

Horizons du droit



N° 66

Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Directeur
scientifique

Comité
scientifique

Rédacteur en
chef

Jacques Mestre

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

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.

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° 66 – décembre 2025

Ce mois-ci, regards juridiques venus du Brésil, de France, d'Angola, du Sénégal et du Togo !

Page 1 Les salariées enceintes et la garantie provisoire d'emploi en cas de démission dans l'optique de la Justice du Travail au Brésil

Juliano BARRA et Homero BATISTA

Page 13 Le refus de moraliser les dépôts de déclaration de cessation des paiements : pour une ouverture légaliste des procédures collectives ! (à propos de Cass.com., 10 septembre 2025, n°24-15.275)

Antoine BRULE

Page 20 Human rights and natural resource management in Angola : between opportunities and challenges for sustainable development

Alexandre KOMBA MUIZU

Page 36 La coopérative, outil de mutation de l'économie informelle

Geneviève BREMOND

Page 67 La société coopérative simplifiée au royaume des sûretés : à la recherche de la sûreté adaptée à son profit

Akrawati Shamsidine ADJITA

**Les salariées enceintes et la garantie provisoire
d'emploi en cas de démission
dans l'optique de la Justice du Travail au Brésil**

Juliano BARRA - Docteur en droit par l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Mackenzie – São Paulo - ATER
à l'École de Droit de la Sorbonne (2016/18)
Avocat au Barreau de São Paulo et Lisbonne
et

Homero BATISTA
Juge à la Cour d'appel du travail de São Paulo (TRT/SP)
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de São Paulo – USP

Résumé

Cet article vise à analyser en profondeur la jurisprudence récente de la Justice du Travail au Brésil concernant les démissions de femmes enceintes, un domaine où les enjeux de consentement et de la garantie provisoire d'emploi de l'emploi prennent une dimension particulièrement sensible. En explorant les motifs de nullité des démissions de salariées enceintes, l'étude met en évidence les éléments controversés tels que les vices du consentement et l'absence d'assistance syndicale lors de la formulation de la démission. Par ailleurs, l'article examine la façon dont les juges interprètent et appliquent les principes de protection de la maternité dans des contextes marqués par des pressions sociales et économiques, souvent amplifiées pour les femmes. Cette analyse apporte une contribution inédite au droit comparé en abordant le sujet sous une perspective du jugement avec une perspective de genre, offrant un éclairage essentiel sur la manière dont les normes juridiques répondent aux particularités de la situation des femmes sur le marché du travail. À travers cette approche, l'article interroge non seulement la validité du consentement dans les décisions de rupture de contrat mais aussi les mécanismes de protection mis en place pour garantir l'égalité des droits et prévenir les discriminations, fournissant ainsi des clés de compréhension pour une jurisprudence plus inclusive.

Cette étude a pour objet d'illustrer certains aspects juridiques de la jurisprudence en matière de démission¹, plus précisément la démission formulée par des salariées enceintes.

À ce propos, le système de droits sociaux brésilien a été fortement constitutionnalisé depuis la Constitution de 1988 et certains salariés peuvent avoir des périodes de garantie provisoire d'emploi, à l'exemple des salariées enceintes. La démission, dans ce cas, est source de controverse, la jurisprudence ayant un rôle central pour trancher les effets de la rupture du contrat de travail.

De toute façon, les salariées enceintes détiennent le droit de mettre fin à leurs contrats de travail et le droit brésilien n'impose pas une formalité (écrite ou verbale) pour cette communication. La jurisprudence s'occupe, ainsi, de déterminer l'existence ou non de vices du consentement : l'erreur, le dol ou de la violence vident le consentement et ont comme conséquence la nullité de la démission et le versement d'indemnités au motif d'un licenciement injustifié.

Par ailleurs, les salariés doivent respecter un préavis de trente jours selon l'article 487 de la Consolidation des Lois du Travail (CLT)², sous peine de subir la déduction du montant d'un mois de salaire.

De plus, l'article 10 des « actes des dispositions constitutionnelles transitoires » (ADCT) prévoit un régime de garantie provisoire de l'emploi pour certains

¹ Sur la démission en droit du travail brésilien, consulter : M. GODINHO DELGADO, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 19 éd., 2020, p. 1430. O. GOMES et E. GOTTSCHALK, *Curto de Direito do Trabalho*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, p. 422; G. F. BARBOSA GARCIA, *Curso de Direito do Trabalho*, São Paulo, Saraiva, 14 éd, 2019, 652; A. MASCARO NASCIMENTO, *Iniciação ao Direito do Trabalho*, São Paulo, LTr, 40 éd., 2015, p. 428.

² Le 1^{er} mai 1943 a été publié le principal texte législatif brésilien en matière de Droit du travail : la Consolidation des Lois du Travail, appelée communément « CLT ». Dans ce jour de commémoration de la fête du travail, le gouvernement de l'époque a mis en œuvre ce qui est considéré comme la plus importante mesure législative dans l'histoire du Droit social brésilien.

salariés. La stabilité provisoire est le droit de l'employé de garder son emploi même contre la volonté de son employeur, pour un certain temps. Ce délai peut varier en fonction des circonstances et durant cette période de garantie provisoire d'emploi, le salarié ne peut être licencié que pour faute grave.

La législation liste ainsi les titulaires de ce droit et parmi eux figure la salariée enceinte, laquelle aura une garantie provisoire d'emploi dès la confirmation de sa grossesse et jusqu'à 5 mois après l'accouchement¹. La salariée licenciée sans motif réel (faute grave) aura le droit à la réintégration dans son emploi (ou à une indemnité correspondante). Si besoin elle pourra s'adresser à la Justice du Travail pour exercer son droit (I).

La question de droit qui se pose invariablement est la suivante : est-ce que la salariée enceinte peut présenter une demande de démission sans l'assistance de son syndicat, de l'inspecteur du travail ou même du juge du travail ? Comment est-ce que les juges interprètent la disposition de l'article 500 de la CLT²? (II)

I. La démission d'une salariée enceinte et le jugement avec une perspective de genre

La formulation d'une demande de démission pour une salariée enceinte n'exige pas de formalité, pouvant être même verbale, ce qui a causé une controverse sur sa propre existence et ses effets juridiques (**A**). Pour trancher l'affaire, les juges de la deuxième instance ont pris en considération les circonstances du genre afin de révoquer le jugement de fond (**B**).

¹ Bénéficient aussi d'une garantie provisoire d'emploi : (i) le salarié, victime d'un accident de travail qui a reçu des indemnités journalières de la sécurité sociale, jouit d'une garantie provisoire d'emploi d'un an après avoir reçu son arrêt de travail ; (ii) le dirigeant syndical, à partir du moment où il a déposé sa candidature et jusqu'à un an après la fin de son mandat et le membre de la *Comissão Interna de Prevenção de Acidentes de Trabalho e Assédio (CIPA)* (espèce de commission pour prévenir des accidents du travail et le harcèlement sexuel dans l'entreprise), dès le dépôt de sa candidature et jusqu'à un an après la fin de son mandat.

² « La demande de démission d'un salarié stable ne sera valable que lorsque effectuée avec l'assistance du syndicat concerné et, à défaut, devant l'autorité locale compétente du Ministère du Travail ou devant le Tribunal du Travail »

A – La salariée enceinte et l'inexistence de demande de démission

Dans un dossier analysé par la 03^e chambre du *Tribunal Regional do Trabalho - « TRT » de l'État de l'Espírito Santo* (Cour d'appel), les juges ont établi la nullité du licenciement d'une salariée enceinte, ce qui a abouti à une condamnation¹. Toutefois, le jugement en première instance avait conclu par la légalité de la demande de démission verbale, ce qui n'a pas trouvé d'écho favorable en siège deuxième instance².

Dans ses déclarations initiales, la plaignante a déclaré qu'elle avait été embauchée le 06/09/2018 en tant que vendeuse et qu'elle avait été licenciée enceinte en raison d'une présumée demande verbale de démission le 09/04/2019. Elle a affirmé que, contrairement à ce qui apparaît dans le TRCT (procès-verbal de résiliation du contrat de travail), elle n'a pas formulé sa démission et n'a jamais eu l'intention de se faire renoncer à sa garantie provisoire de l'emploi. Cependant, le juge du fond a rejeté ses arguments, car il a considéré qu'il existait une demande verbale expresse de démission de la part de la demandeuse.

En dépit de la décision, la salariée a présenté ses griefs de la façon suivante :

- (i) Elle a réitéré les arguments avancés dans ses déclarations initiales, en ajoutant que les preuves produites ont été rassemblées de manière incomplète, étant donné que la réponse finale concernant la demande de démission n'est pas incluse dans l'enregistrement de l'audience en visioconférence.

¹ Au Brésil il y a une branche de la justice spécialisée dans les contentieux de droit du travail, c'est la Justice du Travail. Formée seulement de juges professionnels, elle est composée d'une première instance (juge unique), d'une Cour d'appel par État et en formation collégiale (*Tribunais Regionais do Trabalho – TRT*) et d'une Cour supérieure appelée *Tribunal Superior do Trabalho – TST* qui siège à Brasília. Cette Cour a pour mission d'unifier la jurisprudence dans tout le territoire.

² *Tribunal Regional do Trabalho de l'État de l'Espírito Santo*. Process 0000585-86.2019.5.17.0002. Juge Marcello Maciel Mancilha. 22/06/2022.

(ii) Elle a réaffirmé qu'elle n'a pas demandé de démissionner et ainsi elle n'a jamais pu être licenciée de ses fonctions considérant que la Constitution assure la protection contre le licenciement arbitraire des salariées enceintes, conformément à l'article 10, II, b, des « actes des dispositions constitutionnelles transitoires » (ADCT)¹.

(iii) Que les témoins sont fiables et confirment la véracité des faits sur l'inexistence de formalisation de la demande de démission.

En fin de compte, le Tribunal Régional du Travail (TRT), lors de l'examen du cas, a donné raison à la plaignante en ajoutant un raisonnement jusqu'alors peu utilisé par les juges dans les dossiers de cette nature : le jugement avec une perspective de genre.

B) – La nullité du licenciement et le jugement avec une perspective de genre

Le point controversé se limitait à savoir si la salariée avait ou non demandé sa démission verbale. Ainsi, les juges de la Cour d'Appel travailliste (TRT) de *l'État de l'Espírito Santo*, au regard du « principe de continuité de la relation de travail », qui constitue une présomption en faveur des salariés, ont décidé de révoquer le jugement par le fait des preuves produites : la salariée avait été congédiée du fait de l'absence d'une demande de démission. La démission se qualifie comme un acte volontaire et exclusif du travailleur, étant interdit au juge de l'accepter par simple hypothèse.

¹ « Art. 10. Jusqu'à ce que soit promulguée la loi complémentaire visée à l'article 7 - I de la Constitution :

II - le licenciement arbitraire ou sans cause réelle et sérieuse est interdit dans le cas de: (...) b) la salariée enceinte, depuis la confirmation de la grossesse jusqu'à 5 mois après l'accouchement".

D'autre part, au-delà des conséquences juridiques potentielles d'une demande de démission, ce qui attire l'attention dans l'arrêt c'est le raisonnement des juges à partir d'une perspective de genre¹.

Au Brésil, le Conseil National de Justice (CNJ)² a approuvé le Rapport n° 27 du 2 février 2021, concernant « Les jugements avec une perspective de genre », apportant diverses orientations théoriques sur la question de l'égalité et servant de guide aux magistrats pour réaliser le droit à l'égalité et à la non-discrimination pour toutes les femmes³. Dans le même objectif, le 15 février 2022, il a publié sa "Recommandation CNJ n° 128" recommandant l'adoption du Protocole pour le jugement dans une perspective de genre dans le cadre du pouvoir judiciaire brésilien⁴.

La recommandation du CNJ susmentionnée a comme objectif de contribuer à l'activité judiciaire dans le sens de diminuer les discriminations et les préjugés contre les femmes. De ce fait, les juges ont utilisé le rapport sur les « jugements avec un prisme de genre » pour affirmer que :

- (i) L'intention de l'entreprise de fermer le lieu de travail où avait la prestation de services de la salariée était notoire ;
- (ii) L'entreprise savait que la salariée était enceinte ;
- (iii) La salariée n'a pas été congédiée seulement parce qu'elle était enceinte avec une garantie provisoire d'emploi ;

¹ Consulter J. W. FERRARIANI PIMENTEL, « Pedido de demissão na garantia provisória », in L. de M. R. COLNAGO (coord.), *Julgamento com perspectiva de gênero: casos comentados pelas magistradas do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região*, Campinas, Lacier, 2023, p. 203.

² Organe de contrôle externe du judiciaire.

³ Disponible en <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado18063720220217620e8ead960f4.pdf>

⁴ Disponible en <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4377>

(iv) Le comportement de la salariée, lors de la réunion mentionnée en audience, reposait sur l'information selon laquelle un « accord » serait conclu et qu'elle bénéficierait de tous ses droits découlant de la garantie provisoire d'emploi en tant que femme enceinte ;

(v) Il y a eu une déclaration expresse de la salariée, selon laquelle elle « souffrait d'une fatigue mentale », ce qui permet de déduire que la situation vécue lui a certainement causé des inquiétudes et des incertitudes quant à son avenir.

(vi) Que la témoin de la salariée a affirmé « elle et la salariée étaient intéressées par quitter l'entreprise; (...) que cet intérêt était conditionné à la préservation des droits découlant de la garantie provisoire d'emploi, ce qui n'a pas été bien accueilli par l'employeur, c'est pourquoi elles ont décidé de rester dans l'entreprise ».

Compte tenu de tout ce qui précède, les juges ont déclaré la nullité du licenciement en condamnant l'entreprise à verser une indemnité portant sur toute la période de garantie provisoire d'emploi, soit à compter de la date de la rupture contractuelle jusqu'à cinq mois après l'accouchement.

Par la même occasion, les juges ont fait le constat que la formulation d'une démission par une salariée enceinte doit être précédée du « d'accord » de son syndicat, ce qui est en ligne avec la jurisprudence du Tribunal Supérieur du Travail (TST).

II. La nullité de la démission d'une salariée enceinte sans une intervention préalable du syndicat

D'après la jurisprudence travailliste brésilienne, la méconnaissance de la grossesse par la salariée (et de son employeur) au moment de la démission, n'est pas un motif qui annule le droit à une garantie provisoire d'emploi (**A**).

D'ailleurs, même si la démission est un droit subjectif de la salariée enceinte, elle doit être manifestée avec l'assistance de son syndicat, au risque d'être considérée comme nulle (**B**).

A) La méconnaissance de la grossesse par la salariée au moment de la démission

Le *Tribunal Regional do Trabalho* - « TRT » de l'État de São Paulo a débouté une salariée de ses griefs en deuxième instance affirmant, en résumé, que :

- (i) Il n'y avait aucune preuve dans le dossier d'un vice du consentement de la salariée quant à la formulation de sa démission ;
- (ii) La Constitution garantit à la salariée enceinte le maintien de son emploi, interdisant son licenciement arbitraire par l'employeur, mais cela n'empêche toutefois pas la salariée de démissionner volontairement, renonçant alors à la stabilité provisoire ;
- (iii) En l'espèce, il est incontestable que la salariée a démissionné parce qu'elle n'était pas satisfaite des conditions de travail et qu'elle a découvert, seulement après la sortie de l'entreprise, qu'elle était enceinte.
- (iv) L'employeur, bien sûr, n'était pas au courant de la grossesse de sa salariée.
- (v) Exiger de l'employeur l'approbation de la démission par le syndicat prévue par l'article 500 du CLT et conditionner la validité de la demande de démission à cette formalité, lorsque la grossesse est inconnue même de la salariée, est renverser la loi, exiger une obligation tératologique et donner à la norme une efficacité qu'elle n'a pas.

(vi) La formalité en tant que condition de la validité d'un acte juridique n'est requise que lorsque les conditions préalables à son incidence sont réunies, ce qui n'était pas le cas analysé.

Plus tard, la salariée a formulé un recours au Tribunal Supérieur du Travail (TST) dont les griefs concerneraient (i) violation du précédent n° 244 du TST sur le manque de connaissance de l'état de la grossesse par la salariée et par l'employeur au moment de la résiliation du contrat; (ii) nullité de la démission en raison du manquement d'assistance du syndicat pour donner son « d'accord » et (iii) violation de l'article 10, II, b, des « actes des dispositions constitutionnelles transitoires » (ADCT)¹.

En appliquant une jurisprudence constante, la Cour Suprême travailliste au Brésil révoque la décision du Tribunal Régional afin de déclarer la nullité de la démission et le versement d'une indemnisation sur la période de la garantie provisoire d'emploi.

B) L'assistance obligatoire du syndicat en cas de formulation de démission par des salariés avec garantie provisoire d'emploi

Toute d'abord, concernant l'analyse du recours de la salariée, le Tribunal Supérieur du Travail (TST) a affirmé que la méconnaissance de l'état de grossesse par les parties (salariée et/ou employeur), au moment de la rupture du contrat de travail, ne fait pas obstacle au droit à une indemnité résultant de la garantie provisoire d'emploi, comme le prévoit le précédent n° 244 du propre TST. L'argument de l'entreprise dans le sens qu'elle n'était pas au courant de la grossesse de son ouvrière a été invalidé².

¹ Tribunal Supérieur du Travail – TST. Process 1000617-32.2022.5.02.0602. Juge Hugo Carlos Scheuermann. 15/12/2023.

² Pour aller plus loin, consulter A. F. do NASCIMENTO et E. MEIRELES, « Limites da autonomia da vontade da gestante para pedir demissão », *Revista Direito do Trabalho*, LTr, Vol. 87, n° 12, 2023, p. 1478.

Ensuite, la Cour pose les bases constitutionnelles de la garantie provisoire à l'emploi de la salariée enceinte, c'est-à-dire l'article 10, II, b, des « actes des dispositions constitutionnelles transitoires » (ADCT), considérant que demeure interdit le licenciement arbitraire ou sans cause réelle et sérieuse des salariées enceintes, depuis la confirmation de la grossesse jusqu'à 5 mois après l'accouchement.

D'autre part, le TST applique sur le cas analysé une jurisprudence constante. Ses huit chambres exigent que la formulation de démission pour une salariée enceinte soit faite avec l'assistance du syndicat, conformément l'article 500 da la CLT qui dispose ainsi que : « la demande de démission d'un salarié stable ne sera valable que lorsque effectuée avec l'assistance du syndicat concerné et, à défaut, devant l'autorité locale compétente du Ministère du Travail ou devant le Tribunal du Travail »¹. D'ailleurs, la démission doit être libre de vices du consentement comme l'erreur, le dol ou la violence parce que ces éléments peuvent conduire à la nullité selon les articles 112, 113 et 422 du Code Civil brésilien².

¹ (RR-1096- 26.2011.5.09.0669, 1^a Turma, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, DEJT 06.09.2019); (RR-20333-43.2017.5.04.0841, 2^a Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 27.05.2022); (RR-1000357-33.2021.5.02.0264, 3^a Turma, Relator Ministro Alberto Bastos Balazeiro, DEJT 10.06.2022); (R RAg-671-71.2019.5.12.0010, 4^a Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 11.02.2022); (RR-1000108- 49.2021.5.02.0372, 5^a Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 07/01/2022); (RR-1000816-46.2020.5.02.0401, 6^a Turma, Relator Ministro Augusto Cesar Leite de Carvalho, DEJT 08.04.2022); (RR-10768-57.2020.5.15.0093, 7^a Turma, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DEJT 11.03.2022); (RR100-35.2019.5.09.0091, 8^a Turma, Relatora Desembargadora Convocada Cilene Ferreira Amaro Santos, DEJT 11.04.2022).

² Thèse obligatoire établie dans le cadre du « Recurso de Revista Repetitivo » n° 55 du Tribunal Supérieur du Travail (TST) : La validité de la demande de démission d'une salariée enceinte, bénéficiaire de la garantie provisoire d'emploi prévue à l'article 10, alinéa II, lettre "b" de l'Acte des Dispositions Constitutionnelles Transitoires (ADCT), est strictement subordonnée à l'assistance du syndicat professionnel ou de l'autorité locale compétente, conformément à l'article 500 du Code du travail brésilien (CLT).

Cette thèse, ayant force obligatoire, doit impérativement être appliquée par l'ensemble des magistrats du travail des juridictions inférieures.

Si la Constitution prévoit la garantie provisoire d'emploi des salariées enceintes, visant principalement la protection juridique de l'enfant à naître, elle n'empêche pas pour autant que cette salariée puisse, de manière autonome, décider de demander une démission. Toutefois, pour prévenir d'éventuels abus ou des vices de consentement, le législateur a établi la règle selon laquelle cet acte juridique n'est valable que s'il est réalisé sous l'assistance du syndicat. Ce dernier joue ainsi un rôle crucial en vérifiant que les droits inhérents au contrat de travail sont pleinement respectés et que la salariée prend sa décision en toute connaissance de cause, libre de pressions ou d'influences indésirables.

