biens dans l'espace OHADA ?

B. Une préservation des droits corporels du débiteur personne physique

Des mécanismes visant la préservation des droits corporels du débiteur personne physique en liquidation des biens dans l'espace OHADA sont relatifs à

¹G. Wiederkehr, « La notion d'action en justice selon l'article 30 du Nouveau code de procédure civile », *Mélanges offerts à Pierre Hebraud*, Université des sciences sociales, Presses de la société de l'imprimerie ESPIC, Toulouse, 1981, p. 326.

l'insaisissabilité des biens (1) et aux biens apportés (2) au débiteur en liquidation des biens.

1. L'insaisissabilité des biens du débiteur en liquidation des biens

Des raisons humanitaires¹ ont conduit à l'insaisissabilité de certains biens du débiteur. Le mot insaisissabilité, dans son sens général, désigne le « *caractère de ce qui ne peut être saisi* ». Autrement dit, l'insaisissabilité est un moyen qui rend impossible la saisie d'un bien ou d'un droit à des fins de recouvrement de dettes par un ou plusieurs créanciers.² Cela dit, l'insaisissabilité soustrait certains biens du débiteur du gage commun de ses créanciers. On dit alors que certains biens du débiteur personne physique en liquidation des biens sont insaisissables. L'avantage dont il s'agit ici est prévu aux articles 50 alinéa 1 et 51 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qui disposent que. En effet, l'article 50 alinéa 1 énonce que « *Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers, sauf s'ils ont été déclarés insaisissables par la loi nationale de chaque Etat partie* ». L'article 51 ajoute que: « *Les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des Etats parties* ». Ces deux dispositions donnent la liberté à chaque Etat partie la possibilité de déterminer les biens insaisissables³.

¹T. A. Stéphane, « Les créances insaisissables », Mémoire en contentieux et Arbitrage des Affaires, Université Catholique d'Afrique Centrale, 2017, p. 11.

²A. Leborgne, « Droit de l'exécution », *Rec. Dalloz* n°17, Décembre 2006-Janvier 2008, 24 avril 2008, p. 1170 ; A. D. Wandji Kamga, « Bien et droits insaisissables », in *Encyclopédie du droit OHADA*, 2011, p.442-461 ; C/A Cotounou, arrêt n°130/2000 du 4 mai 2000, affaire Sociétés SOCOSER c. Société DAMEL-SARL, OhadataJ-06-76 ; T. A. Stéphane, « Les créances insaisissables », *op.cit.*, p. 23.

³En renvoyant aux législations nationales pour la définition des biens ou droits insaisissables du débiteur, le législateur OHADA renonce à en dresser lui-même une liste plus ou moins exhaustive. Il en résulte un éclatement des causes d'insaisissabilité à travers différents codes et lois. Selon un auteur, cela ferait mentir l'uniformité de l'Acte uniforme du fait de la disparité des biens déclarés insaisissables par les différentes lois des Etats membres. Dans la plupart des Etats membres de l'OHADA, l'AUVE est remplacé par le Code de procédure civile français rendu applicable dans ces pays, même après leur indépendance. A cet effet, le Code de procédure civile et commercial est applicable pour la détermination des biens insaisissables du débiteur engagé dans une procédure de liquidation des biens³. Il serait harassant de donner une énumération exhaustive de tous les biens du débiteur qui échappent à la saisie de ses créanciers du fait de la loi, dans l'espace OHADA, mais on peut dire avec certitude que tous les biens

Dans le premier cas, il s'agit des biens mobiliers du débiteur déclarés insaisissables.¹ Dès lors, sont concernés par la catégorie de biens insaisissables les biens et objets mobiliers corporels nécessaires à la vie quotidienne² et au travail du débiteur en liquidation des biens et de sa famille. Le code de procédure civile et commerciale camerounais en son article 327 définit une liste des biens insaisissables. On y trouve entre autres le coucher³ nécessaire au débiteur et de ses enfants, des vêtements, des effets appartenant à la femme lorsqu'elle n'est pas commune en biens, des farines et menus denrées nécessaires à la consommation du débiteur et de sa famille⁴ pendant un mois au moins ainsi que les ustensiles indispensables à la préparation des aliments et aux repas, d'une vache ou trois brebis ou deux chèvres avec des pailles, fourrages et grains nécessaires pour la laitière et la nourriture desdits animaux pendant un mois. Rentrent également dans cette catégorie les livres et objets nécessaires à la poursuite des études, ainsi que les instruments de travail⁵ du débiteur⁶. Pour bien comprendre la situation, il s'agit des biens et objets insaisissables parce qu'indispensables à l'exercice de son activité professionnelle⁷ par le débiteur saisi, livres, meubles et immeubles nécessaires au fonctionnement des syndicats. C'est le cas également des chèques, lettres de change et billets à ordre. Leur exclusion de l'assiette de saisie trouve sa justification dans l'intérêt du crédit qui s'accommode mal avec l'immobilisation de ces effets de commerce censés circuler librement et dont l'importance dans le monde des affaires n'est plus à démontrer.

immeubles du débiteur peuvent être saisis par ses créanciers, si les conditions requises sont réunies, et ceci en dépit du fait que les rédacteurs du Code civil ont institué une hiérarchisation dans les biens du débiteur servant de gage général à ses créanciers, en prévoyant que les biens immeubles ne seront saisis que si les biens meubles ne peuvent pas suffire au paiement de la créance.