En élargissant cette analyse, cet article se propose également de contribuer au droit comparé en offrant un regard critique sur la manière dont différentes juridictions envisagent la protection de la maternité et la stabilité provisoire de l'emploi dans des contextes de démission volontaire. En effet, bien que des garanties similaires existent dans d'autres systèmes juridiques, la spécificité du contexte brésilien – marqué par des défis économiques et sociaux particuliers – offre une occasion unique de comprendre comment la législation et la jurisprudence s'articulent pour protéger les travailleuses enceintes contre les risques de discriminations et de désavantages liés à leur état de grossesse.

Ainsi, cet article cherche à enrichir les débats sur les droits des travailleuses enceintes en mettant en lumière les limites et les potentialités des règles en place. En analysant la règle de nullité pour vice de consentement en cas de démission sans assistance syndicale, il ouvre des pistes de réflexion sur les moyens d'améliorer la protection juridique des femmes dans le cadre de décisions de rupture de contrat de travail. Cette contribution au droit comparé vise à encourager une réflexion sur les pratiques et les normes internationales, dans l'espoir de promouvoir une meilleure adaptation des régulations aux besoins spécifiques des salariées et d'inspirer des réformes potentielles pour une jurisprudence plus juste et inclusive.

**Le refus de moraliser les dépôts de déclaration de cessation
des paiements : pour une ouverture légaliste
des procédures collectives !**

à propos de Cass.com., 10 septembre 2025, n°24-15.275

Antoine BRULE - Docteur en droit

Le sujet est d'importance. Derrière un litige technique fondé a priori sur les modalités d'exercice de la profession d'avocat, se cachait en réalité une illustration de la volonté de créanciers poursuivants de moraliser l'ouverture par les juges du fond d'une procédure collective. Se drapant derrière des moyens précis fondés sur des arguments objectifs tels que l'exercice individuel ou plural de l'activité indépendante du débiteur en question, des créanciers poursuivaient en réalité le but de se voir revêtir la qualité de censeur des motifs du dépôt de toute déclaration de cessation des paiements.

Ainsi alors que la procédure de liquidation judiciaire concerne par essence un avocat exerçant effectivement une activité professionnelle indépendante ; la Cour de cassation a dû se prononcer sur l'hypothèse d'un avocat qui exerçait de manière plurale cette activité. Autrement dit, la Chambre commerciale et économique de la Cour de cassation a dû répondre à une problématique que l'on peut retracer en ces termes : face à un cumul d'activités entre un mode d'exercice en société et un mode exercice à titre individuel, la Haute Cour s'est penchée sur la nécessité de rechercher, afin qu'un avocat puisse bénéficier de l'ouverture d'une procédure collective, si l'activité menée à titre individuelle est effective ou, qu'au minimum tout ou partie du passif du débiteur (à savoir ledit avocat) provient de l'activité exercée à titre individuel. Que l'activité à titre individuel menée par l'avocat soit unique ou dirigée en concurrence avec une activité dite plurale, la Cour de cassation a, pour tailler cette épineuse problématique, dû se plonger sur les différents modes d'activités professionnelles pouvant être menées par un avocat. A priori donc, un litige des plus techniques car relevant d'une appréciation plus que fine de la réalité d'exercice de la profession d'avocat.

Prenons comme point d'appui l'article de référence en la matière, à savoir l'article L. 640-2 du Code de commerce¹: « *La procédure de liquidation judiciaire est applicable à toute personne exerçant une activité commerciale, artisanale ou une activité agricole définie à l'article L. 311-1 du code rural et de la pêche maritime et à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé (...).* » Pour qui se rappelle l'histoire évolutive

du Code de commerce et plus particulièrement de son livre VI, le champ d'application des procédures dites collectives s'est étendu par l'effet des choix législatifs notamment aux artisans inscrits au répertoire des métiers, aux agriculteurs, puis à toute personne physique exerçant de manière indépendante une activité professionnelle et ce compris les professions dites libérales. Il convient de relever que la réglementation en vigueur a mis l'accent sur l'exercice effectif d'une activité commerciale ou artisanale peu important que les personnes soient immatriculées ou non au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers. Autrement dit, le domaine d'application des procédures collectives a pour désormais pour critère l'exercice dit effectif d'une activité professionnelle indépendante. Appliqué à un avocat exerçant sa profession à titre individuel, le critère fait mouche ! Néanmoins, des questions connexes se posent. En effet, la réponse de fond au point central du pourvoi en cassation appelle au préalable quelques remarques liminaires.

La première qui est se pose est la suivante : le cumul potentiel entre l'ouverture d'une procédure collective et de surendettement est-il possible pour un avocat exerçant une activité professionnelle indépendante ? Fort heureusement, la Cour de cassation s'était déjà prononcée sur le sujet² en décidant que toute personne physique qui exerce une activité professionnelle indépendante et ce compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé relève exclusivement des procédures collectives et se trouve *de facto* exclue des modes de traitement des situations de surendettement³.

La seconde concerne les différents modes d'exercice de la profession d'avocat. En effet, la Haute cour a eu à se prononcer sur le cas suivant : un avocat qui exerce à titre d'associé d'une société civile professionnelle (SCP) ou d'une société d'exercice libéral (SEL) peut-il bénéficier de l'ouverture d'une procédure collective ? La Cour de cassation a répondu dans un premier temps par la négative : « *L'avocat qui a cessé d'exercer son activité à titre individuel pour devenir associé d'une société civile professionnelle (ou d'une société d'exercice libéral), n'agit plus en son nom propre mais exerce ses fonctions au nom de la société. Il cesse dès lors d'exercer une activité professionnelle indépendante au sens de*

l'article L. 631-2 du Code de commerce »⁴. Cette solution s'expliquait par le fait que l'avocat associé agissait désormais au nom de la société et ne pouvait donc être soumis à une procédure collective dont le critère d'ouverture était fondé sur un exercice d'activité à titre individuel (et donc *in personam*). Néanmoins, cette solution fait désormais figure d'exceptions. En effet, la lecture du nouvel article 15.4 du Règlement Intérieur National de la profession d'avocat (RIN)⁵ fait désormais apparaître la pluralité d'exercice en qualité de principe général. Dès lors, la question de fond se doit d'être précisée : une procédure de liquidation judiciaire peut-elle être ouverte dans l'hypothèse d'un débiteur cumulant un mode d'exercice en société et une activité professionnelle indépendante ? Plus particulièrement, il s'agit de savoir en l'occurrence si dans cette hypothèse les magistrats du fond doivent, dans le but d'éviter un détournement de la faculté de bénéficier des procédures collectives de manière abusive, rechercher si l'exercice dit individuel est effectif ou si au moins une partie du passif du débiteur trouve sa source dans cette dernière activité ?

En l'occurrence, restons sur cette seconde remarque et vérifions si l'hypothèse formulée de cumul d'une activité libérale d'avocat sous forme individuelle et plurale se retrouve dans le contentieux rencontré par la Cour de cassation. En l'espèce, l'avocat en question exerçait initialement cette profession en qualité d'associé d'une SCP. Par la suite, il obtient l'autorisation d'exercer cumulativement à titre individuel. En parallèle, il a été condamné à régler une certaine somme au titre d'une sentence arbitrale. Il a enfin sollicité le bénéfice d'une procédure de liquidation judiciaire. Nous apprenons à la lecture de l'arrêt que les juges du second degré ont jugé qu'il y était éligible. Toute la question de fond qui sous-tend ce litige consiste donc bel et bien à déterminer si l'ouverture d'une liquidation judiciaire peut être prononcée pour un avocat dans l'hypothèse d'une dette pouvant potentiellement ne pas provenir de son activité à titre individuel ? Pour répondre à cette question à l'utilité pratique certaine, il convient de partir, comme toujours, des textes sous-tendant le litige de fond. Ainsi, l'article L 640-1 du Code de commerce dispose qu'il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné à l'article L 640-2 en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible.

Dans le litige d'espèce, l'état de cessation des paiements ne fait nul doute au vu du montant de la dette due⁶. Par ailleurs, aucune contestation n'est émise sur le fait que cette somme d'argent est antérieure à l'inscription du débiteur en cause en qualité d'avocat exerçant également à titre individuel⁷. En conséquence, ce débiteur se trouve dans la situation suivante : son actif disponible ne lui permet pas de régler le passif exigible. A priori donc, aucune difficulté sur les fondamentaux. Néanmoins, le demandeur au pourvoi met en débat le choix même du débiteur de s'inscrire dans une activité dite individuelle au regard de l'antériorité d'une part, de l'activité dite plurale et d'autre part, de l'absence de lien entre la dette litigieuse et l'activité dite individuelle. Autrement dit, le demandeur surajoute aux conditions légales en arguant qu'il s'agit en réalité d'une demande abusive d'ouverture d'une procédure collective⁸. La difficulté reposait en l'occurrence sur le fait qu'à la date de l'ouverture de la procédure collective, alors que le débiteur relevait des règles régissant les procédures collectives en raison de son bénéfice de l'activité professionnelle dite individuelle, la dette à l'origine de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire avait été contractée antérieurement à ladite activité. En parallèle à ce problème, il apparaît en filigrane que le demandeur au pourvoi accuse le débiteur en question de n'avoir déposé sa déclaration de cessation des paiements que pour éluder les droits des créanciers poursuivants. Autrement dit, il est reproché une demande abusive de l'ouverture d'une procédure collective en raison notamment de la demande par l'avocat en question de bénéficier d'une activité professionnelle dite individuelle déposée concomitamment avec le dépôt de la déclaration de cessation des paiements.

En premier lieu, il convient de relever que le fait de s'attaquer au motif d'une demande d'ouverture d'une procédure collective n'est pas un moyen permettant de remettre en cause le bien-fondé même de cette demande d'ouverture. En effet, un débiteur peut, dès lors qu'il remplit les conditions légales, se mettre sous la protection d'une procédure collective. Il est tout à fait normal de discuter des conditions prévues par les textes dont notamment l'objectivation d'un état de situation des paiements. Ainsi, il est très courant que la Haute cour peaufine, affine ou objective ce que l'on doit juridiquement entendre par exemple l'état de cessation des paiements. Néanmoins, la Cour suprême n'est pas

un moraliste. Autrement dit, les magistrats du droit ne peuvent, et fort heureusement, distribuer des gages de comportements dits respectueux en ouvrant par exemple une procédure collective ou en la refusant au motif d'un examen profond de la motivation ayant conduit au dépôt de cette dernière. Le droit des procédures collectives a pour objet de protéger d'abord et avant tout un débiteur. Dès lors que les conditions légales sont remplies, l'ouverture doit être prononcée peu importe la motivation de la demande. Si les magistrats doivent en plus de la vérification drastique des conditions d'ouverture prévue par la loi vérifier les atermoiements des créanciers poursuivants, alors très peu de procédures collectives s'en trouveraient ouvertes.

La Cour de cassation répond donc de manière pragmatique en estimant qu'il ne revient pas aux magistrats du fond d'occuper le rôle de boutiquier de la morale des dépôts de déclaration de cessation des paiements. En effet, le débiteur en question pouvait réclamer l'ouverture d'une procédure collective au regard de la seule lecture qui vaille, c'est-à-dire une approche figurative des articles du Code de commerce et non une lecture métaphorique d'une certaine morale collectiviste !

1 En l'espèce, il s'agit de la rédaction antérieure à la loi n°2022-172 du 14 février 2022 qui est applicable à ce litige.

2 Cass. Com., 17 mai 2011, n°10-13.460

3 Prévues aux articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation.

4 Cass. com., 9 févr. 2010, n° 08-15.191, Bull. 2010, IV, n° 35, Com., 9 fév. 2010, n° 08-17.670, Bull. n° 38, Com., 9 fév. 2010, n° 08-17.144, Bull. n° 36 5 “*La pluralité d'exercice est la faculté pour l'avocat d'exercer son activité professionnelle en cumulant des modes d'exercice listés à l'article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 et ce, dans le ressort d'un même barreau ou de barreaux différents. Cette possibilité est ouverte aux avocats exerçant à titre individuel, si cet exercice individuel se cumule avec un exercice en structure. La pluralité d'exercice ne déroge pas au principe énoncé à l'article 15.2 du présent règlement selon lequel l'avocat est inscrit au tableau de l'Ordre du seul barreau*

du lieu de son cabinet principal. La pluralité d'exercice ne résulte pas de l'ouverture d'un bureau secondaire ou de la création d'une structure inter-barreaux. Tout établissement d'exercice doit être conforme aux usages et permettre l'exercice professionnel de l'avocat dans le respect des principes essentiels de la profession. La pluralité d'exercice ne permet en aucune manière à l'avocat de déroger aux règles territoriales de la postulation. »

6 La somme de 484 787,18 euros

7 Possibilité qui lui est donné depuis la réforme de 2020 autorisant les avocats à exercer leur activité dans le cadre d'une pluralité d'exercice

8 En l'occurrence le bénéfice de l'activité individuelle apparaît effectivement très tardif au vu de l'antériorité de la dette litigieuse

**HUMAN RIGHTS AND NATURAL RESOURCE MANAGEMENT IN
ANGOLA :
BETWEEN OPPORTUNITIES AND CHALLENGES FOR
SUSTAINABLE DEVELOPMENT**

Alexandre KOMBA MUIZU - MSC Department of Economics, Lueji A'Nconde
University, Dundo, Republic of Angola

Abstract

This article examines the relationship between natural resource management and the promotion of human rights in Angola, highlighting the main challenges and opportunities for sustainable development. Drawing on the theoretical frameworks of the *resource curse* (Auby, 2001; Collier, 2007), governance and transparency (World Bank, 2023), and human rights and sustainable development (UN, 2015), it discusses how the country's abundance of oil and diamonds, instead of generating shared prosperity, has often led to economic dependence, inequality, and institutional weakness. The analysis demonstrates that good governance, transparency, and civic participation are essential factors for transforming natural wealth into human and social progress. Despite limitations such as scarce updated data and reliance on secondary sources, the findings indicate the need for structural reforms and institutional strengthening. The study concludes that Angola's sustainable future depends on inclusive and responsible management of its natural resources, in line with the Sustainable Development Goals (SDGs) of the 2030 Agenda.

Keywords: Human Rights, Natural Resources, Sustainable Development, Democratic Governance, Angola

1. Introduction

Angola is widely recognized as one of Africa's richest countries in terms of natural resources, with vast reserves of oil, diamonds, strategic minerals, extensive forest areas, and abundant water resources (World Bank, 2023). Since independence in 1975 and especially after the end of the civil war in 2002, the exploitation of these resources has become the main driver of the national economy, with oil accounting for more than 90% of exports and about 40% of GDP (IMF, 2022).

However, this abundance contrasts with deep social and economic inequalities, reflected in high poverty rates, precarious housing, and limited access to basic services such as health care, education, and clean water (UNDP, 2022). Despite its mineral wealth, Angola remains among the countries with low human development indicators. At the same time, reports of human rights violations, corruption, and weak transparency in resource management persist (Amnesty International, 2023; Human Rights Watch, 2022), revealing a gap between natural wealth and collective well-being (Soares de Oliveira, 2015).

Justification of the topic

The choice of this topic is justified by the need to understand how natural resource abundance can paradoxically perpetuate inequality and institutional fragility rather than promoting shared prosperity. The literature on the *resource curse* (Auby, 1993; Collier, 2007) shows that excessive dependence on raw materials can encourage authoritarianism, corruption, and social conflict. In the Angolan context, where oil and diamond extraction form the backbone of the economy, it is crucial to analyze the relationship between resource governance, human rights protection, and sustainable development goals.

Furthermore, the study gains relevance as Angola seeks to diversify its economy, strengthen public institutions, and align itself with the United Nations 2030 Agenda, which places human rights, good governance, and environmental sustainability at the core of development policies (UN, 2015).

Research Question

To what extent has the management of natural resources in Angola contributed to (or failed to contribute to) the promotion of human rights and sustainable development?

General Objective

To analyze the relationship between natural resource exploitation and human rights protection in Angola, highlighting the main challenges and opportunities for building a sustainable and inclusive development model.

Specific Objectives

- Examine Angola's legal and institutional framework related to natural resource management and human rights.
- Identify the main governance challenges associated with oil and diamond exploitation, including corruption and lack of transparency.
- Assess the social and environmental impacts of natural resource exploitation on local communities.
- Discuss opportunities linked to economic diversification, renewable energy, and the strengthening of democratic governance.

To achieve these objectives, a qualitative and documentary approach was used. The article is organized as follows: after this introduction, Section 2 presents the theoretical framework based on three analytical pillars — the resource curse, governance and transparency, and human rights and sustainable development. Section 3 discusses Angola's historical, political, and economic context. Section 4 explores key challenges and opportunities in resource management. Section 5 discusses the results and policy recommendations, followed by the study's limitations in Section 6, and finally the conclusion in Section 7.

2. Development

2.1. Theoretical and Methodological Framework

2.1.1. Theoretical Framework

The analysis is based on three interconnected theoretical pillars: the *resource curse*, governance and transparency, and human rights within the sustainable development paradigm. These frameworks provide a conceptual basis for understanding the political, economic, and social dynamics shaping natural resource management in Angola and its impact on human well-being.

The Resource Curse

The “resource curse” theory argues that resource abundance may generate perverse effects such as economic dependence, corruption, and conflict, rather than promoting development (Auyt, 2001; Collier, 2007; Sachs & Warner, 2001). According to Auyt (2001), mineral wealth tends to create enclave economies concentrated in extractive sectors, with limited diversification and low job creation. Collier (2007) adds that revenues from natural resources often fuel clientelism and authoritarian regimes, as the state relies on oil rents instead of citizen taxation, weakening the social contract.

In Africa, various studies have confirmed this hypothesis (Basedau & Lay, 2009; Rosser, 2006). In Angola, structural dependence on oil — which accounts for more than 90% of exports and 40% of GDP (IMF, 2022) — reinforces economic vulnerability and social inequality. Thus, the *resource curse* represents the first explanatory axis for the limitations of inclusive development in the country.

Governance and Transparency

The second theoretical axis focuses on governance and transparency in managing natural wealth. Contemporary literature emphasizes that institutional quality is the key factor distinguishing countries that transform their resources into prosperity from those trapped in dependency and corruption (Mehlum, Moene & Torvik, 2006; World Bank, 2023). Good governance entails effective institutions, the rule of law, transparency in public finances, and citizen participation. Initiatives such as the Extractive Industries Transparency Initiative (EITI, 2022) highlight the importance of revenue disclosure to foster accountability and reduce illicit practices.

In Angola, although there have been institutional improvements since 2017 — such as fiscal transparency reforms and public enterprise restructuring — challenges persist regarding opaque oil contracts, systemic corruption, and weak

oversight capacity (Transparency International, 2023). Strengthening governance is therefore essential for converting mineral wealth into sustainable human development.

Human Rights and Sustainable Development

The third theoretical axis integrates the normative dimension of human rights with the sustainable development paradigm. The 2030 Agenda (UN, 2015) affirms the indivisibility of economic progress, social justice, and environmental protection, recognizing that development is sustainable only when grounded in human rights, equality, and dignity.

Authors such as Sen (1999) and Nussbaum (2011) argue that true development must be measured by the expansion of human capabilities and equitable access to opportunities. In resource exploitation, this entails guaranteeing social rights (education, health, housing), environmental rights (water access, forest protection, pollution prevention), and cultural rights (respect for local communities' livelihoods).

In Angola, the 2010 Constitution and international commitments under the UN and African Union provide a legal foundation for integrating human rights into environmental and economic governance. However, the effectiveness of these rights depends on coherent public policies, accountability mechanisms, and active civil society participation (Amnesty International, 2023; UNDP, 2022).

2.1.2. Methodological Framework

This study adopts a qualitative analysis of academic literature, international reports (World Bank, UNDP, HRW, Transparency International), and national legislation (Angolan Constitution).

2.2. Historical and Economic Context

Understanding the current dynamics of natural resource management in Angola requires a historical and economic reading of the transformations that have taken place since independence. The country has gone through three major periods: the post-colonial and civil war period (1975–2002), the oil boom (2002–2014), and the current period of diversification and reform (2017–present).

2.2.1. Colonial Legacy and Resource Centralization

During the Portuguese colonial period, the exploitation of natural resources was primarily oriented toward external markets, characterized by an extractive economy highly concentrated along the coast, particularly in Luanda and Benguela (Birmingham, 2019). The colonial system created a structure of dependency and inequality, in which the local population was marginalized from land ownership and economic benefits (Hodges, 2004).