¹E. Rigal, « Des débiteurs privés de leurs de leurs vitaux », *Justice* n°173, novembre 2002, p.27.

²T. A. Stéphane, « Les créances insaisissables », *op.cit.*, p. 12.

³Le « coucher » renvoie au lit, du matelas, des draps, couvertures, bref la literie en général.

⁴P. Laba, *Le débiteur dans les procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, *op.cit.*, p. 52.

⁵Cf. les articles 327-3 et 327-8. A titre d'illustration citons le matériel médical, la machine à coudre d'un tailleur et des cordonniers etc....

⁶A-D Wandji Kamga, « Biens et droits insaisissables », *op.cit.*, pp. 449.

⁷P. Laba, *Le débiteur dans les procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, *op.cit.*, p. 52.

En effet, le débiteur¹ même dans une procédure de liquidation des biens, ne cesse pas d'être un homme, et comme tel, un minimum vital doit lui être accordé. On pourrait simplement dire que, afin de ne pas créer une confusion qu'il s'agit pour le débiteur défaillant de payer ses créanciers avec ses biens et non avec sa peau, comme par le passé. En bref, le législateur OHADA donne un visage humain à la procédure de liquidation des biens pour que le débiteur survive à son entreprise qui, sera liquidée et disparaîtra du circuit économique. A travers cette humanisation ou générosité ne consacre-t-il pas un droit de ne pas payer ses dettes dans l'espace OHADA ?

Le second cas quant à lui, fait référence à l'insaisissabilité des créances alimentaires. A l'opposé des autres catégories de biens insaisissables, les créances alimentaires ne sont pas très nombreuses. Pour l'essentiel, le cas des provisions alimentaires adjugées par justice et des sommes et pensions pour aliments² prévues par le Code de procédure civile et commerciale. Par créance alimentaire, l'on entend, tout ce qui représente pour le bénéficiaire, un moyen de subsistance, plus concrètement, il peut s'agir d'une somme d'argent destinée à l'achat des aliments du bénéficiaire et donc l'existence est commandée par la nécessité³. Il en est ainsi des rentes dues à un conjoint à la suite d'un divorce⁴, des prestations relevant du domaine de la prévoyance sociale telles les pensions retraite, invalidité, décès ou encore d'indemnités journalières, des rentes versées dans le cadre des accidents de travail et des maladies professionnelles⁵ et des allocations d'ancien déporté versées à un soldat⁶. On en déduit qu'il s'agit de toutes les créances ayant un caractère alimentaire en général parce

¹Ph. Roussel Galle, « Les débiteurs dans l'Acte uniforme sur les procédures collectives révisé : la modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité », *op.cit.*, p. 30.

²T. A. Stéphane, « Les créances insaisissables », *op.cit.*, p. 13.

³I. Fosse-Lefebvre, « Pension alimentaire, prestation compensatoire et procédure collective », *Rev. Proc. Coll.*, n°1, mars 2004, pp. 22-24.

⁴Civ., 10 mars 2005, *Droit et patrimoine*, n°4 juillet-août 2005, obs., C. LEFORT ; 11 mai 2000, *RTD Civ.*, 2000, p. 641, obs. R. PERROT ; 27 juin 1985, D. S 1986, p.231, obs., C. PHILIPPE. Dans ces affaires, la Cour considère que la prestation compensatoire qui présente un caractère indemnitaire a par là-même un caractère alimentaire et, par conséquent droit être écartée de toute saisie.

⁵D. Mayer, « A propos d'un rajeunissement néfaste : celui des textes sur l'insaisissabilité », in *Dalloz, Chr.*, p. 270.

⁶Civ., 24 mars 2005, *Droit et procédures*, juillet-août 2005, p.245 et s. obs. E. Putman.

qu'indispensables à la survie du débiteur, fussent-elles versées sur un compte¹. L'exemple le plus achevé reste le salaire² car, il est pratiquement le moyen de subsistance du débiteur et de sa famille. Dans un contexte de pauvreté ambiante comme en Afrique où le salaire est relativement très bas, il prévoit que celui-ci ne peut être saisi en totalité en renvoyant aux lois nationales quant à la détermination de la fraction saisissable de celui-ci³. C'est dans ce contexte que le législateur OHADA dans son humanisme a déclaré que les créances alimentaires du débiteur engagé dans une procédure de liquidation des biens sont insaisissables⁴.

2. Les biens concédés au débiteur

Le principe du droit fondamental à la vie précise que tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté⁵. Ce droit, qui est reconnu par de nombreux textes africains est repris par le préambule de la Constitution camerounaise du 18 janvier 1996, qui affirme que toute personne a droit à la vie et à l'intégrité

¹Cf. 52 de l'AUVE a prévu en ce sens que : « Les créances insaisissables dont le montant est versé sur un compte demeurent insaisissables »

²Cf. art. 177 de l'AUVE qui dispose que : « Les rémunérations ne peuvent être cédées ou saisies que dans les proportions déterminées par chaque Etat partie ». Ces proportions sont définies par le décret n°94/197/PM du 9 Mai 1994 relatif aux retenues sur salaires pris en application des articles 75 et 76 du code de travail- dont l'article 2 fixe la quotité saisissable du salaire et ce, en fonction du montant de celui-ci. Cette quotité correspond soit au 1/10^e lorsque le salaire est inférieur ou égal à 18.750 francs par mois, soit au 1/5^e sur la fraction supérieure à 18.750 francs et inférieure ou égale 37.500 francs, au 1/4 sur la portion supérieure à 37.500 francs et inférieure ou égale à 75.000 francs par mois, au 1/3 de la portion supérieure à 75.000 francs et inférieure ou égale à 112.500 francs par mois. Cette quotité équivaut à la moitié sur la portion supérieure à 112.500 et inférieure ou égale à 142.500 francs par mois et à la totalité de la portion supérieure à 142.500 francs.

³On décide ainsi de faire table rase sur certains besoins du débiteur pour ne focaliser l'attention que sur son besoin le plus vital, son alimentation.

⁴P. Laba, Le débiteur dans les procédures collectives d'apurement du passif OHADA, *op.cit.*, p. 52. Dans le même ordre d'idées, toutes les créances du débiteur qui seront estampillées « *créance alimentaire* » échapperont à l'emprise de la procédure de liquidation des biens, parce que ne pouvant être mises qu'au service du débiteur défaillant, et ne devant pas être gage général de ses créanciers. Il faut rappeler que la consistance des créances alimentaires qui échappe à l'emprise de la liquidation des biens varie en fonction des débiteurs, par conséquent seul le législateur décide des circonstances de son octroi, afin de réduire les effets fâcheux que causeraient aux créanciers la classification d'une créance de leur débiteur au rang des créances alimentaires. En réalité, les denrées alimentaires sont rarement saisies, à moins qu'elles n'existent en quantité anormale. Lire G. Ripert, « Le droit de ne pas payer ses dettes », in *Dalloz hebdomadaire*, 1936, p. 57 ; A-D Wandji Kamga, « Biens et droits insaisissables », *op.cit.*, p. 448.

⁵Cf. article 3 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme ; T. Atefack Stéphane, Les créances insaisissables, *op. cit.*, p. 12.

physique et morale et doit être traitée en toute circonstance avec humanité. Etant donné que les créanciers ne peuvent ôter au débiteur personne physique ce qui lui est nécessaire pour vivre, le droit de saisine dévolu aux créanciers ne peut donc être mis en œuvre par le syndic dans toute sa rigueur lorsqu'il est indéniable que son dénouement aura des retombées mettant à mal les droits fondamentaux de ce débiteur.

A la vérité, le fait d'apporter des secours financiers conforte une fois de plus l'idée de la préservation des droits du débiteur personne physique en liquidation des biens dans l'espace OHADA. En effet, les biens concédés au débiteur en procédure liquidative sont des biens nécessaires à sa survie. La possibilité d'accorder des secours financiers au débiteur est prévue à l'article 64 de l'AUPC qui dispose que : « *le débiteur peut obtenir sur l'actif, pour lui et sa famille, des secours fixés par le juge-commissaire. Celui-ci prend sa décision après avoir entendu le syndic* ». Au vrai, le dessaisissement qui suit la décision d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens a un domaine plus étendu quant aux biens du débiteur puisqu'il concerne aussi bien les biens présents et à venir. Ainsi compris, la liquidation des biens ne saurait plonger le débiteur et les membres de sa famille dans une situation de précarité. C'est pour cette raison que le législateur OHADA peut accorder au débiteur, des secours financiers qui se présentent comme un substitut à l'obligation d'entretien en nature. Ceux-ci sont fixés par le juge-commissaire après avis du syndic¹. Il en découle que, le réalisme de la procédure d'exécution de la Rome antique nous éclaire sur les limites à ne pas dépasser², contre le débiteur qui connaît une certaine évolution dans la préservation de ses droits. Il résulte que trois remarques peuvent être faites.

La première est relative au fait que, le droit aux subsides est facultatif. Le caractère facultatif découle de la prose employée par le législateur lorsqu'il prévoit que « *le débiteur peut obtenir....* ». L'On peut logiquement penser que, seul le débiteur personne physique nécessiteux a droit aux secours financiers en

¹Ce dernier est censé mieux connaître la situation du débiteur.