After independence in 1975, the new state inherited a poorly diversified economy and fragile institutions, further weakened by the flight of human and technical capital. The nationalization of enterprises and state control over major industries aimed to consolidate sovereignty but also produced a centralized and bureaucratic model that limited productive efficiency (Soares de Oliveira, 2015).

2.2.2. Civil War and War Economy (1975–2002)

The civil war, which lasted nearly three decades, had devastating consequences for the country's human and institutional development. The conflict between the MPLA and UNITA was largely financed by revenues from oil and diamonds — transforming natural resources into instruments of war (Le Billon, 2001).

During this period, the formal economy was severely weakened, while informal and clientelist networks tied to political power became stronger. The oil sector, controlled by the state company Sonangol, became the main source of public

revenue but also a center of opacity and power concentration (Hodges, 2004). The result was a rent-dependent state, with low transparency and weak accountability.

2.2.3. Postwar Period and the Oil Boom (2002–2014)

With the end of the war in 2002, Angola experienced rapid reconstruction and economic growth, driven by rising oil prices and foreign investment, especially from China (Corkin, 2013). GDP grew at average rates exceeding 10% between 2004 and 2008 (World Bank, 2010). However, this growth was largely non-inclusive. Wealth was concentrated in political and business elites, while poverty and regional inequalities persisted (UNDP, 2022). Weak fiscal transparency, misappropriation of public funds, and the absence of effective redistributive policies fostered a model of “growth without development” (Soares de Oliveira, 2015).

The economy remained excessively dependent on oil, while the non-oil sectors (agriculture, manufacturing, and tourism) stayed marginal. This dependence made the country vulnerable to external shocks, such as the fall in oil prices in 2014, which exposed the structural weaknesses of the growth model.

2.2.4. Reforms and Economic Diversification (2017–Present)

Since 2017, the new political cycle led by João Lourenço has marked the beginning of a series of economic and institutional reforms. Key priorities include combating corruption, improving fiscal transparency, privatizing state-owned enterprises, and promoting economic diversification (IMF, 2022). The **National Development Plan 2023–2027** emphasizes the need to reduce oil dependency and strengthen sectors such as agriculture, renewable energy, sustainable mining, and the blue economy (Ministry of Economy and Planning, 2023). These reforms also align with the **Sustainable Development Goals (SDGs)** and

Angola's international commitments on human rights and environmental protection (UN, 2015).

Despite these advances, structural challenges persist: youth unemployment, regional inequalities, corruption, and weak administrative capacity continue to limit reform outcomes. Angola's success will depend on the state's ability to balance economic growth, social justice, and environmental sustainability.

2.3. Challenges and Opportunities

The management of natural resources in Angola presents a fundamental duality: on one hand, it is a source of wealth and development potential; on the other, it reveals deep structural weaknesses that limit the realization of human rights and sustainable development. This section analyzes the main challenges and opportunities shaping this reality, articulating economic, political, social, and environmental factors.

2.3.1. Challenges

– Oil Dependence and Economic Vulnerability

Excessive dependence on oil remains one of the greatest obstacles to sustainable development in Angola. The sector accounts for about 90% of exports and more than 40% of GDP (IMF, 2022), making the country highly vulnerable to fluctuations in international oil prices. This concentrated production structure limits job creation, constrains diversified tax revenue, and inhibits technological innovation (World Bank, 2023).

Moreover, the so-called "Dutch disease" — a phenomenon in which massive inflows of foreign currency from the extractive sector lead to currency appreciation and the weakening of other sectors — has worsened the loss of competitiveness in agriculture and local industry (Auby, 2001; Sachs & Warner,

2001). Such economic dependence deepens regional inequalities and hinders the transition to a more balanced and inclusive productive model.

– Corruption and Institutional Fragility

Systemic corruption and weak accountability continue to undermine the effectiveness of public policies and state credibility. According to Transparency International's *Corruption Perceptions Index* (2023), Angola remains among the countries with low levels of public integrity. The concentration of power within political and economic elites, opaque contracts in the oil sector, and the non-transparent management of state-owned enterprises — notably Sonangol and Endiama — have generated social distrust and distorted rent distribution (Soares de Oliveira, 2015). Despite anti-corruption reforms initiated in 2017, results remain limited due to persistent clientelist networks and insufficient institutional capacity to enforce sanctions effectively.

– Social and Environmental Conflicts

The intensive exploitation of natural resources has also triggered social tensions and environmental degradation, especially in mining and oil extraction areas. Local communities, often deprived of prior consultation and fair compensation, face forced displacement, water contamination, and loss of livelihoods (Human Rights Watch, 2022). The absence of effective environmental governance and independent monitoring mechanisms worsens the impact on fragile ecosystems and vulnerable populations. This situation undermines compliance with the economic, social, and cultural rights recognized by the Constitution and international treaties ratified by Angola (Amnesty International, 2023).

2.3.2. Opportunities

– Economic Diversification and Productive Innovation

Economic diversification is the central axis of the government's new development strategy. The *National Development Plan 2023–2027* sets targets to strengthen alternative sectors such as agriculture, manufacturing, sustainable tourism, and renewable energy (Ministry of Economy and Planning, 2023). Investments in infrastructure, technical training, and youth entrepreneurship can reduce oil dependence and generate more stable employment (World Bank, 2023). Furthermore, digitalization and green technologies offer new opportunities to integrate Angola into regional and global value chains.

– Governance Reform and Transparency

Recent reforms in public management and anti-corruption represent a positive step toward strengthening the rule of law. Adherence to the principles of the *Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)* and the strengthening of the *General Inspectorate of State Administration (IGAE)* signal a commitment to greater accountability (EITI, 2022). Administrative decentralization through the creation of local municipalities could enhance citizen participation and improve public resource allocation, promoting proximity-based and territorially inclusive policies (UNDP, 2022).

– Civil Society Engagement and Civic Education

The strengthening of civil society, universities, and independent media is essential for ensuring transparency and democratic accountability (Amnesty International, 2023). Local organizations play a growing role in monitoring environmental policies and defending human rights, contributing to a more plural and participatory public sphere. Promoting civic and environmental education can

help consolidate a culture of active citizenship in which communities participate in defining development priorities and protecting their territories.

– Renewable Energy and the Green Economy

The energy transition represents another strategic opportunity. Angola has significant hydroelectric and solar potential, offering favorable conditions to expand clean energy production and reduce carbon emissions (IEA, 2023). Investment in renewable energy not only diversifies the energy matrix but also creates sustainable jobs and improves electricity access in rural areas. These transformations align with the **Sustainable Development Goals (SDGs)** — particularly SDG 7 (Clean Energy), SDG 13 (Climate Action), and SDG 16 (Strong Institutions) — reinforcing Angola's integration into the global sustainability agenda (UN, 2015).

3. Discussion and Policy Recommendations

The analysis reveals that Angola faces a classic dilemma of resource-rich countries: transforming mineral wealth into sustainable human development. Despite recent institutional progress, structural challenges persist, requiring deep reforms and integrated policies.

3.1. Discussion

The study confirms that the “resource curse” continues to manifest through oil dependence, institutional fragility, and persistent inequality. Although Angola's state captures vast extractive rents, it still struggles to convert them into productive and long-term social investments (Collier, 2007; Soares de Oliveira, 2015). Resource governance has improved, with anti-corruption measures and greater fiscal transparency, yet these reforms remain insufficient for structural transformation. Administrative weakness and entrenched clientelist networks hinder policy effectiveness.

Socially, regional disparities and limited access to basic services continue to restrict the positive impact of oil revenues on population well-being. Angola's growth model, historically centered on extractive sectors, must evolve toward a more diversified, innovative, and human-capital-driven economy (World Bank, 2023). Moreover, the integration of human rights and environmental sustainability remains fragile. The country must strengthen enforcement of constitutional and international norms regarding prior consultation, fair compensation, and environmental protection, especially in mining and oil regions (Amnesty International, 2023; Human Rights Watch, 2022).

3.2. Policy Recommendations

Based on the analysis, the following strategic recommendations are proposed:

a) Strengthen Governance and Transparency

- Ensure effective adherence to the *Extractive Industries Transparency Initiative (EITI)* by publicly disclosing all contracts and revenues.
- Strengthen parliamentary and judicial oversight mechanisms — including the *Court of Auditors* and the *Attorney General's Office* — to ensure accountability for both public and private managers.
- Develop digital public-access platforms for financial data, local budgets, and community investments.

b) Promote Economic Diversification and Productive Innovation

- Invest in alternative sectors such as sustainable agriculture, fisheries, eco-tourism, and renewable energy through fiscal incentives and rural credit support.
- Establish technology parks and university incubators to foster innovation, entrepreneurship, and technical training.
- Promote local content policies in extractive industries, encouraging knowledge and technology transfer.

c) Integrate Human Rights and Environmental Protection in Resource Management

- Implement mechanisms for free, prior, and informed consultation with communities affected by extractive projects.
- Strengthen environmental monitoring and impose sanctions on companies violating ecological and social rights.
- Promote public policies for dignified resettlement and adequate compensation in accordance with UN and African Union standards.

d) Empower Civil Society and Civic Education

- Support civil society organizations in monitoring public policies and defending environmental rights.
- Integrate civic, ethical, and sustainability education into school and university curricula.
- Encourage dialogue between the state, private sector, and communities to build a participatory and inclusive development model.

3.4. Study Limitations

As with any qualitative and documentary research, this study presents certain limitations that must be recognized for a balanced interpretation of results. First, reliance on secondary sources — international reports, statistical data, and academic literature — may introduce biases related to timeliness and data reliability. In Angola, the scarcity of updated data on social, environmental, and fiscal transparency indicators hinders rigorous quantitative analysis (World Bank, 2023; UNDP, 2022).

Second, restricted access to official information in the oil and diamond sectors limits empirical evaluation of policy implementation and actual rent distribution. Institutional opacity, historically linked to the operation of state enterprises and extraction contracts, remains a barrier to independent verification (Transparency

International, 2023). Third, the analysis focuses primarily on the national level, without exploring in detail regional and local variations in resource management and community impacts. Regional case studies — for instance, in Lunda Norte (diamonds) or Cabinda (oil) — could provide a more contextualized understanding of socioeconomic and environmental dynamics.

Finally, the scarcity of interdisciplinary studies combining political economy, human rights, and political ecology represents a methodological challenge. Future research should adopt mixed approaches integrating qualitative and quantitative methods, as well as local community participation, to enrich the analysis of social and environmental effects of natural resource exploitation in Angola.

Conclusion

This study has demonstrated that sustainable development in Angola depends directly on the capacity of the state and society to transform natural resource wealth into lasting social, economic, and environmental benefits. Despite recent institutional progress, the country continues to face the enduring effects of the “resource curse,” reflected in oil dependence, structural inequalities, and weak governance.

Theoretical and empirical analysis revealed that transparency, public accountability, and respect

for human rights are indispensable pillars for breaking this cycle of dependency. At the same time, opportunities linked to economic diversification, renewable energy, and citizen participation represent promising paths toward inclusive and sustainable transformation.

Thus, building a sustainable Angola requires an integrated approach combining good governance, social justice, and environmental protection, consistent with the Sustainable Development Goals (SDGs) of the 2030 Agenda. Strengthening institutions, engaging civil society, and investing in scientific and technological

knowledge will be decisive for turning resource abundance into shared prosperity and full human development.

La coopérative, outil de mutation de l'économie informelle¹

Geneviève BREMOND² - Maître de Conférences -

Université Assane Seck de Ziguinchor

¹ L'expression « économie informelle » est proposée à la place de « secteur informel » pour tenir compte de « toutes les activités économiques qui – en vertu de la législation ou de la pratique – ne sont pas couvertes ou sont insuffisamment couvertes par des dispositions formelles » ; L'économie informelle : permettre une transition vers la formalisation / Organisation internationale du Travail. – Genève : OIT, 2007 1 p.3.

² gsarr@univ-zig.sn

Le choix de la forme juridique d'une activité économique peut sembler anodin. En réalité, il conditionne l'orientation politique et sociale de la structure. Contrairement à la société commerciale, centrée sur le partage des bénéfices, la société coopérative repose sur des valeurs comme la solidarité, l'égalité et la démocratie¹.

Dans une société orientée vers le développement en quête d'émergence, et d'enrichissement personnel, les valeurs traditionnelles d'entraide et de travail collectif au sein du groupe familial s'effritent face à l'expansionnisme du libéralisme² qui semble être devenu la pensée unique dans laquelle doit s'inscrire le développement.

À une époque marquée par des enjeux environnementaux et sociaux croissants, le développement économique doit répondre à ces urgences tout en assurant l'épanouissement individuel et collectif.

La paupérisation du monde rural, les difficultés rencontrées par les acteurs économiques face aux besoins multiples de leur activité mettent en avant les limites de la société commerciale. Les mécanismes de la société de capitaux tels qu'organisés par l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) ont pour socle commun le partage des bénéfices³.

L'organisation de la société au Sénégal ne permet plus de répondre à certains besoins, qui, étaient partiellement ou intégralement pris en charge par l'organisation économique et sociale traditionnelle. En effet, cette organisation économique assurait de pourvoir à ses besoins propres tout en développant des

¹ Les principes de la coopérative sont rappelés par l'Alliance Coopérative Internationale (ACI), <https://www.ica.coop/fr/qui-sommes-nous/alliance-coop%C3%A9rative-internationale>, 15 janvier 2024, à 15h.

² G. A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ? Tradition et modernisme dans le droit privé de la famille en Afrique Noire francophone*, éd. Pedone, Paris, p. 51, « L'appât du gain amène à nier et contester la légitimité des faisceaux traditionnels de droits et d'obligations ».

³ Art. 4. AUSC et GIE révisé « La société commerciale est créée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent, par un contrat, d'affecter à une activité des biens en numéraire ou en nature, ou de l'industrie, dans le but de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui peut en résulter. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes dans les conditions prévues par le présent acte uniforme.

La société est créée dans l'intérêt commun des associés »

moyens d'entraide et de coopération qui permettaient de satisfaire aux besoins du groupe familial¹.

Certains de ces mécanismes perdurent mais sont essentiellement restés cantonnés à la sphère familiale². C'est ainsi qu'on retrouve l'entraide lorsque la famille est frappée par le décès d'un de ses membres. Ces mécanismes sont basés sur un principe de solidarité dans la mise en œuvre du devoir de secours et d'assistance.

Au-delà du cercle familial, on peut retrouver cette solidarité dans la tontine qui est définie comme « une association regroupant des membres d'un clan, d'une famille, des voisins ou des particuliers, qui décident de mettre en commun des biens ou des services au bénéfice de tout un chacun, et cela à tour de rôle³ ».

¹ S. SIMEN, L'entreprise familiale au Sénégal : entre solidarité, tensions et recompositions. In: Revue juridique de l'Ouest, N° Spécial 2012-2. Dynamiques sociales et entreprises patrimoniales et familiales : regards croisés Europe / Maghreb. pp. 33-63; doi : <https://doi.org/10.3406/juro.2012.4932> ([consulté le 29/07/2024](https://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2012_hos_25_2_4932)).

² G. A. KOUASSIGAN, *op.cit.*, Préface p. 3. « Si certains ne partageront pas toutes ses idées, beaucoup, dont nous sommes, admettront avec lui que les mutations qu'impose le développement économique et social n'exigent pas nécessairement la destruction des institutions familiales traditionnelles et que dans le contexte général de socialisation du droit, la conception africaine de la famille faite de solidarité contre les dures réalités et les incertitudes de la vie dans un pays en voie de développement, garde toute sa valeur ».

« L'ordre social de communautaire devient de plus en plus individualiste. La grande famille traditionnelle est ébranlée dans ses fondements comme dans ses structures par des mouvements de cession qui font perdre aux divers et complexes réseaux de parenté toute leur efficacité originairement faite de solidarité et de don de soi aux autres. »

³ E. BIDZOGO, « Vers un véritable autofinancement de l'investissement en Afrique ? Témoignage en forme de projet, de souhait, de suggestion sur les tontines au Cameroun », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2012/3-4 (n° 255-256), p. 167-170. DOI : 10.3917/rsg.255.0167. URL : <https://www-cairn-info.lama.univ-amu.fr/revue-des-sciences-de-gestion-2012-3-page-167.htm>.

F.P.A.BOUMAN « Les tontines sont des associations rotatives d'épargne et de crédit et plus généralement des associations de personnes qui font des versements réguliers, en nature ou en argent, et dont le total est distribué à tour de rôle aux membres de l'association », (1977), « Indigeneous saving and credit association in the third world: a message », *Savings and Development*, 1977, vol. 4, n°1, p. 181-220.

Le mot « tontine », comme la littérature le rapporte, viendrait du nom italien « Tonti Lorenzo » (1652), banquier napolitain qui serait l'inventeur de ce système d'échange financier au sein d'un groupe de personnes. Ce mot s'inscrit bien dans cette volonté affichée de « réconcilier l'économie et la société ». E. BIDZOGO, « Vers un véritable autofinancement de l'investissement en Afrique ? Témoignage en forme de projet, de souhait, de suggestion sur les tontines au Cameroun », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2012/3-4 (n° 255-256), p. 167-170. DOI : 10.3917/rsg.255.0167. URL : <https://www-cairn-info.lama.univ-amu.fr/revue-des-sciences-de-gestion-2012-3-page-167.htm>, consulté le 23/02/2023 à 18h24.

Elle concourt au renforcement du lien social et favorise des relations fondées sur la confiance, l'amitié, d'où le nom de « société des amis »¹.

Les tontines répondent à des besoins individuels par l'action collective. Elles jouent un rôle multiple : c'est un système d'épargne et de crédit, de protection sociale, d'espace d'échange culturel mais aussi un réseau de solidarité. Elles sont fondées sur la confiance et permettent de renforcer le lien social entre les membres².

Ces valeurs marquantes de la société sénégalaise sont restées essentiellement cantonnées dans la sphère sociale et familiale. Pourtant, lorsque certains mécanismes de solidarité sont mis en place dans l'entreprise, ils permettent d'optimiser la gestion du personnel. Il ressort d'une étude publiée en 2009 relative à la mise en place d'une tontine d'entreprise, de la volonté du personnel de trouver entre eux des solutions aux problèmes sociaux et de travail. Les membres de la tontine adoptent une logique de solidarité dans le travail, tandis que ceux qui n'en font pas partie privilégient une approche individualiste, où la rémunération dépend uniquement de leur contribution personnelle aux objectifs de l'entreprise³. Les actions menées par la tontine sont « *orientées vers l'épanouissement du groupe, dans les relations de travail et en dehors de l'entreprise. Ainsi les plus expérimentés tiennent la main des jeunes pour leur apprendre le métier ; chacun doit donner un coup de main à un autre adhérent en cas de problèmes à son poste de travail. Mais cette solidarité se manifeste au-delà de l'entreprise. Chaque fois qu'un membre a un événement dans sa famille, la tontine s'assure que les autres adhérents vont l'assister* »⁴.

Dans le cadre de la gestion du personnel, les pratiques de management moderne ont été optimisées par l'introduction de pratiques culturelles locales. C'est ainsi que la tontine et l'accompagnement des jeunes adhérents à la tontine par les

¹ Op.cit. E. BIDZOGO

² Op.cit. E. BIDZOGO

³ R. NKAKLEU, « Quand la tontine d'entreprise crée le capital social intra-organisationnel en Afrique : Une étude de cas », *Management & Avenir*, 2009/7 (n° 27), p. 119-134. DOI : 10.3917/mav.027.0119. URL : <https://www-cairn-info.lama.univ-amu.fr/revue-management-et-avenir-2009-7-page-119.htm>

⁴ R. NKAKLEU, *ibid.*

ainés permettent de mieux faire connaître les pratiques managériales de l'entreprise et de renforcer le dialogue¹, entre les salariés entre eux d'une part et entre les salariés et la direction, d'autre part. Il faut ainsi relever que l'adoption de valeurs sociales par l'économie constitue un gage de son développement.

Ces valeurs ont été ignorées par les mécanismes économiques. En effet, l'économie s'est développée sur des valeurs empruntées aux économies des pays développés, telles que le libéralisme, laissant de côté les plus vulnérables qui, pour s'en sortir, ont développé une économie dite informelle².

Pourtant, « l'Afrique a aussi ses lumières dont parlent honnêtement tous ceux qui ont bien voulu se pencher sur elle avec intelligence et amour. Elle a notamment le culte de la solidarité qui trouve son expression la plus totale dans la forme même de sa vie traditionnelle, la vie communautaire. La mentalité africaine, qui est une mentalité collective, est un facteur psychologique dont l'intervention oriente la vie du sujet vers, un altruisme complet par l'oubli total de soi »³.

Ces valeurs traditionnelles se retrouvent dans la société coopérative. Une meilleure prise en considération des valeurs sociales dans l'économie, permettrait d'accompagner la transformation du secteur informel. Le modèle coopératif, peu utilisé dans la sphère économique, souvent écarté au profit de la société commerciale ou du groupement d'intérêt économique, doit être envisagée comme levier économique de mutation de l'économie informelle.

¹ R. NKAKLEU, *ibid.*

² J. O. IGUE. Le secteur informel a fait l'objet de plusieurs définitions. Le BIT a retenu la définition suivante : « toute activité non enregistrée et/ ou dépourvue de comptabilité formelle, écrite, exercée à titre d'emploi principal ou secondaire par une personne en tant que patron à son propre compte. Cette personne active ou occupée est alors considérée comme chef d'unité de production informelle ». « Le secteur informel : définition » in *Les activités du secteur informel au Bénin, Des rentes d'opportunité à la compétitivité nationale*, Terrains du siècle, Karthala éd. 2019.

³ M.DIA, Contribution à l'étude du mouvement coopératif en Afrique noire, jji Présence africaine, Paris, 1952, p. 9.

Les exemples de coopératives qui ont contribué au développement de leurs membres ne manquent pas. Nous pouvons ainsi citer la banque Crédit Agricole, le Réseau des Organisations Paysannes et Pastorales du Sénégal¹ (RESOPP). Au-delà du Sénégal, le mouvement Desjardins qui s'est déployé au Canada regroupe un réseau de caisses, de centres Desjardins Entreprises et de centres Service Signature, de même qu'une vingtaine de composantes, notamment en assurance de personnes et de dommages, en valeurs mobilières, en capital de risque et en gestion d'actifs. Grâce à ses canaux de distribution variés, à ses multiples réseaux intermédiaires et à un personnel ayant à cœur de toujours travailler dans l'intérêt des membres et des clients, le mouvement Desjardins entretient une relation de proximité avec ses membres et ses clients, et avec les communautés auxquelles ils appartiennent².

La coopérative vise à promouvoir le développement de l'activité économique individuelle par des mécanismes d'entraide et de solidarité. Elle favorise la mise en commun des ressources individuelles au profit de la communauté. La participation des membres est encouragée, requise et récompensée, par des ristournes et des réinvestissements dans la communauté³.

La société coopérative est définie à l'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives (AUSCOOP) comme « un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la

¹ Le Réseau des organisations paysannes et des producteurs agricoles du Sénégal (RESOPP) est un réseau de coopératives rurales, créées pour améliorer les conditions de vie des populations rurales du Sénégal à travers des institutions coopératives viables. Le RESOPP est une union de 6 coopératives réparties en 28 antennes sur l'ensemble du territoire sénégalais. Il compte à ce jour plus de 35 000 membres. C'est aussi une coopérative d'épargne et de crédit COOPEC-RESOPP (dont le siège est à Thiès) créées en décembre 2007. https://www.resopp-sn.org/IMG/pdf/RESOPP_-_Organisation_de_la_DF_-_Intro.pdf, consultée le 3/12/2024.

² Naissance des caisses Desjardins « Histoire du Québec », sur https://histoire-du-quebec.ca/naissance-caisses_desjardins/ consulté le 17 avril 2024.
Le Réseau des Organisations Paysannes et Pastorales du Sénégal (RESOPP) rassemble une population d'environ 600 000 personnes (dont plus de 17 000 sont des femmes) dans ses zones d'action au niveau des départements de Podor, Louga, Kébémer, Tivaouane, Mbour, Sédiou et de Koungheul.

³ « Une caisse ou une banque ? Acadie Nouvelle », Acadie Nouvelle 19 décembre 2013, consulté le 17 avril 2024.

propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs ».

En tant qu'organisations fondées sur des valeurs et mues par des principes, les sociétés coopératives sont par nature une forme d'activité durable et participative. Elles mettent l'accent sur la sécurité de l'emploi et l'amélioration des conditions de travail. Elles offrent des salaires concurrentiels, favorise les mécanismes de solidarité par les remises et ristournes accordées aux coopérateurs. Les coopératives contribuent à promouvoir l'inclusion sociale¹. Ce sont des entreprises soucieuses de l'avancement économique de leurs membres.

Dans un contexte marqué par une paupérisation persistante du secteur informel, il a semblé opportun d'apprécier dans quelle mesure les mécanismes de la société coopérative permettent de transformer le secteur informel ?

Dès l'accès à la souveraineté internationale, le Sénégal s'est orienté vers une économie sociale libérale. Après la période faste du développement de la société coopérative dans les années 1960, 1970, les années 1980 sont marquées par la libéralisation de l'économie, le développement de la société commerciale et le déclin de la coopérative. L'avènement du Groupement d'intérêt économique (GIE), suite à l'adoption de l'Acte uniforme portant droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE ou AUSC), a mis en évidence le besoin de solidarité dans l'activité économique. Le groupement d'intérêt économique (GIE) a pour but exclusif de mettre en œuvre, pour une durée déterminée, tous les moyens propres à faciliter ou à développer l'activité économique de ses membres, à améliorer ou à accroître les résultats de cette activité qui doit être rattachée à l'activité économique de ses membres tout en ayant un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci.

¹ Les coopératives et les Objectifs du développement durable Une contribution au débat sur le développement pour l'après-2015 NOTE DE SYNTHÈSE, p. 3, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/---coop/documents/publication/wcms_307229.pdf, consulté le 24/02/2023 à 10h42.

Le GIE a des similitudes avec la société coopérative. En effet, les membres du GIE ont une activité, et la mise en place du GIE vise à la développer. Cependant, contrairement à la société coopérative, qui crée des mécanismes de solidarité pour accompagner durablement ses membres tant économiquement que socialement, le GIE a une vocation ponctuelle et temporaire. Sa vocation est de permettre à des acteurs économiques de s'associer de façon éphémère, pour réaliser ensemble des missions qu'ils n'auraient pas pu réaliser seuls. Lorsque les femmes essaient de s'organiser au sein des GIE pour tenter d'assurer la sécurité alimentaire de leur famille, elles travaillent durement sans être valorisées et sans percevoir de rémunération¹. A s'en tenir aux textes, *a priori* les acteurs économiques membres du GIE sont associés, et les bénéfices générés par le GIE sont répartis suivant l'acte de constitution du GIE. Bien souvent les membres n'ont fait aucun apport et travaillent sous l'autorité du Président. Cette sous-valorisation du travail des membres s'explique en grande partie par leur ignorance du potentiel économique et de l'influence que leur GIE pourrait avoir². Une gestion opaque du GIE empêche ses membres de bénéficier réellement des fruits de leur travail.

Cette forme de regroupement est très courante. Son utilisation s'explique en partie du fait de la simplification des modalités de constitution, de l'absence d'apport, de la flexibilité dans l'organisation et le fonctionnement ainsi que du régime fiscal forfaitaire, incitatif et très souple³. Cependant les conditions de travail des membres des GIE restent dures et pénibles et le niveau de vie de ses membres demeure faible et précaire.

Le GIE est un « groupement de moyens » qui se juxtapose aux entreprises sans les faire disparaître. Il est destiné à gérer des situations ponctuelles. Contrairement au GIE, la société coopérative est un groupement de personnes

¹ Femmes actrices du développement GIE L'aventure GIE Groupe d'Intérêt Économique, Terres et cultures solidaires, file:///C:/Users/genev/Downloads/Journal%20GIE%20no%201.pdf, p. 4, consulté le 1^{er} avril 2025 à 11h40

² Femmes actrices du développement GIE L'aventure GIE Groupe d'Intérêt Économique, Terres et cultures solidaires, *ibid*.

³ Diagnostic de l'économie informelle au Sénégal, Genève, Bureau international du Travail, 2020, ISBN 9789220318317 (web pdf), p. 22.

volontairement réunies pour satisfaire les aspirations économiques, sociales et culturelles communes des coopérateurs¹ au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs². Parmi les principes coopératifs, il faut compter celui de la solidarité qui est aussi largement répandu dans la société sénégalaise notamment au niveau familial.

Lorsqu'un régime social n'embrasse pas l'ensemble des valeurs humaines ou en bouleverse l'ordre, il se stérilise lui-même dans la mesure où il compromet le sort de l'homme ou fausse l'orientation de sa vie³. Les valeurs sociales doivent aussi se retrouver dans la sphère économique notamment dans le cadre de l'entreprise. L'adéquation de l'économie aux valeurs sociales est un gage de croissance économique et d'amélioration des conditions d'activité des acteurs économiques du secteur informel.

Le secteur informel se caractérise par l'exercice individuel d'une activité économique à l'image de l'auto-entrepreneur⁴. En effet, les acteurs de ce secteur ont créé leur activité afin de subvenir à leurs besoins et à ceux de leur famille. Pour que cette activité se développe et se pérennise, il faut un mécanisme structurant pour amorcer le changement. La coopérative doit être envisagée comme le moteur permettant de d'accompagner la structuration de l'activité des entrepreneurs informels (I) tout en impulsant l'amélioration des conditions sanitaires et sociales des entrepreneurs. (II).

¹ Art.7 AUSCoop.- « Toute personne physique ou morale peut être coopérateur d'une société coopérative lorsqu'elle ne fait l'objet d'aucune incapacité juridique conformément aux dispositions de la loi nationale de chaque Etat Partie ».

² Art 4 AUSCoop.

³ G. GAGNE et J-P WARREN « La nature de l'économie politique », Extrait Sociologie et valeurs, Quatorze penseurs québécois du XX^e siècle (éd.) PUM-Corpus, p. 137-144.

⁴ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, article 51, (France)

I. La coopérative instrument juridique de structuration de l'activité des entrepreneurs informels

La crise de l'emploi, les besoins alimentaires se sont traduits par le développement d'une activité de subsistance des personnes en âge de travailler qui ont développé une activité économique individuelle. Selon les travaux préparatoires de la loi du 4 août 2008¹, l'auto-entrepreneur est une traduction du terme anglais *self-employment* qui signifie « créer une activité pour répondre à un besoin immédiat. Ce n'est pas une entreprise au sens où on l'entend le plus souvent, dans la perspective du long terme »². L'auto-entreprenariat est une réalité économique au Sénégal (A) Cependant, bien souvent l'activité développée génère peu de revenus et l'entrepreneur manquent de moyens pour la faire prospérer. Pour faire face à ces difficultés, la coopérative peut servir de socle au développement de l'activité de l'entrepreneur (B).

A. L'auto-entreprenariat, une réalité économique fragile

En raison de l'insuffisance des emplois, les acteurs économiques ont tenté de palier à l'absence de travail en développant leur propre activité(1). Dans une vision macro-économique, l'entreprenariat individuel du secteur informel est une source de stabilité et de paix sociale. Malgré sa vitalité, les acteurs peinent à prospérer. Les efforts doivent être consentis en vue de favoriser la mutation des acteurs informels vers l'entreprenant (2).

1. Le secteur informel une particularité de l'économie sénégalaise

La place du secteur informel dans l'économie sénégalaise est prépondérante. L'économie des pays en voie de développement, notamment l'économie sénégalaise est caractérisée par la forte présence d'unités de production informelles. Ces unités sont décrites comme étant des entreprises familiales,

¹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (France)

² Jurisclasseur Notarial Formulaire, Entreprise Fasc. 62. Micro-entrepreneur, Statut juridique, Lexis 360 Intelligence.

artisanales, ambulantes, relativement peu productives et peu rémunératrices avec une gestion traditionnelle. L'économie informelle constituée de ces unités de production joue un rôle important dans l'insertion des travailleurs d'autant plus que la part la plus importante de l'emploi et de la richesse de ces pays est créée à travers ces unités¹. Pour citer Hervé Novelli, « malgré le poids de l'idéologie et du conformisme étatiste, il y a, en chaque Sénégalais, un chef d'entreprise qui sommeille² ».

Non seulement l'auto-entreprenariat est une source de revenu principal, mais c'est aussi une source de revenu accessoire. Nombreux sont les employés qui, en plus de leur activité salariée, ont une activité secondaire dans le service, le commerce, la transformation de produits, l'agriculture ou la pêche.

Ainsi, en plus de son emploi de secrétaire³, cette dernière fait du commerce régulièrement ou occasionnellement en vendant des tissus, sacs ou autres accessoires de mode pour arrondir les fins de mois. Le système D, dit de la « débrouillardise » est très actif. Pourtant, ce n'est pas seulement une activité de subsistance. Au-delà de l'aspect financier, les acteurs qui s'adonnent à une seconde activité, bien souvent dans l'informel, rendent des services. La secrétaire qui vend des accessoires de mode dans les semaines qui précèdent une fête religieuse, permet à ses clients d'éviter de se rendre sur les marchés pour rechercher l'article souhaité, tout en lui accordant un paiement différé et échelonné. En effet, en raison du lien qui existe entre le vendeur et son client, le vendeur n'hésite pas à accorder ces facilités de paiement.

Le secteur informel, décrié par les politiques en raison de sa marginalisation juridique, est une réalité économique. Il est même indispensable au développement de l'économie. Pour reprendre les propos de Madame Monique

¹ Enquête Régionale Intégrée sur l'Emploi et le Secteur Informel (ERI-ESI) Sénégal, 2017 Rapport final, octobre 2019, p. 245

² H. NOVELLI, *L'Autoentrepreneur, les clés du succès*, Éditions du Rocher, 2009. Nous avons changé le texte en substituant « sénégalais » au terme « français ».

³ L'article 9 de l'AUDCG précise que « l'exercice d'une activité commerciale est incompatible avec l'exercice des fonctions ou professions suivantes :

- Fonctionnaires et personnels des collectivités publiques et des entreprises à participation publique...

Dans la situation envisagée, la secrétaire exerce dans le secteur privé.

Vezina¹ « [...] Le maître d'œuvre de tout projet de développement sur le terrain, c'est le conseil du village, le paysan, ou le petit entrepreneur ».

Cette activité informelle, bien que non quantifiée, contribue au développement de la richesse nationale. Cette activité informelle est une réalité économique qui doit profiter non seulement à ses acteurs, mais aussi à l'Etat. Au cours de l'année 2016, le Sénégal a réalisé son premier Recensement général des Entreprises (RGE) dans le cadre du Projet de Rénovation des Comptes nationaux (PRCN)². Il ressort de ce rapport que les personnes physiques représentent 96,8% des unités économiques recensées. Dans l'ensemble 97% des unités économiques recensées sont informelles. La répartition des unités économiques recensées laisse apparaître une forte prédominance des entrepreneurs (81,8%), viennent ensuite les très petites entreprises (16,4%), les petites entreprises (1,2%) et les moyennes entreprises (0,4%). Les grandes entreprises ne représentent que 0,2%³ des unités économiques.

Le cadre légal au Sénégal fixe un ensemble d'obligations auxquelles les entreprises doivent se soumettre pour enregistrer et protéger leur activité et leurs travailleurs, c'est-à-dire, pour s'assujettir aux administrations judiciaires et fiscales, à la sécurité sociale et au droit du travail. Cependant, ces obligations sont peu respectées : 12,7% des unités économiques sont immatriculées au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM) et 8,9% ont un NINEA. Parmi ces structures, 2,6% des unités économiques sont inscrites à l'IPRES et 2,4% à la Caisse de Sécurité Sociale. Cette faible adhésion s'explique en partie par le fait qu'une majorité des unités économiques sont des personnes qui travaillent pour leur propre compte et ne sont affiliées ni aux régimes sociaux de la sécurité sociale ni à l'IPRES. Parmi les entreprises, seulement 3% des unités économiques déclarent tenir une comptabilité formelle et 12,2% une

¹ La Presse, « L'aide au développement international doit passer par la base », 14 juin '86, page A14, cité par J. R. LOMBARDI, Le secteur informel, micro-entreprise et philosophie coopérative », Mémoire, Université de Sherbrooke, mai 1987, file:///C:/Users/HP/Downloads/Lombardi_Jean_Robert_MA_1987.pdf, consulté le 29 mars 2023 à 18h11.

² A.S. BEYE (ss Dir.), Rapport global du Recensement général des Entreprises, Janvier 2017, ANSD, p.10.

³ A.S.BEYE (ss Dir.), *ibid.*, p.18.

comptabilité non formelle, avec la simple tenue à jour d'un carnet ou d'un journal de dépenses et de recettes.

Malgré la mise en place d'un régime fiscal simplifié, la Contribution Globale Unique (CGU), la contribution des Unités de Production Individuelles (UPI) aux recettes fiscales est très faible. L'impôt sur les bénéfices payés par les entreprises du secteur informel ne représente que 2% de leur valeur ajoutée brute (DPEE, 2018).

Malgré le poids économique et social de ces acteurs, ils sont en marge du cadre juridique établi pour les recevoir, l'entreprenant.

2. L'entreprenant, cadre juridique de l'activité individuelle

En insérant l'entreprenant dans l'Acte uniforme portant droit commercial général révisé, le législateur a voulu accompagner les acteurs du secteur informel dans la formalisation et l'encadrement managérial de leur activité. L'entreprenant à l'instar du micro-entrepreneur est un travailleur indépendant qui doit avoir l'entièvre maîtrise de l'organisation des tâches à effectuer, de la recherche de la clientèle et des fournisseurs¹.

Dans le prolongement de l'entreprenant, la loi d'orientation n°2020-02 du 7 janvier 2020 relative aux Petites et Moyennes Entreprises, affiche clairement son soutien à l'initiative privée à travers la promotion de l'auto-emploi et de l'entreprenant². Cette loi vise à lever les barrières pour inciter les acteurs du secteur informel à entrer dans les affaires et à adopter des techniques de gestion reconnues, afin de mieux prendre en considération les aspects environnementaux et à favoriser le travail décent³.

¹ Dès lors qu'il exécute un travail sous l'autorité d'une personne qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements, l'existence d'un lien de subordination juridique permanent peut être démontré.

https://www-lexis360intelligence-fr.lama.univ-amu.fr/encyclopedies/JurisClasseur_Notarial_Formulaire/NO1-TOCID/document/EN_KEJC-184715_0KSD?q=auto%20entrepreneur&doc_type=doctrine_fascicule&snippet=Dondero,%20L%27auto-entrepreneur%20est-il%20toujours%20un%20professionnel%C2%A0.

² Loi d'orientation n°2020-02 du 7 janvier 2020 relative au Petites et Moyennes Entreprises, « Le soutien de la TPE et de la PME devient désormais au cœur des préoccupations de l'Etat et des programmes d'appui au secteur privé sénégalais ».

³ Loi d'orientation n°2020-02 du 7 janvier 2020 relative au Petites et Moyennes Entreprises (Sénégal)

En plus de l'exercice d'une activité indépendante, le législateur pose des conditions de seuil de chiffres d'affaires ou de recettes. Dans la définition de l'entreprenant, le législateur Ohada, précise que le statut d'entreprenant s'applique aux entrepreneurs individuels assujettis au système minimal de trésorerie. Les très petites entreprises peuvent opter pour le système minimal de trésorerie si les recettes annuelles de l'activité sont inférieures à soixante millions (60 000 000) de Fcfa pour les entreprises de négoce, à quarante millions (40 000 000) de Fcfa pour les entreprises artisanales et assimilées et à trente millions (30 000 000) de Fcfa pour les entreprises de services¹.

Ce statut était initialement prévu pour être un instrument simplifié de création d'entreprise, limitant au maximum les formalités administratives² afin de ramener les indépendants du secteur informel vers le secteur formel et contribuer ainsi à enrayer la perte de recettes fiscales qui pèsent sur le budget national des Etats membres.

Pour répondre à cette nécessité pressante, l'Ohada a mis en place plusieurs incitations, en permettant à toute « personne physique », sur simple déclaration, d'avoir une existence légale officielle, d'accéder au crédit bancaire, de bénéficier le cas échéant d'un régime comptable allégé. Le législateur communautaire laisse le soin aux États d'établir des mesures attractives afin d'inciter les acteurs de l'informel à se déclarer. Ces mesures, laissées à la discrétion de chaque Etat-partie, se traduisent généralement par des exonérations d'impôts et des charges sociales. La seule obligation de l'entreprenant est de se faire identifier et de tenir une comptabilité au jour le jour de ses dépenses et de ses recettes. L'entreprenant doit procéder à une déclaration au niveau du registre de l'entreprenant tenu par le Greffe du Tribunal de grande instance³.

¹ Article 12 de l'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière du 26 janvier 2017

²« Innovation majeure du Droit OHADA, le statut d'Entreprenant est-il en pratique utilisé, est-il un succès presque dix ans après son entrée en vigueur ? », *Lettre des juristes d'affaires OHADA*, N°0, mars 2020, https://www.ohada.com/uploads/actualite/5388/LJA_n00_15mars2020.pdf, consulté le 27 juillet 2023.