²J.-P. Coriat, « L'apurement des dettes, solution au surendettement » : *la dette, la faillite et le créancier : le droit romain face à l'endettement*, études du Centre de Recherche en Droit des Affaires, LITEC, 1998, n°82.

nature¹. La deuxième remarque quant à elle permet de constater que, le débiteur en liquidation des biens n'est pas le seul bénéficiaire du droit aux subsides, les membres de sa famille y bénéficient également. Par conséquent, la consistance des secours peut varier d'un débiteur à un autre. Celle-ci tient compte non seulement de la nature et de l'acuité des difficultés de celui-ci mais aussi et surtout, de la taille de sa famille. Dans cette logique, l'on peut penser par principe, que plus le débiteur a une grande famille, plus on devra élargir l'assiette des secours à lui accorder². La troisième remarque établit que le droit pour le débiteur d'obtenir des aides alimentaires ne saurait être d'ordre public³. Ce qui amène à comprendre que, celui-ci devra adresser une demande auprès du juge-commissaire pour pourvoir en bénéficiaire. Au total, même en cas d'indigence avérée du débiteur, le juge-commissaire ne saurait lui accorder des secours financiers s'il n'a pas formellement fait une demande.

Tout paraît d'une rare clarté une fois de plus, l'AUPC prend en compte la situation matérielle du débiteur personne physique en liquidation des biens en lui accordant des secours. A la vérité, le législateur OHADA évite un état de nécessité au débiteur lorsqu'il est en liquidation des biens. Cette mesure a fait dire à un auteur que « *le nouveau droit n'a pas pu effacer l'impression d'être trop favorable au débiteur et trop mortifiant pour les créanciers* »⁴.

Conclusion:

Que les droits du débiteur personne physique en liquidation des biens fassent l'objet de préservation dans le nouveau droit OHADA des procédures collectives ne fait l'ombre d'aucun doute. C'est la preuve que le droit s'attache

¹D. R. Soh Fogno, *Le Débiteur à l'épreuve des procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, Th., *op. cit.*, p. 187.

²Ce secours apporté au débiteur ne saurait être étendue à la famille africaine, qui inclut les oncles, les tantes, les nièces, les cousins, la belle-famille, les ascendants et les descendants. Cette restriction de l'assiette de l'aide à accorder au débiteur personne physique en liquidation des biens permet de mieux préserver les chances de paiements des créanciers par exemple. Une telle position va de pair avec l'idée de situation exceptionnelle d'intervention des secours alimentaires.

³D. R. Soh Fogno, *Le Débiteur à l'épreuve des procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, Th., *op. cit.*, p. 187.

⁴I. Ndam, « La protection de l'intérêt des créanciers par la réforme du droit OHADA des procédures collectives d'apurement du passif », *op.cit.*, p. 41-82. A notre avis, c'est la preuve qu'il faut payer les créanciers à tout prix, mais pas à tous les prix.

désormais aux valeurs humaines¹, telle est même sa vocation principale. La préservation des droits du débiteur personne physique en liquidation des biens n'est pas incompatible avec les finalités du droit des procédures collectives OHADA. A ce titre, le droit OHADA des procédures collectives ne saurait échapper à l'emprise de la fondamentalisation du droit des affaires². Au demeurant, cette emprise ne contribue qu'à affirmer ou réaffirmer une préservation accrue des droits extrapatrimoniaux du débiteur à travers la possibilité reconnue à celui-ci d'exercer une activité professionnelle pendant les opérations de liquidation des biens. En même temps, le législateur OHADA renforce les mécanismes de préservation de la vie privée de celui-ci.

Le patrimoine étant le gage comme des créanciers, la préservation des droits patrimoniaux du débiteur en liquidation des biens est par conséquent résiduelle. Les droits du débiteur qui sont préservés ici, sont des droits attachés à la personne du débiteur. Plus concrètement, le législateur OHADA des procédures collectives protège les droits corporels et incorporels du débiteur en liquidation des biens. La préservation des droits incorporels met en joue les droits attachés à la propriété intellectuelle mais également des droits procéduraux du débiteur. Les mécanismes de préservation des droits corporels du débiteur sont perceptibles à travers le recours aux insaisissabilités des biens et aux biens apportés au débiteur par le législateur. Un constat s'impose, sans pour autant entraîner une contradiction fondamentale ou une négation de la préservation des droits du débiteur personne physique en liquidation des biens en droit OHADA des procédures collectives. Il apparaît qu'afin d'empêcher la dilapidation des biens par le débiteur, la révision de l'AUPC intervenue le 10 septembre 2015 a maintenu les atteintes portées au domicile du débiteur à titre exceptionnel. La finalité de cette mesure étant de sauvegarder le « *principe d'égalité dans les procédures collectives* »³, ceci pour un droit des procédures collectives OHADA

¹M. Ancel, « L'humanisme et le droit », *Bulletin de l'Association Guillaume Budé*, Juillet 1947, p.39.