³ Art. 7 Loi d'orientation n°2020-02 du 7 janvier 2020 relative au Petites et Moyennes Entreprises.

La loi de 2020 fait la distinction entre, d'une part l'entreprenant et, d'autre part, les très petites entreprises (TPE), les petites entreprises (PE) et les Moyennes entreprises (ME) qui doivent procéder à une déclaration au niveau du registre des TPE, PE et ME tenu par la structure nationale d'exécution des politiques de développement et de promotion des Petites et Moyennes Entreprises (PME) placée sous la supervision du Ministère en charge des PME¹.

Cette loi multiplie les formes juridiques pour les Petites et Moyennes Entreprises tout en confiant l'enregistrement de ces structures à des autorités distinctes².

Elle prévoit par ailleurs un ensemble de mesures favorisant le développement non seulement de l'activité économique des acteurs concernés³, mais prévoit également des mesures en faveur de l'amélioration de la couverture sanitaire. Ainsi, l'entreprenant bénéficie d'une couverture maladie, d'un droit à une pension de retraite et une assurance en cas d'accidents professionnels sous réserve de s'être acquitté de la prime prévue à l'article 13 de la loi. Relevons cependant que les barèmes et les modalités de la prime restent à être définis par arrêté primatorial⁴.

Le législateur exprime ainsi son ambition de mettre en place une couverture médicale, une prise en charge des accidents professionnels ainsi qu'un mécanisme de retraite au bénéfice de l'entreprenant et des PME.

Cependant, les modalités et l'organisation de ce dispositif ne semblent pas encore effectives.

A côté des mécanismes spécifiques en faveur de l'accompagnement de la formalisation des acteurs du secteur informel, le contrat de coopération peut servir d'encadrement et de développement de l'activité individuel en s'appuyant sur un mécanisme d'entraide et de solidarité.

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*

³ Pour rappel, les acteurs concernés sont l'entreprenant, la TPE, la PE et la ME

⁴ Article 13 de la Loi d'orientation n°2020-02 du 7 janvier 2020 relative au Petites et Moyennes Entreprises

B. Le contrat de coopération mécanisme de promotion de l'entreprenariat

La particularité de la coopérative repose sur le contrat de coopération consistant en la juxtaposition du contrat d'activité et du contrat de société¹. Le contrat de coopération est caractérisé par l'imbrication d'une activité individuelle (1) à un contrat d'associé (2).

1. L'existence d'une activité individuelle

Le contrat d'activité correspond aux activités que l'associé réalise avec la coopérative. Il y a donc autant de contrats d'activité qu'il y a d'activités. Malgré cette diversité, une classification des coopératives a été opérées. La plus commune est celle qui distingue trois sortes de coopératives : la coopérative de consommation, la coopérative de production et la coopérative de producteurs autonomes². Cette classification est celle qui met en évidence la plupart des types de contrat.

La coopérative de consommation consiste en un regroupement de consommateurs qui décident de grouper leurs achats de consommation, qu'il s'agisse d'acheter à un prix plus bas ou d'obtenir une qualité supérieure des biens et services³. Le contrat d'activité s'apparente ainsi à un contrat de vente⁴.

La coopérative de production consiste dans le regroupement d'individus qui veulent trouver ensemble de meilleures conditions de production qu'ils ne peuvent avoir isolément. C'est un moyen pour les anciens salariés de se regrouper et de constituer ensemble une entreprise qui leur fournira du travail qu'ils trouvaient auparavant auprès de patrons indépendants⁵. Les salariés

¹ D. HIEZ Sociétés coopératives, Dalloz, 3e éd., p.112

² G. BREMOND, « L'associé coopérateur dans l'Acte uniforme portant droit des sociétés coopératives », BDE 2, 2014.

³ D. HIEZ Sociétés coopératives, Dalloz, 3e éd., p.116

⁴ D. HIEZ *ibid.*, p.116. « La coopérative de consommation stricto sensu doit être complétée par la coopérative de logement pour assurer à des individus la fourniture de logement. Le contrat de ces coopératives varie en fonction de la finalité de celle-ci qui vise soit la construction, la vente ou la location de logement ».

⁵ D. HIEZ *ibid.*, p.117

deviennent ainsi les propriétaires de la coopérative qui les emploie. Le contrat d'activité est un contrat de travail, tout en relevant cependant que le salarié dispose aussi en sa qualité d'associé d'une parcelle du statut d'employeur¹.

Enfin, la dernière forme de coopérative est celle des producteurs autonomes. La plus connue et la plus ancienne de ces coopératives est la coopérative agricole.

Des agriculteurs, entrepreneurs autonomes, décident de se réunir afin d'acquérir un poids économique plus grand face à leurs partenaires. Ainsi, comme les autres coopératives, les coopératives agricoles suppriment un intermédiaire dans le circuit d'écoulement des produits agricoles. Au lieu que chaque paysan vende ses récoltes à un commerçant qui les écoulera sur un marché plus large, ils se réunissent pour procéder eux-mêmes, collectivement, à cette opération. Parallèlement, la coopérative remplit la même fonction pour l'approvisionnement des agriculteurs en semences ou en engrais. Mais, les coopératives peuvent fournir de nombreux autres services. Il est même possible que, de l'écoulement des récoltes, la coopérative poursuive le processus et s'intéresse à la transformation. La coopérative va peu à peu élargir ses services. De la collecte de lait elle va ensuite organiser sa transformation en fromage ou en yaourt puis réaliser leur conditionnement.

Les activités de la coopérative se diversifient et le contrat d'activité se complexifie. Le contrat d'activité devient ainsi un contrat cadre². Au-delà de l'exigence d'activité avec la coopérative, le coopérateur, est un associé.

¹ D. HIEZ *ibid.*, p.117

² D. HIEZ *ibid.*, p.122

« Le contrat d'activité doit s'analyser comme un contrat-cadre, duquel il est tentant de faire découler un ensemble de contrats de vente. Ces ventes portent tout à la fois sur les marchandises apportées par l'exploitant agricole mais également, en sens inverse, sur les biens que la coopérative fournit à ses membres. Le contrat se rapproche ainsi des contrats qui unissent les franchisés au franchiseur dans les réseaux de franchise, avec toute leur étendue et leur complexité ».

2. Le contrat d'associé instrument de solidarité

Par la signature des statuts de la coopérative, les associés constituent la société. Cet acte détermine sa forme et fixe les principales modalités d'organisation et de fonctionnement de la société. Même s'ils sont destinés à régir une personne morale, les statuts ont une nature contractuelle¹ imposant, un apport ainsi qu'un engagement de contribuer à l'activité de la société. L'apport résulte de l'article 8 de l'AUSCOOP qui précise que l'associé reçoit en représentation de ses apports des parts sociales. Les apports peuvent être en numéraire, en nature ou en industrie².

Les obligations du coopérateur dans la société coopérative sont doubles. Quel que soit le contrat d'activité, celui-ci est engagé envers la société coopérative par un contrat de société. L'associé coopérateur a l'obligation d'utiliser toute ou partie des services de la société pour une durée déterminée, et corrélativement, de souscrire une quote-part du capital en fonction de cet engagement d'activité. Il est animé par l'*affectio cooperatis*³.

La finalité poursuivie par le groupement des coopérateurs est la réalisation d'un objectif commun. Il s'agit là, de la finalité de tout groupement, mais l'objectif commun coopératif présente toutefois certaines particularités qui participent à l'identification des sociétés coopératives. Les associés coopérateurs n'ont pas la volonté de profiter uniquement des résultats de la société, mais de contribuer directement à l'activité de cette dernière en y participant activement⁴. La notion de participation de l'associé coopérateur aux activités de la coopérative est introduite par le législateur Ohada dès l'article 8 de l'AUSCOOP⁵. Il s'agit d'un impératif pour tout associé coopérateur. Pour Gérard PERRON, la participation « se manifeste par un ensemble de moyens et de méthodes permettant à

¹ Cass. 1ré civ. 25 mai 1992, Rév. Soc. 1993. 83, noté Y. Guyon.

² Art. 30 AUSCOop

³ M. HERAIL, « Le lien coopératif au sein des sociétés coopératives », RECMA – Revue Internationale de l'Economie Sociale, n°278, Page 6.

⁴ D. NASRA, « L'associé coopérateur », Thèse Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2018, p. 68.

⁵ L'article 8 alinéa1 de l'AUSCOOP dispose que « la société coopérative est composée de coopérateurs qui, unis par le lien commun sur la base duquel la société a été créée, participent effectivement et selon les principes coopératifs, aux activités de ladite société et reçoivent en représentation de leurs apports des parts sociales ».

l'employé d'être informé sur l'évolution de l'entreprise, d'être consulté et mobilisé lors de la prise de décisions »¹. La participation va plus loin que la simple implication des employés. Nicole GIRROUX et Véronique FENOCCHI définissent la participation comme « un échange multidimensionnel qui relie entre eux les membres de cette collectivité ». Cette organisation d'individus en interaction² dans laquelle les motivations individuelles sont différentes forme une collectivité. Cependant, peut y retrouver deux dimensions de la participation sous l'angle de la dimension politico-économique et de la dimension sociale. La première dimension porte sur la prise des décisions au sein de la coopérative et le développement de l'activité économique de la coopérative à partir de l'activité de ses membres. Cette dimension « *fonde le principe démocratique des coopératives* »³. La dimension sociale consiste dans les avantages que les associés coopérateurs peuvent tirer de leur participation. La participation permet ainsi au coopérateur d'atteindre ses objectifs personnels tout en contribuant au développement de la coopérative⁴.

Le statut d'associé coopérateur permet à l'entrepreneur individuel de poursuivre son activité de façon autonome tout en bénéficiant des services fournis par la coopérative. Cependant ce changement doit se faire par la coopérative qui servira de levier économique de la mutation de l'économie informelle.

¹ Cité par A-A. TRAMBLAY, H. S. KINDO INDATOU, M.C. ZULUAGA, La bonne gouvernance dans les coopératives de solidarité, Essai présenté dans le cadre du programme de Maîtrise en gestion du développement des Coopératives et des Collectivités, Université de SHERBROOKE, décembre 2007, Page 34

Cité par D. NASRA, « L'associé coopérateur », Thèse Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 2018, p. 267

² Ibid. note 44

³ V.BARRAUD-DIDIER et M-Ch. HENNINGER « L'implication des adhérents, condition de l'originalité de la gouvernance des coopératives agricoles », Acte du Colloque sur les Coopératives et Mutuelles : Impact du statut sur l'efficacité et l'organisation managériale, RECMA, 20 septembre 2007.

⁴ D.NASRA, *op. cit.*, p. 268.

II. La coopérative levier économique de la mutation de l'économie informelle

La forte croissance du continent africain ne semble pas avoir eu d'impact sur la réduction de la pauvreté. En effet, rares sont les pays de la région qui ont réussi en 2015 à réduire de moitié l'extrême pauvreté – premier objectif fixé par les Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD)¹.

La vitalité de l'économie informelle² ne suffit pas à améliorer le niveau de vie des gens. La grande précarité dans laquelle évoluent ces acteurs est un obstacle majeur pour l'amélioration des conditions de vie en général et des conditions de travail en particulier. Les emplois de ce secteur ne satisfont pas aux critères du travail décent³. Pourtant, des solutions existent pour améliorer les conditions de travail et d'existence.

¹ Le Projet Objectifs du Millénaire était un organe consultatif indépendant créé par le Secrétaire général de l'ONU pour proposer les meilleures stratégies permettant de réaliser les Objectifs du Millénaire pour le Développement (OMD).

Le Projet fut dirigé par le Professeur J. D. SACHS, Conseiller spécial du Secrétaire général sur les OMD. L'essentiel des travaux du Projet a été fait par dix équipes thématiques comprenant plus de 250 spécialistes venant du monde entier – notamment des praticiens du développement, des scientifiques, des décideurs, des parlementaires, ainsi que des représentants de la société civile, des organismes des Nations Unies, de la Banque mondiale, du Fonds monétaire international et du secteur privé. Leurs recommandations furent publiées en 2005 dans un rapport final intitulé « Investir dans le développement : plan pratique de réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement ». <https://www.un.org/fr/millenniumgoals/bkgd.shtml>, consulté le 6 décembre 2024

² Commission européenne, « Promouvoir l'emploi et le travail décent dans la coopération au développement » Volume 2: Orientations pratiques pour la conception d'interventions axées sur l'emploi, Collection « Outils et Méthodes » Document de référence n° 30, Direction générale des partenariats internationaux, Commission européenne Bruxelles, Luxembourg, mars 2021 p.155,

file:///C:/Users/genev/Downloads/promouvoir%20lemploi%20et%20le%20travail%20d%C3%A9cent%20dans%20la%20coop%C3%A9ration-MNBB21005FRN.pdf, consulté le 28 mars 2025 à 15h.

³ D. GHAI, Travail décent : concepts et indicateurs, Le concept de « travail décent » – du moins exprimé sous cette forme–apparaît pour la première fois en 1999, dans le rapport présenté par le Directeur général à la 87è session de la Conférence internationale du Travail, Revue internationale du Travail, vol. 142 (2003).

L'approche de l'OIT pour l'élimination de la pauvreté consiste à promouvoir le travail décent pour tous. Les quatre piliers de cette approche sont: L'emploi – la principale voie pour s'affranchir de la pauvreté grâce au travail et au revenu; Les droits – sans droits, les gens n'auront pas les capacités pour échapper à la pauvreté; La protection sociale – elle préserve le revenu et la santé; Le dialogue – la participation des organisations d'employeurs et de travailleurs dans l'élaboration de la politique gouvernementale pour l'élimination de la pauvreté garantit que cette politique est

Les mécanismes de la coopérative ont permis aux pionniers de Rochdale¹ de sortir de la misère. Le modèle coopératif est un modèle qui recentre l'économie sur les besoins des associés et notamment leurs besoins sanitaires et sociaux (B). Pour atteindre ces objectifs, le modèle coopératif doit être un cadre d'accueil et de changement des acteurs informels (A).

A. La coopérative cadre d'accueil et de changement des acteurs informels

La modernisation et le développement du secteur informel passent par une approche intégrée² de l'économie informelle. Ce secteur est caractérisé par l'emploi indépendant qui représente la plus grande proportion des emplois, hors le secteur agricole³. Ces acteurs contribuent à maintenir une marge importante de la population en activité. Ils développent des activités de biens et de services de proximité, tout en prenant en charge leurs familles.

A partir de ce constat, il apparaît nécessaire d'accompagner les entrepreneurs de ce secteur dans un processus d'amélioration de l'organisation de leur activité. La coopérative va être l'instrument de la généralisation du statut d'entrepreneur (1) grâce à la mise en place de mesures d'accompagnement incitatives (2).

1. La généralisation du statut d'entrepreneur

Pour certains Etats, le soutien des acteurs de la microentreprise est une nécessité⁴. La promotion du travail décent nécessite d'éliminer les aspects

appropriée et durable. Ces quatre piliers de l'Agenda de l'OIT pour un travail décent étaient des stratégies d'élimination de la pauvreté cohérentes et soucieuses de l'égalité entre les sexes, Travail Décent et Objectifs du Millénaire pour le Développement — OMD, <https://webapps.ilo.org/public/french/bureau/exrel/mdg/briefs/mdg1.pdf>, consulté le 12/12/2024 à 17h10

¹ J. HARRIS (2014). "The Rochdale Pioneers and the Origins of the Cooperative Movement." *Cooperative News*, 2014.

² OIT, 2007, p. 73

³ L'économie informelle : permettre une transition vers la formalisation / Organisation internationale du Travail. - Genève: OIT, 2007 1 p.

⁴ L'économie informelle : permettre une transition vers la formalisation / Organisation internationale du Travail. - Genève: OIT, 2007 1 p.8. « Le Zimbabwe a insisté sur la nécessité de créer des emplois et de soutenir les microentreprises, en particulier dans l'économie informelle ».

négatifs de l'informalité tout en faisant en sorte que les possibilités de subsistance et d'entreprenariat soient non seulement favorisées, mais aussi améliorées grâce à l'incorporation des travailleurs et des unités économiques de l'économie informelle dans l'économie formelle¹.

D'un point de vue structurel, le droit communautaire OHADA a fait une place à la micro-entreprise par la création du statut d'entreprenant aux articles 30 et suivants² de l'Acte uniforme portant droit commercial général adopté le 15 décembre 2010. L'objectif du texte est de permettre aux acteurs économiques de petite taille³ de déclarer leur activité. Cet article ne concerne que les personnes physiques. Même si cette condition n'est pas clairement explicitée, elle découle des articles 63-1)⁴ et 63-3) qui précisent que le demandeur doit joindre à sa déclaration un extrait de son acte de naissance ainsi qu'une déclaration sur l'honneur s'il est commerçant, et qu'il n'est frappé d'aucune interdiction prévue par l'article 10⁵ de l'AUDCG.

¹ L'économie informelle *ibid.*, p.6.

² « L'entreprenant est un entrepreneur individuel personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent acte uniforme exerce une activité professionnelle civile, commerciale artisanale ou agricole » art 30 de l'AUCG.

Voir Art 13 AUDCF : Pour accéder au statut d'entreprenant, le demandeur doit être éligible au système minimum de trésorerie (SMT). Le chiffre d'affaires annuel hors taxe ne doit pas dépasser les seuils suivants :

- 60 000 000 FCFA pour les entreprises de négoce
- 40 000 000 FCFA pour les entreprises artisanales et assimilées
- 30 000 000FCFA pour les entreprises de services.

³ La définition de l'entreprenant est très ouverte. Elle permet ainsi d'englober toutes les situations dans lesquelles une personne exerce une activité économique et en assume les risques. L'entreprenant réalise une activité économique pour son compte mais elle est de petite taille.

⁴ Article 63 AUDCG : « A l'appui de sa déclaration, le demandeur est tenu de fournir les pièces justificatives suivantes quels que soit leur forme et leur support :

1°) un extrait de son acte de naissance ou de tout document administratif justifiant de son identité
2°) le cas échéant, un extrait de son acte de mariage ;

3°) une déclaration sur l'honneur signée du demandeur et attestant

- s'il est commerçant qu'il n'est frappé d'aucune des interdictions prévues par l'article 10 ci-dessus
- s'il n'est pas commerçant, qu'il n'a fait l'objet d'aucune interdiction d'exercer en relation avec sa profession et qu'il n'a fait l'objet d'aucune condamnation pour les infractions prévues par l'article 10 ci-dessus... »

⁵ Article 10 AUDCG : « Nul ne peut exercer une activité commerciale, directement ou par personne interposée, s'il a fait l'objet : - d'une interdiction générale, définitive ou temporaire, prononcée par une juridiction de l'un des États parties, que cette interdiction ait été prononcée comme peine principale ou comme peine complémentaire ; - d'une interdiction prononcée par une juridiction professionnelle ; dans ce cas, l'interdiction ne s'applique qu'à l'activité commerciale considérée ; - d'une interdiction par l'effet d'une condamnation définitive à une peine privative de

Le champ des activités de l’entreprenant est très large. En effet, l’entreprenant peut accomplir des actes de commerce par nature sans pour autant acquérir la qualité de commerçant. La panoplie des actes de commerce est précisée à l’article 3 de l’AUDCG¹. Mais le législateur étend les activités ouvertes à l’entreprenant aux activités civiles, artisanales et agricoles.

La particularité de ce statut résulte dans la simplification des formalités administratives. Le statut d’entreprenant s’acquiert par simple déclaration. Non seulement le législateur élabore un statut adapté au développement de l’activité du commerçant personne physique, mais en sus il étend l’accès à ce statut aux artisans, agriculteurs jusqu’aux acteurs exerçant une activité civile. Ce dernier aspect laisse supposer que les professions libérales peuvent opter pour ce statut. Dans une appréhension rapide de la profession libérale, on pourrait penser que ces acteurs bénéficient de cadre juridique plus adapté. Cependant, certaines activités civiles peuvent s’accommoder de ce statut, surtout au démarrage de l’activité. C’est ainsi que le statut d’entreprenant peut convenir à l’exercice d’une activité telle que des prestations de soins comme des prestations de soins infirmiers ou des prestations d’aide à la personne.

Le législateur de l’OHADA a laissé le soin aux États de prévoir les mesures incitatives pour encourager l’adoption de ce statut².

liberté pour un crime de droit commun, ou à une peine d’au moins trois mois d'emprisonnement non assortie de sursis pour un délit contre les biens, ou une infraction en matière économique ou financière ».