²R. Dumas, *Essai pour la fondamentalisation du droit des affaires*, L'Harmattan, 2008.

³F. Pollaud-Dulian, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP* 1999. I. 138.

plus « *vivant, réaliste* »¹ et qui s'améliore en « *qualité* »². Et, comme le disait de manière fort pénétrante Paul Le Canu, « *le droit est toujours un reflet des choix de valeurs d'une société, plus ou moins assumé* »³.

¹H. De Page, *Traité de droit élémentaire de droit civil*, T. I, 1948, n° 6. L'auteur affirme que « *Le droit doit être une science vivante, comme la réalité sociale dont il n'est pas que l'image, il doit rester en contact étroit avec cette réalité et suivre ses tendances, ses infléchissements, son évolution, il doit s'en inspirer et non y contredire, il doit s'y adapter, et non encore s'enclorre dans une compilation purement formelle, mécanique, de textes surannées. C'est ce qu'on appelle réalisme juridique (...). Le but social d'une loi est une donnée à la fois suffisamment souple et objective (...)* ».

²J.-M. Pontier, « *Qualité de droit ?* », *AJDA*, 2011, p. 1521. F. Pollaud-Dulian, « *Le principe d'égalité dans les procédures collectives* », *JCP* 1999. I. 138.

³P. Le Canu, *Droit des sociétés*, Montchrestien, 2002, p. 7, n°10.

Présentation de thèse Anne-Lou RANDEGGER

La donation indirecte, Recherches sur l'instrumentalisation de sa qualification¹ Thèse
dirigée par le Professeur Claude BRENNER - Soutenue le 15 décembre 2022 à
l'Université de Panthéon-Assas (Paris)

¹ Le style oral de la communication a été conservé.

Avant toute chose, je dois une petite confiance. L'idée d'une thèse m'est venue tardivement et non sans une certaine naïveté. Comme l'aurait été tout étudiant, je fus flattée lorsque le Professeur Yves Lequette m'a suggérée d'emprunte le chemin de la thèse à la fin du Master qu'il dirigeait. Pour moi, jusqu'alors, droit rimait avec magistrat : je m'apprêtais à concourir à l'E.N.M., non au contrat doctoral. Mais je n'en ai aucun regret : outre d'inestimables amitiés, j'ai trouvé dans cette aventure beaucoup de plaisir, et une satisfaction intellectuelle inédite. C'est donc, il faut bien le dire, avec une certaine candeur que j'ai sollicité mon directeur, le Professeur Claude Brenner, pour choisir le sujet de mes recherches, que je souhaitais en droit des libéralités et des successions. Il se trouve qu'il avait un sujet mêlant ces deux branches du Droit : la donation indirecte. Il m'en donna alors un exemple topique : celui d'un père qui, mû par intention libérale, règle la dette de son fils entre les mains de l'un de ses créanciers, son bailleur par exemple. Dans cet exemple, la donation indirecte est indéniable : le fils n'est plus débiteur, il s'est enrichi par diminution de son passif ; quant au *solvens*, le père, il s'est appauvri puisque son patrimoine s'est amoindri d'une somme qui ne correspondait à aucune dette à sa charge, et ce, sans avoir la prétention d'être un jour remboursé ; le tout à la faveur d'un acte qui, sans être mensonger, ne manifeste pas ostensiblement sa nature libérale. Séduite par le sujet, je l'ai aussitôt accepté. Et je l'ai très vite aimé parce qu'il réunissait autant d'aspects techniques que politiques.

Cet argument en faveur du sujet était aussi révélateur des difficultés qui seraient les miennes. Deux de ces difficultés, liées à l'aspect technique du sujet, me sont très vite apparues.

La première fut l'abondance des mécanismes qui côtoyaient la notion de donation indirecte. On peut d'abord compter toutes sortes de renonciation : à une succession, à un legs, à une rente viagère, à un gain de survie, à un droit préférentiel de souscription. À quoi il faut ajouter toutes sortes de paiement pour autrui : d'une dette d'entretien, de loyers, d'emprunts, d'un bien, de droits de donation, de droits de succession. Mais encore toutes formes d'assurance-vie : de prévoyance, de décès temporaire, de capital différé contre assuré. Coup de

grâce : la clause de réversion d'usufruit et le trust-libéralité dont je n'avais jusqu'à présent jamais entendu parler ! Cette diversité imposait d'entreprendre une étude approfondie de ces mécanismes, de leur fonctionnement et de leur économie. Ce qui fut fait, non sans peine, au cours des premiers mois de la thèse.

La deuxième difficulté fut la dissonance frappante entre une partie de la réalité pratique de la donation indirecte et la définition classique du concept. Et pour cause : une fois dressé le tableau des occurrences légales, jurisprudentielles et administratives de la donation indirecte, une constatation s'est imposée : un certain nombre de donations indirectes ne correspondait pas aux critères conceptuels classiques ; réciproquement, des actes qui, selon l'opinion doctrinale commune, devaient être qualifiés en donation indirecte, échappaient à cette qualification. Ce constat constitue l'objet des développements de la première partie de la thèse.