¹ Article 3 AUDCG- L’acte de commerce par nature est celui par lequel une personne s’entremet dans la circulation des biens qu’elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l’intention d’en tirer un profit pécuniaire. Ont, notamment, le caractère d’actes de commerce par nature : - l’achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente ; - les opérations de banque, de bourse, de change, de courtage, d’assurance et de transit ; - les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce ; - l’exploitation industrielle des mines, carrières et de tout gisement de ressources naturelles ; - les opérations de location de meubles ; - les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication ; - les opérations des intermédiaires de commerce, telles que la commission, le courtage, l’agence, ainsi que les opérations d’intermédiaire pour l’achat, la souscription, la vente ou la location d’immeubles, de fonds de commerce, d’actions ou de parts de société commerciale ou immobilière ; - les actes effectués par les sociétés commerciales.

² Art 30 AUCG.

2. Les mesures incitatives en faveur de l'entreprenant

Pour inciter les acteurs à se déclarer, le législateur communautaire permet aux Etats de prévoir des mesures incitatives. Les actions développées par l'État sénégalais visent à accompagner individuellement les acteurs du secteur informel.

Le dispositif d'accompagnement de l'entreprenant est organisé au Sénégal par la loi d'orientation n°2020.02 du 7 janvier 2020 relative aux Petites et Moyennes Entreprises. L'article 13 de la loi prévoit un certain nombre de mesures afin d'inciter les acteurs de l'économie informelle à procéder à la déclaration de leur activité. Parmi les mesures, certaines sont générales, d'autres sont liées à l'activité des acteurs. Parmi les mesures générales, on peut relever la mise en place de mesures de soutien à l'alphabétisation des acteurs, ainsi que des mesures d'accompagnement à la formalisation de l'activité. Parmi les mesures spécifiques, il est prévu des formations spécifiques au domaine d'activité des entrepreneurs. C'est notamment le cas par l'organisation des formations liées à l'amélioration de la qualité des produits notamment dans le secteur agro-alimentaire.

Toutes ces activités peuvent être développées par la société coopérative qui rassemblerait les acteurs de l'économie informelle d'un même domaine d'activité afin d'organiser des prestations de services en faveur de l'amélioration de l'activité des associés coopérateurs.

La coopérative est avant tout une organisation collective en quête de valeurs démocratiques résultant d'un mouvement endogène¹ des travailleurs pour un mieux-être économique et social.

Elle peut ainsi prendre en charge des services communs liés aux besoins économiques des entreprenants. Parmi les acteurs du secteur informel, nous pouvons identifier « les transformatrices de produits halieutiques ». Ce secteur

¹ A.B. THIAM, « Aspects Conceptuels et Evaluation de l'Acte Uniforme de l'OHADA relatif aux Sociétés Coopératives », Revue de l'ERSUMA Droit des affaires-Pratique professionnelle n°1 Juin 2012.

est essentiellement occupé par les femmes¹. Cette activité leur permet de combiner leurs charges familiales en tant qu'épouse et mère avec une activité économique afin de satisfaire leurs besoins économiques².

Malgré l'importance économique de cette activité, on peut relever que les entrepreneuses évoluent dans un environnement marqué par une grande précarité du fait du secteur économique dans lequel elles travaillent, mais aussi en raison de l'absence de conditions sanitaires et sociales au travail et pour leur famille notamment leurs enfants.

Il ressort de l'étude « Femmes et transformation artisanale des poissons pélagiques au Sénégal : un secteur à bout de souffle »³, que les transformatrices rencontrent des difficultés de plus en plus grandes en termes d'approvisionnement en poisson, mais aussi en charbon nécessaire dans le processus de transformation. L'accès au bois, essentiel au fumage et au braisage du bois, est aussi compromis en raison des restrictions liées à l'exploitation du bois comme combustible, des charges pastorales du littoral et du contexte de restauration des espaces dégradés. Pourtant, cette activité procure non seulement aux femmes des revenus leur permettant de contribuer significativement aux charges familiales et à la scolarisation des enfants⁴ mais aussi, à mettre sur le marché des produits transformés nécessaires à la

¹ I. DESCHAMPS, Certaines activités économiques du secteur informel sont traditionnellement occupées par les femmes. L'étude d'Isabelle DECHAMPS met en évidence le contraste entre le dynamisme de l'activité économique du secteur informel et le statisme de l'Ohada « L'activité commerciale féminine en Afrique et le droit Ohada: géographie d'une divergence », Faculté de Droit Université McGill, Montréal Décembre 2021.

² EI H. B. DEME, EI H. SOW, L. LICETTE, N. DIA et P. FAILLER, « Femmes et transformation artisanale des poissons pélagiques au Sénégal : un secteur à bout de souffle », *L'Espace Politique* [En ligne], 46 | 2022-1, mis en ligne le 09 juin 2023, consulté le 10 décembre 2024. URL : <http://journals.openedition.org/espacepolitique/11049>.

³ EI H. B. DEME, EI. H. SOW, L. LICETTE, N. DIA et P.FAILLER, « Femmes et transformation artisanale des poissons pélagiques au Sénégal : un secteur à bout de souffle », *L'Espace Politique* , 46 | 2022-1, mis en ligne le 09 juin 2023, consulté le 26 décembre 2024. URL : <http://journals.openedition.org/espacepolitique/11049> ; DOI :

<https://doi.org/10.4000/espacepolitique.11049>

⁴ EI H. B. DEME, *op. cit.*

préparation des plats tels que le *tieboudiène*¹, ou le *soupe kandia*² très prisés par la population.

Le manque d'organisation de la filière pourrait être pallié par la mise en place d'une société coopérative ayant pour objectif d'approvisionner les coopérateurs en intrants indispensables à la transformation tels que les poissons pélagiques. La coopérative peut aussi soutenir les coopérateurs dans la mise en place de nouvelles technologies en vue de réduire les charges en combustible des fours de braisage et fumage des petits pélagiques. De plus, la modernisation des aires de transformation artisanale permettrait d'améliorer les conditions de travail des femmes transformatrices, de réduire les pertes post-transformation pour enfin disposer de produits finis de meilleure qualité afin d'envisager la conquête de nouveaux marchés. Ainsi, des actions de formation sur les bonnes pratiques (qualité et hygiène) doivent être entreprises sur les aires de transformation. L'accompagnement de ces femmes par l'amélioration de la chaîne de valeur³, notamment par la standardisation des process, va permettre de préserver des milliers d'emplois. Ainsi, en agissant sur les transformatrices de poissons, les moyens d'existence des acteurs du segment de la transformation sont assurés tout en renforçant la sécurité alimentaire.

Le législateur communautaire a laissé la liberté aux sociétés coopératives de préciser l'objet de leurs activités finalité. Du fait de cette liberté, cette forme juridique est adaptée pour accueillir ces femmes transformatrices en vue d'une amélioration de la filière de transformation halieutique tout en mettant en place des process de développement durable. Le développement de l'activité, à lui seul ne suffit pas à améliorer les conditions de vie. Il doit aussi prendre en compte

¹ Le tieboudiène est un plat traditionnel à base de riz et de poisson, emblème de la cuisine sénégalaise. Il a été inscrit au patrimoine immatériel de l'humanité de l'Unesco, le 15 décembre 2021, <https://www.jeuneafrique.com/1094533/societe/serie-le-tieboudiene-plat-de-resistance-et-de-resilience-1-5/>

² Plat à base de gombo et d'huile de palme

³ La chaîne de valeur est un concept développé par M. PORTER en 1985. D'après M. PORTER, l'entreprise se définit comme un enchevêtrement d'activités interconnectées, transformant des « inputs » en « outputs », ensuite achetés par le consommateur final. Les clients attribuent une certaine valeur au produit en rapport avec l'enchaînement des interactions et des processus successifs.

les difficultés propres aux filières concernées ainsi que la nécessité de stabiliser les revenus. Ces objectifs doivent être conjugués à l'amélioration des conditions sanitaires et sociales des entrepreneurs. La mise en place d'un système sanitaire et social sera un atout décisif dans la mutation du secteur informel.

C'est dans ce sens que des prestations spécifiques doivent être prévues afin d'inciter les entrepreneurs informels à se regrouper en coopérative. Ces prestations seront orientées vers la promotion du travail décent et la lutte contre la précarité.

B. Le rôle de la coopérative dans la promotion du travail décent

L'économie informelle est une réalité économique et sociale. Le rôle de ces acteurs est fondamental pour le maintien de la stabilité sociale¹. Cependant, la précarité des acteurs la fragilise. La mise en place de mécanismes de mutualisation permettrait d'offrir l'accès aux soins. Cette prise en charge sanitaire combinée à des mesures sociales vont créer un écosystème favorable à la formalisation des acteurs du secteur informel.

1. La mutualisation des services sanitaires

L'économie informelle est marquée par la précarité du travailleur qui est laissé aux aléas de la vie : la maladie, l'accident, ou encore le décès. L'absence de couverture médicale l'expose à l'incertitude. La fragilité de l'entrepreneur ou de l'acteur informel réside dans l'absence d'un service de prise en charge médicale. L'objectif 8 des Objectifs de Développement Durable (ODD) adopté par

¹ M. CHEN ET K. HEMPEL, Commission européenne, « Promouvoir l'emploi et le travail décent dans la coopération au développement » Volume 2: Orientations pratiques pour la conception d'interventions axées sur l'emploi, Collection « Outils et Méthodes » Document de référence n° 30, Direction générale des partenariats internationaux, Commission européenne Bruxelles, Luxembourg, mars 2021 p.155,

file:///C:/Users/genev/Downloads/promouvoir%20lemploi%20et%20le%20travail%20d%C3%A9cent%20dans%20la%20coop%C3%A9ration-MNBB21005FRN.pdf, consulté le 28 mars 2025 à 15h.

l'assemblée générale des Nations Unies le 25 septembre 2015 vise le travail décent pour tous¹.

Le travail décent est défini comme la possibilité pour chaque personne en âge de travailler d'obtenir un travail productif et un revenu équitable, la sécurité sur le lieu de travail et la protection sociale pour sa famille, de meilleures perspectives de développement personnel et d'intégration sociale.

La particularité du travail informel réside dans l'absence d'une couverture sanitaire. En cas de maladie, l'entrepreneur perd non seulement sa source de revenu mais il est dans l'impossibilité de se soigner.

La protection sanitaire est un des piliers du travail décent² sans laquelle les entrepreneurs restent dans une grande précarité. La loi du 7 janvier 2020 prévoit la mise en place du « dispositif spécifique simplifié »³ qui permet à l'entrepreneur qui s'est préalablement acquitté d'une prime qui couvre ses obligations fiscales, mais aussi, sa couverture maladie, la retraite et les accidents professionnels de bénéficier d'une prise en charge pour la maladie et la retraite. Ce dispositif manque d'effectivité.

Certains pays ont envisagé d'élaborer des mécanismes de protection sociale au profit des acteurs du secteur informel. C'est dans ce sens que l'Afrique du Sud a prévu une allocation chômage incluant des prestations en cas de maladie, de maternité ou d'adoption⁴ pour les travailleurs domestiques de l'économie informelle.

¹ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/fr/objectifs-de-developpement-durable/>

² D. GHAI, Travail décent : concept et indicateurs, Revue Internationale du travail, vol. 142 (2003), n°2, Le rapport de la 87è session de la Conférence internationale du Travail précise que le travail décent repose sur quatre piliers : l'emploi, la protection sociale, les droits des travailleurs et le dialogue social.

³ Art.13, Loi d'orientation n°2020-02 du 7 janvier 2020 relative aux Petites et Moyennes Entreprises

⁴ L'économie informelle : permettre une transition vers la formalisation / Organisation internationale du Travail. *Op. cit.*, p.8.

Par référence à la loi portant économie sociale et solidaire¹ la forme coopérative a été retenue pour développer des activités de l'économie sociale et solidaire. Les activités d'accompagnement social, médico-social ou sanitaire sont considérées comme des activités d'utilité sociale².

A la différence d'un système centralisé, le processus coopératif renforce l'adhésion des concernés au projet et permet de réagir rapidement afin que les concernés puissent en bénéficier en cas de besoin.

Le projet coopératif « des Équitables pionniers de Rochdale »³, souvent vu comme la matrice originale des coopératives, aspirait à un développement plurisectoriel et non pas à la seule exploitation d'un commerce de consommation où les membres s'approvisionnaient en denrées de première nécessité.

2. L'élargissement de la mutualisation aux services sociaux

Le travail dans l'économie informelle est souvent associé à une série de facteurs tels que des conditions de travail de mauvaise qualité, de faibles revenus, de longues heures de travail, des conditions d'emploi inéquitables, des risques en matière de santé et de sécurité au travail, un manque d'accès aux protections fondamentales du travail, aux autres protections légales et à la protection sociale⁴. Tous ces facteurs favorisent le maintien dans la pauvreté et la précarité. La protection sociale est une condition nécessaire pour l'amélioration des conditions de vie des acteurs du secteur informel et de leurs familles.

¹ Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire Modifiée par Loi n°2024-537 du 13 juin 2024 - art. 8

² Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire *ibid.*

³ J-P GIRARD, Le domaine de la santé comme extension des activités des coopératives Un projet pilote au Kenya et au Cameroun, Document provisoire préparé pour le Groupe de travail interinstitutionnel des Nations unies sur l'économie sociale et solidaire (UNTSSE), p.3, 2019

⁴ M. CHEN ET K. HEMPEL, Commission européenne, « Promouvoir l'emploi et le travail décent dans la coopération au développement » Volume 2: Orientations pratiques pour la conception d'interventions axées sur l'emploi, Collection « Outils et Méthodes » Document de référence n° 30, Direction générale des partenariats internationaux, Commission européenne Bruxelles, Luxembourg, mars 2021 p.155,

<file:///C:/Users/genev/Downloads/promouvoir%20lemploi%20et%20le%20travail%20d%C3%A9cent%20dans%20la%20coop%C3%A9ration-MNBB21005FRN.pdf>, consulté le 28 mars 2025 à 15h.

Lorsqu'un membre de la famille du travailleur tombe malade, les maigres économies de ce dernier sont dépensées en frais médicaux. De même, l'absence d'un régime de retraite ne permet pas au travailleur d'arrêter son activité au risque de ne plus subvenir à ses besoins ni à ceux de sa famille.

La protection sociale fait partie des droits de l'homme¹. Elle garantit à tous l'accès aux soins de santé et à la sécurité du revenu.

La coopérative par son champ d'action élargi peut grâce au mécanisme de solidarité mettre en place au profit de ses associés un mécanisme de protection sociale permettant d'organiser un système de retraite et de prise en considération des besoins de santé des membres de la famille de l'associé coopérateur. Ainsi, la coopérative plurisectorielle permet d'élargir les activités de la coopérative au-delà de l'activité économique pour mettre en place des services médico-sociaux.

Conclusion : Il ressort de l'Enquête Régionale Intégrée sur l'Emploi et le Secteur Informel (ERI-ESI) menée au Sénégal au cours de l'année 2017 que le marché de l'emploi est principalement dominé par l'emploi informel². En effet 96,4% des emplois³ de l'économie sénégalaise sont informels. Pourtant, ces acteurs contribuent à l'activité économique vivent dans une grande précarité. Ils subissent non seulement les aléas économiques, mais aussi, ceux de la vie résultant de la fragilité humaine. Pourtant, la société coopérative telle que prévue par l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 relatif au droit des sociétés coopératives peut contribuer à la mise en place d'activités de soutien aux

¹ Déclaration universelle des droits de l'homme, 10 décembre 1948, Article 22, « Toute personne, en tant que membre de la société, a droit à la sécurité sociale ; elle est fondée à obtenir la satisfaction des droits économiques, sociaux et culturels indispensables à sa dignité et au libre développement de sa personnalité, grâce à l'effort national et à la coopération internationale, compte tenu de l'organisation et des ressources de chaque pays ».

² L'employeur ne verse pas de cotisation au titre de la protection sociale de l'employé ou bien le chef d'unité de production détient une unité informelle, Enquête Régionale Intégrée sur l'Emploi et le Secteur Informel (ERI-ESI) Sénégal, 2017 RAPPORT FINAL Octobre 2019, Agence Nationale de la Statistique et de la démographie, https://www.ansd.sn/sites/default/files/2023-05/Senegal_ERI-ESI_RapportFinal.pdf, consulté le 27 décembre 2024.

³ Enquête Régionale Intégrée sur l'Emploi et le Secteur Informel (ERI-ESI) Sénégal, 2017 RAPPORT FINAL Octobre 2019, Agence Nationale de la Statistique et de la démographie, p. 57, https://www.ansd.sn/sites/default/files/2023-05/Senegal_ERI-ESI_RapportFinal.pdf.

associés coopérateurs en vue de développer les activités des coopérateurs. Au-delà de la mise en place d'activités de soutien aux opérateurs, la coopérative peut être un outil en vue de favoriser la mise en place de services de pérennisation de l'activité économique et ainsi que des services de en matière sanitaire et sociale.

La coopérative trouve ses origines dans le mécanisme de la solidarité qui doit être valorisée pour atteindre les objectifs de pérennisation de l'emploi et du travail décent.

**LA SOCIETE COOPERATIVE SIMPLIFIEE
AU ROYAUME DES SURETES :
A LA RECHERCHE DE LA SURETE ADAPTEE A SON PROFIL**

ADJITA Akrawati Shamsidine - Maître de conférences
Enseignant-chercheur - Faculté de Droit – Université de Lomé, Togo

Le règne juridique est peuplé de personnes physiques et de personnes morales. Les personnes morales se déclinent en sociétés et en associations.¹ Les sociétés se déclinent en sociétés civiles et en sociétés commerciales². Toutes ces entités juridiques, quelle que soient leur forme, ont été créées à l'image de l'homme. Quoi de plus normal car les fictions juridiques³ ont été créées pour être au service de la cause humaine. A l'instar de l'homme, les sociétés sont dotées de la personnalité morale⁴ avec tous les attributs⁵ qui en découlent parmi lesquels le patrimoine joue un rôle important. Gage général des créanciers, le patrimoine à lui seul ne peut suffire à rassurer ces derniers. Il leur faut des garanties supplémentaires. Les sûretés ont été mises en place pour servir de garantie supplémentaire aux créanciers privilégiés qui en font la demande.

Les sociétés coopératives ont la particularité d'être des sociétés hybrides en ce sens qu'elles peuvent être à la fois civiles et commerciales. L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives n'a consacré que deux types de sociétés coopératives : la société coopérative simplifiée (SCOOP - S) et la société coopérative avec conseil d'administration (SCOOP – CA). Des deux sociétés reconnues dans l'espace OHADA, seule la société coopérative simplifiée retiendra notre attention. Etant une actrice de la vie commerciale, elle a besoin du crédit pour son épanouissement économique. Or, le crédit ne peut être consenti sans l'octroi par le débiteur des garanties supplémentaires appelées « sûretés »⁶. Quelles sont les sûretés qu'une telle société peut être appelée à consentir à ses créanciers sans porter atteinte à la consistance de son patrimoine d'exploitation ? Autrement dit, quelles sont les sûretés adaptées au profil de la

¹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés commerciales*, LexisNexis, 34^{ème} éd. 2021, p. 1, n° 1.

² Ibid. n°s 392 et suiv.

³ G. WICKER et F. DEBOISSY, *Personnalité morale*, Rép. Dalloz et les références citées ; N. BARUCHEL, *La personnalité morale en droit privé : éléments pour une théorie*, « Bibl. dr. Privé », LGDJ, t. 410, Préf. B. PETIT, 2004.

⁴ P. Le CANNU et B. DONDERO, op. cit., n°s 306 et suiv., p. 241 et suiv. ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, op. cit., n°s 293 et suiv, p. 107.

⁵ P. Le CANNU et B. DONDERO, op. cit., n°s 414 et suiv., p. 299 et suiv. ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, op. cit., n°s 345 et suiv, p. 132 et suiv.

⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ Lextenso 12^{ème} 2018, p. 13 et suiv.

société coopérative simplifiée dans la conquête du marché ? C'est à cette question que la présente étude se propose d'apporter une réponse adéquate. Au demeurant, qu'entend-on par sûreté au sens classique du terme ? L'article 1 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés¹ donne la définition du concept en ces termes : « *Une sûreté est l'affection au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant.* »

En effet, le droit du crédit est celui de la confiance². Il a pour objet les institutions qui permettent au créancier de faire confiance au débiteur³ parce qu'elles lui donnent l'assurance qu'il sera payé à l'échéance. « Crédancier », « confiance », « crédit », tous ces mots ont une racine commune. Les institutions qui rendent sûr le rapport d'obligation s'appellent traditionnellement les sûretés⁴. Les sûretés garantissent l'exécution future d'une obligation ; elles sont indissociables de l'obligation de somme d'argent à terme, car elles permettent au créancier de se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur⁵.

L'importance pratique des sûretés n'est pas à démontrer ; elle repose sur un postulat de base très simple : sans sûreté, il n'y a pas de crédit, et sans crédit, il n'y a pas d'économie moderne⁶. Le crédit est indispensable dans tous les

¹ L'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés dans l'espace OHADA (AUS), entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998, a été profondément modifié le 15 Décembre 2010 à Lomé à la suite d'une révision.

² Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés la publicité foncière*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2023 p. 16.

³ V. par ex. M. CHAGNY, « La confiance dans les relations d'affaires », in *La confiance en droit privé des contrats*, dir. V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, Coll. Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2008, p. 35, spéc. n° 11, p. 41.

⁴ M. BOURASSIN, *Droit des sûretés*, Lefebvre Dalloz, coll. Sirey Université, 2024, 8^{ème} éd., n°4.

⁵ M. CABRILLAC et Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, Paris, Litec, 11^{ème} éd., 2022, n°14, p. 12.

⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNES e tP. CROCQ, op. cit., n° 1, p. 13.

rouages de la vie économique, de la production à la consommation¹ en passant par la distribution.

Les sûretés doivent être distinguées des garanties même si elles ont un socle commun et une même finalité. Si la sûreté est une garantie, en ce sens qu'elle rend plus probable la satisfaction du créancier, toute garantie n'est pas sûreté.

Certaines règles inhérentes au rapport d'obligation constituent des garanties souvent efficaces : la résolution pour inexécution, l'exception d'inexécution ou la compensation². Plus nettement encore, le droit des obligations connaît des institutions principalement destinées à garantir le créancier : l'action directe³, la solidarité passive⁴, en règle générale, ou l'obligation *in solidum*⁵. A la différence des sûretés, ces garanties sont la conséquence d'une situation déterminée, d'un ensemble de liens, ou de la nature de ces liens⁶.

Les sûretés, tout au contraire, s'ajoutent au rapport d'obligation, elles n'en sont jamais la conséquence, et naissent d'une source distincte : la loi ou une convention spéciale⁷. La sûreté se caractérise donc par trois traits essentiels :

- Le premier trait caractéristique de la sûreté est sa finalité. De par cette caractéristique, elle vise à améliorer la situation du créancier sans l'enrichir ;
 - Le second trait caractéristique est son effet. Le principal effet d'une sûreté est d'éteindre la créance par sa mise en œuvre ;
 - Le troisième trait caractéristique est sa technique. La sûreté est l'accessoire de la créance, dont l'intensité peut être variable⁸.
-

¹ A. SAKHO et L. N'DIAYE, « Pratique des garanties du crédit », *Revue africaine des banques* 1998, p. 17.

² Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, 17^{ème} éd., 2024, n°1, p. 2.

³ Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 3^{ème} édition, 2007, Defrénois, n° 1153, p. 654.

⁴ Ibid. n°s 1256 et suiv., p. 732 et suiv.

⁵ Ibid. n°s 1275 et suiv.

⁶ L'obligation *in solidum* est une conséquence de la pluralité de débiteurs et de l'unité de dette ; l'action directe est une conséquence la présence d'un groupe de contrats.

⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, 17^{ème} éd., 2024, n°2, p. 14.

⁸ Ibid.

De façon générale, on peut dire que les sûretés sont un droit du patrimoine. Cela s'explique aisément. Si les sûretés donnent un droit qui s'ajoute à la qualité de créances, les instruments qu'elles mettent en œuvre ne sont pas originaux, ils sont issus du droit commun, lequel repose fondamentalement sur le droit des obligations et le droit des biens¹. Tout ceci n'est pas surprenant car le droit des sûretés est au carrefour de ces deux droits patrimoniaux². Il n'existe que par le patrimoine et pour le patrimoine. Par le patrimoine parce que les éléments du patrimoine, quelle que soit leur nature, meubles ou immeubles, sont l'assiette des sûretés, ou même le patrimoine dans son ensemble. Pour le patrimoine parce qu'indispensables au crédit, les sûretés permettent la production et la circulation des richesses, l'accroissement du patrimoine.³

Pourquoi le créancier d'une somme d'argent non immédiatement exigible veut-il une sûreté pour asseoir sa confiance ? Il suffit, pour répondre à cette question, d'observer la situation du créancier démunie de sûreté, c'est-à-dire le créancier chirographaire⁴.

Le droit du créancier est garanti par le patrimoine du débiteur ; c'est le gage général conféré par les articles 2092 et 2093 du Code civil. Lorsque la dette est exigible et que le débiteur ne peut la payer, le créancier peut faire saisir et vendre aux enchères publiques un élément du patrimoine (à l'exception des biens insaisissables) et se faire payer sur le prix de la vente. Apparemment, ce droit de gage, parce qu'il est général⁵, paraît être une garantie solide. En réalité, il est une garantie illusoire pour deux raisons :

- Le danger peut venir du débiteur lui-même. Entre la naissance de la dette et son exigibilité, le patrimoine du débiteur a pu se modifier. Or, le créancier ne peut saisir que les biens existant au moment de la saisie. Si le débiteur a donné ou vendu les biens que le créancier a pris en

¹ Ph. Malaurie, L. Aynes, P. Crocq, *Droit des sûretés*, op.cit., n°6, p.4.

² D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 16^e éd., 2024, n°15, p. 13.

³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. CROCQ, op. cit., n°2, p. 14.

⁴ D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 16^e éd., 2024, n°15, p. 13.

⁵ Le droit de gage général porte les biens mobiliers et immobiliers comme l'indiquent les articles 2284 et 2285 du Code civil français.

considération pour asseoir sa confiance, celui-ci ne peut plus en principe les saisir¹.

- Le danger peut aussi provenir des autres créanciers saisissant les biens du débiteur. Lorsqu'ils concourent sur le prix de vente du bien saisi, de deux choses l'une : ou bien le paiement se fait au prix de la course ; les premiers saisissants sont les premiers payés ; ou bien le paiement s'effectue au marc le franc, c'est-à-dire le prix se distribue proportionnellement au montant de chaque créance². Lorsque le prix est insuffisant, aucun créancier ne sera entièrement payé.³

Comme on peut le constater, le seul droit de gage général ne permet donc pas au créancier de se prémunir contre l'insolvabilité future du débiteur⁴. Pour se préserver contre une telle infortune, il lui faut ajouter à sa qualité de créancier chirographaire une sûreté de deux manières : soit en obtenant contre un autre débiteur un droit personnel, c'est-à-dire un autre droit de gage général sur un patrimoine que celui du débiteur (sûreté personnelle), soit en se faisant donner, sur le patrimoine de son débiteur, une priorité (sûreté réelle)⁵.

Comme bon nombre d'institutions juridiques, les sûretés jouent un rôle positif et négatif. Leur avantage principal est de favoriser le crédit. Il peut s'agir d'un crédit institutionnel distribué par les organismes de crédit (banque, établissements financiers) à la production, aux échanges et à la consommation, ou d'un crédit individuel. Sûr d'être payé, le créancier se montre moins présent, il accorde au débiteur des délais⁶.

¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 4, p. 15.

² Ibid. ; P. Crocq, « Sûretés et proportionnalité », in Etudes offertes au doyen Simler, Dalloz-Litec, 2006, p. 273 et s., spéci., p. 291 et s., spéci., p. 311.

³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 4, p. 16.

⁴ Ibid., n° 64, p.45.

⁵ I.L. Miendjiem, « Régime général des sûretés » in P.G. Pougoue (Dir.), *Encyclopédie juridique OHADA*, Editions Lamy, 2011, p. 1480 et s. not. n°s 146 et s.; P. Crocq, « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Droit et patrimoine*, n° 197, nov. 2010, pp. 52-59.

⁶ D. Légeais, *Sûretés et garanties du crédit*, op.cit., n°17 et s.

Ce qui peut aussi se révéler désastreux : grâce aux sûretés dont ils sont munis, certains créanciers se soucient peu d'exiger le paiement à l'échéance et laissent s'accumuler un passif dont les autres créanciers – chirographaires – font les frais. Plus généralement, les sûretés engagent l'avenir, mais le débiteur, aveuglé par les avantages présents du crédit, n'en a pas toujours conscience. Contre la remise des fonds prêtés, ou l'octroi d'un délai – avantages immédiats – il prend un engagement dont la rigueur à venir lui échappe. C'est pourquoi notre droit considère la constitution conventionnelle de sûretés réelles (gage, hypothèque) comme un acte grave, exigeant la capacité de disposer bien qu'il n'y ait pas, à proprement parler, disparition immédiate et certaine du bien pour le constituant¹.

Le cautionnement n'est pas encore soumis à cette règle, mais de tous côtés apparaît le besoin d'une protection spéciale.

Certaines sûretés présentent d'autres inconvénients, d'ordre économique². Elles peuvent augmenter le coût du crédit, lorsque leur constitution implique un acte notarié qui doit être publié (sûretés réelles) ou lorsque le garant exige, pour le risque qu'il court, une rémunération (sûretés personnelles)³. Elles peuvent entraver la circulation des biens : on vend difficilement un immeuble hypothéqué ou un meuble donné en gage, alors que la réalisation de la sûreté (saisie et vente aux enchères publiques) est souvent lente et onéreuse⁴.

Que faire alors dans le monde des sûretés ? Quelle sûreté faut-il choisir pour être à l'abri de mauvaises surprises ? Autrement dit, quelle est la sûreté idéale ?

¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 7, p. 19.

² L. B. Yondo, « L'enjeu économique de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit » in Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA, *Droit et patrimoine*, nov. 2010, n° 197, p.10 et s.

³ M. Bourassin, « La spécialisation du droit des sûretés personnelles », RIDC 2014-2, p. 433 et s., spéc., n°2 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 4, p. 16.

⁴ D. H. Labitey, « Quel droit des sûretés réelles pour l'OHADA », *Revue Congolaise de Droit et des Affaires*, n°6, p. 37.

La sûreté idéale est celle qui est susceptible d'avoir les quatre qualités suivantes, à savoir être :

- d'une constitution simple et peu onéreuse, pour ne pas augmenter le coût du crédit ;
- adaptée à la dette qu'elle garantit – ni trop, ni pas assez – afin d'éviter l'abus de sûreté qui gaspille le crédit du débiteur ;
- efficace, c'est-à-dire donner au créancier la certitude d'être payé à l'échéance, si le débiteur ne n'exécute pas ;
- d'une réalisation simple, afin d'éviter les lenteurs et les frais inutiles.¹

Une sûreté est parfaite dès lors qu'elle réunit ces quatre qualités. Malheureusement aucune sûreté ne réunit, en droit uniforme OHADA, ces quatre caractères. Aucune sûreté ne les a eus dans le passé². Selon les époques, certaines sûretés s'approchent de l'idéal, comme le montre leur évolution³.

En effet, le droit des sûretés obéit à une dialectique permanente plus que toute autre institution.

D'une part, une dialectique de la simplicité et de la complexité⁴. Toute sûreté est initialement une technique simple qui tend progressivement à devenir compliquée et à se diversifier jusqu'au moment où son excès de lourdeur oblige à un retour à la simplicité. Le phénomène est particulièrement saisissant à l'égard du cautionnement, mais se retrouve aussi dans les sûretés réelles⁵.

D'autre part, une dialectique de l'accroissement et de la diminution⁶. En un sens, les sûretés se multiplient pour des raisons diverses. Toute création de richesse nouvelle suscite fatalement l'apparition d'un instrument de crédit.

¹ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 8, p. 20.

² P. Crocq (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Lamy, 2012.

³ K.M. Agbénoto, « L'évolution des sûretés en droit OHADA », *Mélanges C. D. Sossa*, CREDIJ, t. 1, 2021, p. 53.

⁴ D. Légeais, *Sûretés et garanties du crédit*, op.cit., n°21 et s.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

Surtout, tous les créanciers s'efforcent aujourd'hui d'obtenir des sûretés. La sûreté est devenue un besoin contemporain profond¹. Ce qui est de nature à retirer, rang après rang, toute utilité aux sûretés elles-mêmes, du moins lorsqu'il s'agit des sûretés réelles². Trop de sûretés, pas de sûretés, car l'inflation des sûretés porte en elle-même leur disparition, de la même manière que l'inflation des diplômes ou celle de la monnaie³.

De façon générale, il existe une diversité de sûretés en droit uniforme OHADA prévues dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS). Elles sont regroupées en deux grandes catégories. On a, d'un côté, les sûretés personnelles et, de l'autre, les sûretés réelles⁴. Toute personne physique ou morale exerçant une activité et désirant d'un cocontractant la fourniture d'une sûreté pour la garantie de sa créance, doit choisir l'une des sûretés prévues dans cet Acte uniforme. Etant un acteur de la vie commerciale dans l'espace OHADA, la société coopérative simplifiée est soumise à cette exigence légale. Les sûretés qu'une telle société peut être amenée à requérir sont donc les sûretés prévues dans l'AUS de l'OHADA. Cependant toutes les sûretés mentionnées dans l'AUS ne sont pas adaptées à la dimension de la société coopérative simplifiée. Il y a celles qui conviennent à sa taille et celles qui ne le sont pas. Celles qui sont adaptées à sa taille peuvent être qualifiées de sûretés de préférence et celles qui ne le sont pas de sûretés de substitution.

Les sûretés de préférence sont celles qui évitent le gaspillage de crédit du constituant. En la matière, les sûretés personnelles ont la faveur des pronostics en ce sens qu'elles préservent le patrimoine du constituant pour les besoins de son activité. Si le constituant est dans l'impossibilité de les fournir, il peut faire recours aux sûretés réelles, lesquelles peuvent être considérées comme des

¹ K. M. Agbénoto, « L'évolution des sûretés en droit OHADA » *Mélanges Cossi Dorethé Sossa, Droit de l'investissement*, p. 53.

² Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 17, p. 24.

³ Ph. Malaurie, L. Aynès, P. Crocq, *Droit des sûretés*, op.cit., p. 3.

⁴ I.L. Miendjiem, « Régime général des sûretés » in P.G. Pougoue (Dir.), *Encyclopédie juridique OHADA*, op.cit. n°s 146 et s.; P. Crocq, « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », préc. n° 197, pp. 52-59.

sûretés par défaut. Par rapport à cette logique, seules les sûretés personnelles retiendront notre attention dans le cadre de la présente étude.

D'après l'article 4, alinéa 1 de l'AUS, « les sûretés personnelles, au sens du présent Acte uniforme, consistent en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie ». Aux termes de l'article 12 de l'AUS, les sûretés personnelles régies par l'AUS sont le cautionnement et la garantie autonome (garantie et contre-garantie autonomes). Même dans cette catégorie de sûretés, toutes les sûretés ne sont pas éligibles. Seul le cautionnement reste la sûreté adaptée à la dimension de la société coopérative simplifiée, la garantie autonome étant exclue, car considérée comme une sûreté conçue pour les grandes entités.

Deux axes d'analyse s'offrent donc à nous pour l'étude de la présente thématique : l'admission du cautionnement comme sûreté de référence (I) et l'exclusion de la garantie autonome comme sûreté inadaptée (II).

I. L'ADMISSION DU CAUTIONNEMENT

L'article 13 de l'AUS définit le cautionnement comme « *un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même. Cet engagement peut être contracté sans ordre du débiteur* ». Cette définition met en exergue la nature juridique cautionnement qui est avant tout un contrat¹. Dès lors qu'on parle du contrat, deux exigences s'imposent aux parties : sa formation (A) et ses modalités d'exécution (B).

¹ J. Issa-Sayegh, « La liberté contractuelle dans le droit des sûretés », *Revue Penant*, 2010, n°805, p.150.

A. Une facile formation du contrat de cautionnement

Le législateur de l'AUS a assoupli les règles de formation du cautionnement. Désormais le contrat de cautionnement se forme de façon consensuelle (1), l'écrit qui l'accompagne n'étant exigé que pour les besoins de preuve. Encore faut-il déterminer son étendue (2).

1. Caractère consensuel du cautionnement

Le contrat de cautionnement se forme par le seul échange de consentements. Certes, l'écrit est nécessaire pour sa formalisation¹. Mais cet écrit n'est plus une condition de validité du contrat. Il est juste un élément de preuve du contrat conclu. Cet assouplissement vient de l'article 14, al. 1 AUS qui dispose : « *Le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'obligation garantie. Il se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention, écrite de la main de la caution, en toutes lettres et en chiffres, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme exprimée en lettres.*

La démarche du législateur se justifie par le fait que le cautionnement est une sûreté personnelle dont la constitution est facile et peu onéreuse ; il est en plus adaptée à la pratique des affaires où, encore faut-il le rappeler, l'exigence de célérité est de mise.

L'acte conclu est d'abord un contrat et non un acte unilatéral car il implique un échange de consentements entre la caution et le créancier, seules parties. Mais ceci n'empêche pas que ce contrat soit formé par le biais de la stipulation pour autrui.² L'acte formé est enfin et surtout un contrat unilatéral en ce sens qu'il ne génère d'obligation qu'à l'égard d'une seule partie. Seule la caution

¹ Y. R. Kalieu Elongo, « La mention manuscrite dans le cautionnement Ohada », *Ohadata* D-03-02.

² Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 101, p. 38.

devient débitrice à l'égard du créancier de la personne bénéficiaire du cautionnement.¹ Ce qui a le mérite de protéger le patrimoine du bénéficiaire contre les poursuites du créancier.

Dans tous les cas, le contrat de cautionnement n'est valable que si deux conditions sont réunies, les conditions de fond et de forme.

Les conditions exigées reposent sur une idée simple : le cautionnement est un acte grave et la personne qui s'engage, doit être consciente de la gravité de l'acte qu'elle souscrit et de l'engagement qu'elle prend. Ce qui nécessite un consentement clair exempt de toute équivoque, de tout vice. En outre, la ou les personnes qui s'engagent doivent être capables. Pour que le cautionnement soit valable, le créancier doit accepter l'engagement de la caution par l'apposition de sa signature sur l'acte qui doit être un écrit. L'absence de signature du créancier sur l'acte de cautionnement entraîne la nullité dudit acte.² Le cautionnement est valable dès lors que la caution qui s'engage le fait sans contrainte physique, ni morale et a délibérément signé les différents actes sous seing privé et notariés à plusieurs mois d'intervalle et après son entrée dans le capital de la société pour laquelle il a donné sa caution.³ Il en va de même lorsqu'il ressort des pièces produites que la caution a elle-même signé les actes de cautionnement, l'esprit de l'article 4, alinéa 2 (devenu 14, alinéa 1) de l'AUS – édicté pour éviter les contentieux qui pourraient s'élever à l'occasion du cautionnement dans les pays où l'illettrisme et l'ignorance sont répandus – ayant été respecté, la caution, demanderesse, étant de surcroit une personne instruite. Elle doit donc être déboutée de sa demande en annulation des cautionnements consentis.⁴ Le contrat de cautionnement est valable lorsque les mentions requises ressortent des pièces du dossier, que la caution ne conteste pas sa signature et ne prouve pas que ; a mention manuscrite concernant la somme maximale garantie

¹ Ibid.

² TPI Abidjan, n° 31, 23/01/2001, CSPA c/ sté Afrocom, Ecobank et Baci, Revue Ecodroit, , n° 1 juillet-août 2001, p. 39 ; Ohadata J-02-22 ; C. A. Ouagadougou, ch. civ. et com. , n° 32, , 18/04/2003, Banque commerciale du Burkina c/Air Ivoire, Ohadata J-09-10.

³ C. Sup. Côte d'Ivoire, ch. jud. N° 243/02, 14/03//2002, Actualités juridiques, n° 37/2003, p. 12 ; Ohadata J-04-62.

⁴ TGI Bobo-Dioulasso (Burkina-Faso), n° 074, 15/03/2006 : S. J. C. c/ Banque commerciale du Burkina, Ohadata J-09-86.

n'émane pas d'elle. Il en est de même lorsque la caution invoque le fait qu'une copie du contrat ne lui aurait pas été remise pour mesurer l'ampleur de son engagement, sans justifier avoir demandé une copie qui lui aurait été refusée.¹ Le cautionnement est également valable lorsque la caution ne s'est engagé, par une stipulation expresse dans le contrat, que pour des dettes nées au cours d'une période déterminée, aucun texte ne l'interdisant.² L'arrêt précise que la caution est libérée par la survenance du terme fixé comme limite à son engagement pour la dette du débiteur principal née après l'arrivée du terme. Par conséquent, n'a pas mal interprété la loi et ne viole pas la loi, la cour d'appel qui, appréciant souverainement les faits soumis à sa censure, retient que « le cautionnement fixé pour une durée déterminée, les dettes nées avant le début de cette période ou après le terme, ne sont pas garanties par le cautionnement » et a infirmé le jugement entrepris, rejet du moyen.³

On retrouve les mêmes exigences juridiques aussi bien en droit français qu'en droit canadien.