1. En première partie, j'ai en effet confronté tous les éléments de la définition de la donation indirecte à ses applications pratiques. J'ai démontré, décisions à l'appui, par où et comment les hiatus entre la conceptualisation de la notion et sa réalité contentieuse se manifestaient. Arrêtons-nous un instant sur cette première partie.

Depuis les travaux de Ponsard¹, la doctrine majoritaire définit la donation indirecte au moyen d'un ensemble de critères cumulatifs tenant, pour certains, à sa nature, pour d'autres, à ses caractères. D'abord rangée parmi les donations entre vifs, la donation indirecte consisterait, par nature, en un acte libéral *inter vivos*, c'est-à-dire une libéralité entre vifs. Par construction, elle n'appartiendrait donc, ni à la catégorie des actes à titre onéreux, ni à celle des libéralités à cause de mort. Ensuite, la donation indirecte serait une donation entre vifs opérant au moyen d'un acte juridique qui, sans tradition ni simulation, resterait muet sur l'intention libérale

¹ A. Ponsard, *La donation indirecte en droit civil français*, thèse, Dijon, 1946.

de son auteur. La donation indirecte serait donc une donation tacite originale, distincte à la fois du don manuel, qui se réalise par tradition, de la donation authentique, qui dévoile l'intention libérale de son auteur, et de la donation déguisée, qui comporte un mensonge. En somme, il y aurait donation indirecte chaque fois qu'une donation entre vifs se réalise au moyen d'un acte muet et sincère. Réciproquement, tout acte juridique muet et sincère portant donation entre vifs devrait être qualifié de donation indirecte.

Au regard du droit positif, cette double assertion n'a pourtant rien d'évident. Deux exemples suffisent à s'en convaincre. D'abord, si la donation indirecte est un acte libéral, il est nécessaire, pour la caractériser, d'identifier une intention libérale ; il est nécessaire, pour les parties, de la prouver ; pour le juge, de la vérifier. Or, il n'est pas rare qu'un acte dépourvu d'intention libérale reçoive du juge la qualification de donation indirecte : le fait n'est pas toujours visible à première lecture des décisions, mais certains arrêts présument l'intention libérale à partir d'indices dont on peut sérieusement douter qu'ils permettent sa caractérisation. Inversement, certaines opérations qui comportent une intention libérale échappent à la qualification de donation indirecte : c'est le cas, par exemple, d'actes d'exécution d'un legs verbal que les juges refusent de qualifier en donation indirecte aux motifs que le disposant exécute une obligation naturelle. Ensuite – c'est le second exemple –, puisque la donation indirecte est une libéralité entre vifs, il est encore nécessaire, pour la caractériser, d'identifier une transmission de propriété *dum vivit*, entre vifs, actuelle au sens de l'article 894 du code civil. Pourtant, certains actes qualifiés de donation indirecte produisent tout ou partie de leurs effets à la mort du donateur. Tel le cas de la donation indirecte réalisée au moyen d'une clause de réversion d'usufruit, qui enrichit l'usufruitier successif d'un bien successoral. Tel est le cas, également, de la donation indirecte réalisée par *trust* révocable, ce dernier opérant un décalage temporel entre le dessaisissement du disposant (qui est immédiat) et l'investiture du bénéficiaire (qui n'intervient qu'après la mort du disposant).

On pourrait multiplier les exemples. Mais la constatation faite lors de cette première partie est sans équivoque : il existe une inadéquation entre la réalité de la donation indirecte et sa conceptualisation. Constatation pour le moins troublante.

Pour dissiper ce malaise, je me suis livrée à une recherche minutieuse : décision après décision, j'ai recherché les raisons qui pouvaient justifier ces dissonances. Et assez rapidement, j'ai découvert qu'elles résultaient, en grande partie du moins, d'une instrumentalisation de la qualification de donation indirecte.

Cette découverte faite, il m'a très vite semblé que l'étude du sujet ne devait pas être conduite selon le plan classique d'une thèse notionnelle, c'est-à-dire par la proposition d'une nouvelle définition de la notion, d'abord, et par la reconstruction de son régime juridique, ensuite. Cette démarche m'a semblé inutile, voire incohérente, pour deux raisons intimement liées. D'une part, parce que les hypothèses de qualification de donation indirecte conformes aux critères conceptuels classiques demeurent réelles – il suffit, pour s'en convaincre, de relire la thèse de Ponsard à la lumière du droit positif. D'autre part, parce que l'instrumentalisation d'une notion ne doit pas nécessairement conduire, me semble-t-il, à la remise en question de sa définition. En effet, lorsque les juges – pour s'en tenir à eux – manipulent la qualification de donation indirecte, ils ne prétendent pas que sa définition est insatisfaisante ou imparfaite : au contraire, ils la reconnaissent tout en l'écartant pour des motifs qui, selon eux, priment la logique. Voilà pourquoi, à mon avis, il n'était pas opportun, dans une seconde partie, de s'aventurer dans l'exercice d'une redéfinition notionnelle de la donation indirecte.

Au contraire, je devais éprouver ma conviction et orienter cette seconde partie autour de l'idée d'instrumentalisation. Ce qui fut effectivement le cas.

Il m'a fallu d'abord rechercher les raisons de l'instrumentalisation de la donation indirecte. C'est là la troisième difficulté à laquelle j'ai été confrontée, sans doute la plus accusée. Ce à nouveau pour deux raisons. D'abord, parce que par principe (ou... tradition ?), les solutions jurisprudentielles, légales ou administratives, masquent les considérations extra-juridiques dont elles peuvent puiser leur inspiration. Pour mettre au jour ces considérations, il m'a donc fallu, le plus souvent, chercher ailleurs, c'est-à-dire en dehors des textes et des motifs des décisions, sans pour autant me prétendre sociologue ou politiste. Ensuite, parce que trop enthousiaste à l'idée de proposer une nouvelle lecture de mon sujet, j'ai craint de méconnaître la finalité de certaines instrumentalizations, pire encore d'en affirmer faussement l'existence. J'ai donc avancé avec prudence, questionné le sens des arrêts, interrogé magistrats, notaires et administration fiscale, échangé avec les spécialistes des matières dans lesquelles ces instrumentalizations apparaissaient. La recherche des finalités de l'instrumentalisation s'est finalement soldée par deux séries d'enseignements.

Le premier est que l'instrumentalisation de la donation indirecte est marquée par deux tendances assez nettement distinctes : la recherche de la justice, d'une part, et celle de l'utilité, d'autre part. Le juste, l'utile... on retrouve là, au moins dans l'esprit, la distinction chère au Professeur Jacques Ghestin.

S'agissant de la quête de justice, certaines instrumentalizations de la donation indirecte paraissent, à mon sens, servir un besoin de justice ou corrective ou répressive. La justice corrective est ici entendue comme celle ayant pour but de restaurer un équilibre injustement rompu. Ainsi, par exemple, il arrive que les juges forcent la qualification de donation indirecte pour imposer le rapport successoral d'une valeur et ainsi déjouer l'inégalité successorale que le défunt avait instaurée entre ses héritiers. Quant à la quête de justice punitive, il faut entendre par là le besoin de se servir de la qualification de donation indirecte pour sanctionner un acte considéré comme une fraude. Les exemples sont nombreux en droit fiscal : l'administration force la qualification de donation indirecte pour obtenir un impôt à

titre de sanction ; pire encore, à la qualification de donation indirecte, elle substitue celle de donation déguisée qui emporte des sanctions plus lourdes. Mais d'autres manifestations se rencontrent également en droit civil, plus particulièrement en matière de recel successoral : ici, la qualification de donation indirecte est forcée pour appliquer les sanctions du recel, la déchéance notamment, et ainsi punir un héritier au comportement frauduleux.

La quête d'utilité est bien différente. L'utilité ne s'entend pas ici dans le sens que peut lui donner, par exemple, l'article 1157 du code civil, c'est-à-dire comme l'efficacité intrinsèque d'un acte juridique. L'utilité doit ici s'entendre au sens d'utilité publique, en tant qu'elle vise les intérêts financiers de l'État. En effet, certaines solutions témoignent de ce que la donation indirecte constitue, entre les mains des juges ou de l'administration, un outil pour atteindre un résultat jugé économiquement satisfaisant pour l'État. En pareille hypothèse, on peut dire que la donation indirecte est l'instrument d'une politique de sauvegarde plus ou moins grande des finances publiques. En voici un exemple très parlant : au début du XIX^{ème} siècle, les juges judiciaires ont dû répondre à la question de savoir si l'assurance épargne conclue au profit d'un tiers demeurerait une forme particulière d'assurance sur la vie ou constituait une donation indirecte. La Cour de cassation pencha en faveur de la première solution : l'assurance épargne constitue par principe une assurance sur la vie, elle n'est pas une donation indirecte au profit du tiers désigné. Et tant pis si l'aléa caractéristique de l'assurance-vie ne s'y trouve pas ; tant pis aussi pour l'existence quasi-certaine d'une intention libérale de l'assuré... et donc d'une donation indirecte. La conséquence d'une telle solution est simple : l'assurance épargne échappe au régime civil et fiscal de la donation indirecte. Concrètement, ni le bénéfice de l'assurance, ni les cotisations versées par le souscripteur ne doivent, en principe, être réintégrés dans sa succession, comme le sont les biens donnés. En outre, faute de donation, le bénéficiaire de l'assurance ne doit pas l'impôt sur les donations. La solution est favorable au bénéficiaire, qui reçoit une somme en franchise de restitution civile ou fiscale. Simple, la conséquence d'une telle solution est également voulue. Pourquoi ? Le

ministère de l'économie ne s'en est pas caché : l'assurance épargne constitue une opération nécessaire au financement de l'économie publique, parce que les fonds investis sont placés en obligations d'État et permettent de collecter des capitaux nécessaires à la souscription des obligations du trésor public. En écartant de force le jeu de la qualification de la donation indirecte – il y a là instrumentalisation dite « négative » de la qualification –, et donc le régime prohibitif des libéralités, la Cour de cassation encourage les particuliers à souscrire à de nouveaux contrats dont elle connaît l'importance pour la bonne marche de la Bourse. Voilà pourquoi une telle instrumentalisation semble guidée par le souci de préserver les finances publiques.

Quête de justice et d'utilité, c'est le premier enseignement tiré de la recherche des finalités de l'instrumentalisation.

Le second enseignement, plus général, est que l'instrumentalisation de la donation indirecte n'est pas un phénomène accidentel ni le produit de tendances jurisprudentielles modernes : dès le XIX^{ème} siècle, le droit témoigne de la volonté du législateur ou des juges d'utiliser opportunément la qualification pour parvenir à des fins que ne postulent pas la logique conceptuelle. C'est dire que, selon nous, la donation indirecte est depuis fort longtemps, et a peut-être toujours été, une notion en demi-teinte : essentiellement conceptuelle, accessoirement contextuelle.

À peine ce travail de recherches des finalités achevé, je me trouvai confrontée à une quatrième et dernière difficulté. Que fallait-il penser de cette instrumentalisation ? Trois voies s'offraient à moi : une condamnation absolue, une acceptation totale ou, une voie médiane, plus périlleuse, une délimitation entre l'inacceptable et l'admissible. Sur ce point, j'ai avancé d'un pas heurté. D'abord, j'ai cru qu'il était indispensable, pour la sécurité juridique, de conjurer l'instrumentalisation. Puis, dans le carcan de la pandémie et de ses restrictions installées, j'ai voulu donner tout pouvoir à l'administration et au juge

d'instrumentaliser la donation indirecte. Finalement, il m'a semblé que l'instrumentalisation de la donation indirecte ne devait pas être condamnée en soi, mais seulement cantonnée, encadrée, mesurée. On l'aura compris, c'est la voie médiane qui s'est imposée : délimiter l'inacceptable et l'admissible.

Mais selon quels critères opérer cette délimitation ? Autrement dit, quelles limites apporter à ces instrumentalisation ? Et comment mettre en œuvre ces limites ? C'est le dernier temps de la thèse. Le raisonnement tenu est le suivant, qui s'articule autour d'un postulat et de deux limites.

Le postulat est que l'instrumentalisation de la donation indirecte, comme toute instrumentalisation de qualification, est en soi légitime car il s'agit de combler les lacunes pratiques de la loi, c'est-à-dire de corriger son caractère inopportun ; et cela pour sauvegarder la cohérence du droit.

Restent les deux limites. La première résulte d'un principe fondamental de notre système juridique : l'impératif de légalité répressive. En effet, il nous semble que le principe de légalité répressive interdit au juge investi d'une mission sanctionnatrice de créer du droit. Par conséquent, un tel principe prohibe toute instrumentalisation prétorienne de la qualification de donation indirecte lorsque cette instrumentalisation emporte des conséquences pénales pour le justiciable. Nous appelons ainsi à l'abandon de toute instrumentalisation de la donation indirecte en matière fiscale ainsi qu'en matière de recel successoral.

La seconde limite de l'instrumentalisation tient au fondement même du pouvoir judiciaire d'instrumentalisation des qualifications : l'idéal de cohérence du droit. En effet, si l'instrumentalisation des qualifications juridiques, et donc de celle de donation indirecte, est fondée sur le besoin d'assurer une certaine harmonie du système juridique, c'est bien cette harmonie qui doit servir de guide, et donc de limite, à l'instrumentalisation de la qualification. Autrement dit, l'instrumentalisation de la donation indirecte ne peut être admise que si, et seulement si, la finalité qu'elle poursuit s'efforce de restaurer la cohérence du droit là où elle fait défaut ; que si l'adaptation de la qualification aux circonstances d'espèces complète, en

toute cohérence, le droit d'origine législative. Il fallait donc, à nouveau, faire le tri entre le bon grain et l'ivraie, entre les instrumentalisation dites « complétives » et celles dites « subversives ». Parmi les premières, on peut citer les instrumentalisation ayant pour but de restaurer l'égalité des héritiers, du moins celles qui respectent la fibre égalitaire des partages successoraux. Parmi les secondes, les instrumentalisation subversives donc, figure le cas de l'assurance épargne évoqué plus haut, qui selon nous, porte une atteinte excessive à l'un des piliers de l'ordre public successoral : la réserve héréditaire.

Ces limites et les propositions qui en découlent permettraient, à notre sens, une meilleure compréhension de la donation indirecte en trouvant un point d'équilibre entre conceptualisme et pragmatisme.



AFDD