En droit français, le consentement doit être non seulement formel et mais aussi suivie d'une manifestation non équivoque et claire de la volonté des personnes qui s'obligent. S'agissant du caractère formel du consentement, il a été jugé que le cautionnement qui suppose un accord de volontés entre le créancier et la caution, peut résulter d'une promesse formulée par une lettre d'intention⁴, du jugement arrêtant le plan de continuation d'un débiteur en redressement judiciaire⁵, ou d'un engagement pris par la caution devant le tribunal⁶.

¹ TGI Bobo-Dioulasso (Burkina-Faso), n° 106, 18/04/2007 : Bank of ùafrica c/ B. L., Ohadata J-09-98.

² CCJA 3ème ch., n° 130, 7/7/2016, : CBAO Groupe Attijariwafa Bank Sénégal SA ex-BST c/ Maurice Coulibaly, Ohadata J-17-71.

³ Voir note sous l'article 14 AUS (ancien article 4 modifié), Code pratique OHADA, 2023-2024, p. 2049, voir. IV. Cautionnement valables.

⁴ CA. Paris 12 janv. 1996, GP 1996, som. 342, note Vray

⁵ Cass. com ; 26 avril 2000, RIDA 9 oct. 2000, n° 913,

⁶ Cass. com. 11 février 2004, Bull. Joly 2004, p. 647, note Scholer : engagement de caution du gérant d'une SARL mise en redressement judiciaire qui s'est engagé en parfaite connaissance de cause devant le tribunal pour le cas où le plan de redressement ne serait pas exécuté.

Pour ce qui est du caractère non équivoque et clair de la volonté, il est admis en la matière que l'expression « pour aval » même employée en dehors d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, vaut cautionnement.¹ Il est également établi que le cautionnement existe même en l'absence de l'utilisation des expressions « caution » ou « cautionnement » dès l'instant que la volonté de se porter caution résulte sans équivoque des termes de l'engagement, par exemple du fait qu'un associé certifie couvrir intégralement l'engagement social² ou lorsqu'il est spécifié que telle personne se substituera au débiteur si celui-ci ne s'exécute pas.³

Le droit canadien va même plus loin en sanctionnant l'erreur inexcusable d'une caution qui s'est engagée sans lire le contrat. Dans ce pays, il est de jurisprudence constante que le fait pour une caution de ne pas avoir lu le contrat de cautionnement constitue une erreur inexcusable ne donnant pas ouverture à la nullité du contrat, la demanderesse prétend qu'elle n'a jamais lu le contrat en raison de la confiance en l'intégrité de la représentante de la banque qui lui avait fait valoir qu'elle ne serait plus responsable des dettes de son mari après le divorce alors qu'au moment de la signature du cautionnement par la défenderesse, le couple était séparé depuis près d'un an.⁴

En revanche, il résulte des dispositions des articles 3, 4 et 15 devenus les articles 13, 14 et 26 de l'AUS que doivent être annulés pour violation de l'article 4, les actes du cautionnement ne comportant ni la signature du bénéficiaire, ni la mention écrite de la main de la somme maximale garantie. En annulant l'acte qui n'avait pas été signé par le bénéficiaire et ne comportait pas la mention manuscrite de la somme maximale en chiffres et en lettres, la cour d'appel n'a pas violé les textes précités.⁵ Le cautionnement n'est pas valable et doit être annulé lorsqu'il ne comporte ni la signature du bénéficiaire, ni la mention écrite

¹ Cass. soc. 1^{er} juill. 1971, Bull. civ. V, p. 427 ; Cass. com. 22 février 1971, d. 1971, som. 194.

² CA Paris 10 décembre 1971, GP 1972, 1, p. 218.

³ Cass. com. 21 décembre 1987, D. 1989, p. 112, note Brill ; CA Paris, 1^{er} juill. 1986, D. 1988, som. 243, obs. Vasseur.

⁴ Cour Supérieure Québec, 5/3/2010 : Banque de Montréal c/ Calder, QCCS874 (CanLI).

⁵ CCJA, Ass. Plén., n° 077, 25/04/2014 : Sté Patrimoine des Eaux du Niger (SPEN) c/ Banque Atlantique du Niger dite Ban, Ohadata J-15-168.

de la main de la somme maximale garantie¹, lorsque l'acte de cautionnement ne comporte que la signature d'une seule partie², lorsqu'un jugement a condamné une personne en tant que caution sans preuve de cette qualité³, lorsqu'il a été signé par la caution qui ne sait ni lire, ni écrire et que la mention manuscrite a été inscrite par autre personne. Il y a lieu d'annuler le cautionnement qui en est résulté ainsi que la main levée de l'hypothèque judiciaire prise sur la base de ce cautionnement.⁴ Le contrat de cautionnement n'est pas valable et doit être annulé lorsque l'engagement contenu dans un protocole d'accord n'est pas conforme aux exigences formelles de l'article 4 (devenu 14) de l'AUS et la volonté de payer n'a pas été expressément exprimée par le demandeur qui, de surcroit, n'a pas écrit de sa main le montant. Il en résulte que le créancier n'ayant pas une cause contractuelle ne pouvait faire l'objet d'une injonction de payer et que l'ordonnance d'injonction rendue doit être annulée.⁵

Les juges ne peuvent pas déduire le consentement de la caution du fait pour un notaire de prendre ses repas avec son clerc dans un restaurant où il avait payé les repas d'un clerc antérieurement⁶, de l'aveu de « garantie morale » exprimé par une personne qui, en l'absence de tout lien contractuel, a accepté de jouer le rôle d'intermédiaire entre un entrepreneur et ses clients,⁷ de la présence à l'acte de cautionnement d'une tierce personne aux côtés des parties contractantes⁸, de la seule signature par un tiers⁹ ou par un gérant de la société es qualité¹⁰, de la promesse de faire tous les efforts pour que le débiteur remplisse ses

¹ CCJA n° 18/2003, 19/10/2003, Sté Afrocom c/ CSSPPA, Juris-Ohada, n° 4/2003, p. 10, note Brou Kouakou Mathurin – Rec. Jur. Ohada, n° 2, juil-déc. 2003, p. 30 ; Ohadata J-04-119 ; TPI Yaoundé, ord. N° 794//C, 08/07/2004, : T. H. Kamche Amche c/ Mme C. A. S. E, M., , Ohadata J-04-418 ; dans le même sens par une juridiction du Cameroun anglophone (High Court of Mezan (Bamenda, Cameroun) Suit n° HCB/055/2012 of 19 november 2012 : Ntankon cooperative Union Ltd v/ Pamela Sirri Longtcha and Fon Festus, Ohadata J-13-219.

² CA Ouagadougou (Burkina Faso), ch. civ. et com., n° 99, 05/05/2006, B.B.S. c/ BOA, Ohadata J-09-19.

³ CA Abidjan (Côte d'Ivoire), n° 550, 25/05/2005 : Novaplast Cl c/ Biao-Cl, Ohadata J-09-196.

⁴ CA Bobo-Dioulasso (Burkina Faso), n° 67, 18/08/2008 : El Hadj B. L. c/ BOA, Ohadata J-10-123.

⁵ TPI Daloa (Cote d'Ivoire), n° 53, 28/05/2006 : I.K. c/ K. A., Ohadata J-08-40.

⁶ Cass. civ. 10 mai 1909, DP 1911, I, 493.

⁷ Cass. soc. 18 février 1970, Bull. civ. V, p. 97.

⁸ Cass. civ. 24 avril 1968, D. 1968, p. 358, note Voulet.

⁹ Cass. com. 23 octobre,1990, Bull. civ. IV, p. 180.

¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 21 janv. 1976, Bull. civ., I, p. 20.

engagements¹, de la signature sur le bail à l'emplacement réservé à la caution en l'absence de la mention manuscrite « bon pour caution solidaire pour le paiement des loyers et charges » exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance et l'étendue de l'obligation contractée.²

2. Étendue du cautionnement

Le cautionnement est avant tout un contrat qui repose sur l'engagement de la caution envers un créancier³. Il permet à ce dernier d'acquérir contre la caution un droit de créance qui vient s'ajouter à celui dont il dispose contre le débiteur principal. Quelle est l'étendue de l'engagement de la caution envers le créancier du débiteur principal ?

La réponse à la question est donnée par l'article 18, alinéa 1 de l'AUS qui dispose : « *Sauf stipulation contraire, le cautionnement d'une obligation s'étend, outre le principal, et dans la limite de la somme maximale garantie, aux accessoires de la dette et aux frais de recouvrement de la créance, y compris ceux postérieurs à la dénonciation qui est faite par la caution.* »

Ce texte est différent de l'ancien article 8 de l'AUS aux termes duquel « *Le cautionnement d'une obligation peut s'étendre, outre le principal, et dans la limite de la somme maximale garantie, aux accessoires de la dette et aux frais de recouvrement de la créance, y compris ceux postérieurs à la dénonciation qui est faite à la caution à condition que cet engagement résulte d'une mention manuscrite de la caution conformément aux dispositions de l'article 4 ci-dessus.*

Comme on peut le constater, l'ancien 8 AUS a subi une légère modification dont la portée change l'étendue du cautionnement. Ce texte qui est devenu l'article 18 AUS dans sa nouvelle rédaction, commence par l'expression « *Sauf clause contraire* ». En ajoutant cette expression aux dispositions de l'ancien article 8

¹ CA Paris, 10 mars 1989, D. 1989, IR, p. 143.

² CA Paris, 6^e Ch. A, 15 avril 1996, Loyers 1996, n° 297.

³ Ph. MALAURIE, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 120, p. 45.

AUS, le législateur a laissé l'étendue à la libre appréciation des parties au contrat de cautionnement. Il soumet désormais l'étendue du cautionnement à la liberté contractuelle. En leurs accordant le droit d'introduire une clause contractuelle dans le contrat de cautionnement, il reconnaît aux parties le droit de négocier son étendue. Ce qui signifie qu'en l'absence de clause contraire, le cautionnement garde l'étendue prévue par la loi.

« *Sauf clause contraire* », la caution d'une obligation est donc tenue de trois choses : la dette principale du débiteur, de ses accessoires ainsi que des frais de recouvrement de la dette. On peut rapprocher cette disposition de l'article 2290 du Code civil français aux termes duquel « *le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses* ».

Partant de ce constat, une déduction logique s'impose. L'engagement de la caution présente deux traits caractéristiques. D'une part, il est accessoire de la dette du débiteur principal ; son objet est la dette d'un autre. D'autre part, il est transitoire : la caution n'est pas le débiteur définitif de la dette qu'elle s'engage à payer. Le cautionnement a un caractère accessoire¹. Ce caractère implique deux conséquences :

La première conséquence est liée à l'engagement de la caution, lequel ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur principal. La seconde est que la caution ne peut contracter, sauf clause contraire, sous des conditions plus onéreuses sous peine de réduction.

L'expression « *sauf clause contraire* » montre que les parties peuvent décider autrement et aller au-delà des limites classiques du cautionnement en permettant à ce que le cautionnement soit contracté dans des conditions plus onéreuses si la caution y consent. Les parties peuvent donc aménager le contenu du cautionnement à leur guise. Sur ce point, l'article 18, alinéa 3 de l'AUS apporte une précision supplémentaire : « *Le cautionnement peut également être contracté pour une partie seulement de la dette et sous des conditions moins onéreuses.* » Cette précision du législateur laisse sous-entendre que dès lors

¹ Ibid. n°s 120 et suiv., p. 45 et suiv.

qu'il concerne la dette entière, le cautionnement peut être contacté sous des conditions plus onéreuses. Il revient donc aux parties au contrat de cautionnement de déterminer librement à leur convenance l'étendue de l'engagement de la caution.

Une chose reste cependant certaine. La caution est tenue du principal de la dette cautionnée ainsi que de ses accessoires au sens large du terme. Une fois engagée, elle ne peut invoquer aucun motif valable pour se soustraire de l'exécution de l'obligation souscrite. En ce sens, il a été jugé que la caution qui a failli aux engagements auxquels elle était tenue par une convention d'ouverture de crédit, ne peut se prévaloir de sa propre défaillance. C'est donc à tort qu'elle a reproché à une cour d'appel la violation de l'article 18, al. 2 de l'AUS, dès lors qu'elle n'a pas spécifié la faute de la Banque ayant pu rendre impossible son droit de subrogation, l'application du texte visé ne pouvant se faire qu'à son profit.¹

De toute évidence, l'engagement de la caution pour une partie de la dette peut être formulée de différentes façons. Il peut être limité à une somme chiffrée d'une dette déterminée² ou à une valeur déterminable³. Quid alors des accessoires de la dette cautionnée ?

Comme on a coutume de le dire en droit commercial, l'accessoire suit le principal⁴. En la matière, nul besoin que la caution mentionne de sa main leur prise en compte dans le cautionnement. Le cautionnement des accessoires de la dette est automatique. La caution est obligée aux accessoires de la dette, même si elle ne les a pas promis par une mention manuscrite, celle-ci n'étant pas requise. Il en est ainsi si elle s'est engagée à garantir une somme chiffrée dès lors que l'acte de cautionnement contient aussi l'indication qu'elle garantit le paiement de toutes les sommes que le débiteur peut ou pourra devoir au créancier en principal, intérêts, commissions, frais et accessoires et qu'il n'existe

¹ CCJA, 1^{ère} Ch., n° 274/2019, 26 nov. 2019 : SCI La Balance immobilière c/ Société Bank of Africa Côte d'Ivoire.

² Cass. com. 5 nov. 1968, D. 1969, p. 314.

³ Cass. com. 13 févr. 1957, Bull. civ. III, p. 44 : limitation à un maximum chiffré et au montant total des intérêts des cautions dans la société sous forme de parts sociales et de comptes courants créditeurs sur la société.

⁴ D. LEGEAIS, Droit commercial et des affaires, 30^{ème} éd. 2024, Lefebvre Dalloz, n° 54, p. 34.

aucune contradiction entre les termes de l'acte et la mention manuscrite.¹ A été considérée comme accessoire de l'obligation principale, la clause pénale sanctionnant le manquement à cette obligation.² Il en va de même si la caution a souscrit un cautionnement dit « *omnibus* » garantissant la totalité des sommes dues ou qui pourraient être dues par le débiteur.³

De façon concrète, on entend par accessoires, les intérêts, les frais de justice, les dommages et intérêts et les autres débours.⁴ Il a été jugé que la caution doit les intérêts pour le même temps que ceux-ci sont dus par le débiteur, indépendamment du moment où le créancier les lui réclame.⁵ Le taux conventionnel ne peut être appliqué lorsque la caution n'en a pas eu connaissance au moment de son engagement⁶, sauf si le cautionnement porte sur des dettes futures.⁷ La caution doit les intérêts au taux légal à compter du jour où elle a été mise en demeure, même si le montant exact de la dette en capital n'a été fixé qu'ultérieurement.⁸

La même logique prévaut pour les frais de justice. En la matière, la caution est tenue des frais de mise en demeure que doit adresser au débiteur tout créancier qui n'est pas payé à l'échéance et des frais de dénonciation à la caution de l'insuccès de cette mise en demeure.⁹ Il en va de même pour les dommages et intérêts. Le cautionnement donné à un contractant pour garantir en termes généraux l'exécution du contrat couvre en principe les dommages et intérêts dus en raison de l'inexécution.¹⁰ Cet engagement oblige aussi la caution à payer, le cas échéant, le montant de la clause pénale¹¹ ainsi que celui de l'indemnité conventionnelle de la résiliation du contrat garanti.¹² Cependant aucune autre

¹ Cass. com. 4 févr. 2003, n°227, RJDA 7/03 n° 777.

² Cass. com. 3 avril 2002, Bull. civ. IV, n° 64.

³ Cass. com. 17 juill. 2001, RJDA 1/02, n° 98.

⁴ Voir Code pratique OHADA, 2023-2023, éd. Francis Lefebvre, p. 2058.

⁵ Cass. com. 4 févr. 1992, RJDA 3/92, n° 276.

⁶ Cass. civ. 10 avril 1996, RJDA 7/96, n° 955.

⁷ Cass. 1^{ère} civ. 9 mars 2003, n° 409, RJDA 8-9/04, n° 1042.

⁸ Cass. com. 17 mars 1992, RJDA 6/92, n° 626.

⁹ Cass. com. 3 avril 2002, Bull. civ. IV, n° 65.

¹⁰ Cass. req. 20 mars 1922, DP 1923, I, 21.

¹¹ Cass. com. 3 avril 2002, Bull. civ. n° 64.

¹² Cass. com. 3 avril 2001, RJDA 8-9/01, n° 910 ; contra Cass. civ. 10 juill. 2001, RJDA 1/02, n° 96.

indication du contrat ne doit être en sens contraire : une indemnisation de résiliation en cas de non-paiement des loyers prévue dans un contrat de location de matériel n'est pas garantie par le cautionnement relatif aux « obligations de caractère locatif *stricto sensu* »¹, ni par celui portant sur les sommes dues « en exécution du présent bail ».² L'obligation de la caution a même été étendue à diverses prestations dues par le contractant dont l'engagement était garanti, par exemple, aux frais de transport et d'assurance.³

Mais lorsque la caution s'est seulement obligée pour une somme d'argent déterminée, en principal, son engagement ne s'étend pas aux intérêts et accessoires.⁴

Encore faut-il cerner les modalités de son exécution.

B. Modalités du cautionnement

Le cautionnement peut revêtir plusieurs formes. Il y a en tout quatre modalités de cautionnement prévues par l'AUS : le cautionnement solidaire, le cautionnement simple (1), le cautionnement réel (2) et la certification du cautionnement (3).

1. Cautionnement solidaire et cautionnement simple

Aux termes de l'article 20, alinéa 1 de l'AUS, « *le cautionnement est réputé solidaire.* » D'après l'alinéa 2 du même texte, « *Il est simple lorsqu'il est ainsi décidé, expressément, par la loi de chaque Etat partie ou la convention des parties.* ».

¹ Cass ; civ. 21 juill. 1970, D. 1970, , p. 671.

² CA Versailles, 5 janv. 1989, BRDA 19/89, p. 14.

³ Cass. req. 26 janv. 1926, S. 1926, I, p. 353.

⁴ Cass. 1^{ère} civ. 09 déc. 1986, Bull. civil I, n°287.

Il existe donc deux types de cautionnement : un qui est solidaire et qui est celui qui s'impose en l'absence d'un texte légal ou d'une volonté contraire en la matière, et un autre qui est simple dès lors qu'une loi d'un Etat partie le dit expressément ou lorsque les parties au contrat de cautionnement s'expriment clairement dans ce sens. L'intérêt principal de la distinction entre cautionnement simple et solidaire réside dans les modalités de la poursuite de la caution par le créancier bénéficiaire d'un cautionnement. Encore faut-il cerner les contours des deux notions.

a. Le cautionnement solidaire comme règle de base

Le cautionnement solidaire est celui dans lequel la caution peut être appelée à payer à la place du débiteur principal dès que ce dernier est défaillant.¹

En cas de pluralité de cautions solidaires, ces dernières garantissent collectivement le remboursement de la dette principale. Lors de la mise en jeu des cautions solidaires, chacune d'entre elles est dégagée pour la totalité du montant de la dette garantie.

Bien que la question des types de cautionnement solidaire ne soit pas abordée de façon expresse et précise dans l'AUS, il convient de relever qu'on peut concevoir trois sortes de cautionnement solidaire qui permettent au créancier de bénéficier tant de la garantie de la dette principale que de la solidarité des répondants. Il s'agit du cautionnement solidaire entre le débiteur principal et la/les cautions (elles-mêmes solidaires entre elles), du cautionnement solidaire entre les seules cautions et enfin du cautionnement solidaire entre, d'une part, le débiteur et, d'autre part, chacune des cautions (mais non entre les cautions). Le cautionnement solidaire entre la ou les cautions et le débiteur principal est la formule de cautionnement solidaire la plus répandue, surtout en matière commerciale où la solidarité est de principe. C'est la convention la plus répandue. Elle ajoute au cautionnement la solidarité en ce sens que plusieurs personnes sont tenues à la même chose, de la même manière, en première ligne

¹ MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., n° 146 et suiv., p. 71 et suiv.

et, le cas échéant, avec un plafond¹, par des liens différents². La règle de la solidarité offre au créancier une garantie de remboursement plus solide en ce sens qu'à son égard, cautions(s) et débiteur principal, qui sont assimilés à des codébiteurs solidaires, ne peuvent invoquer ni le bénéfice de discussion ni le bénéfice de division.³

Le cautionnement solidaire entre les seules cautions est une convention rare en pratique. Il a pour seul effet d'exclure le bénéfice de division, mais non le bénéfice de discussion.⁴ La dette de chacun des cofidéjusseurs est autonome en ce sens que l'une n'est pas l'accessoire de l'autre. Seules les exceptions touchant à la dette commune, notamment le paiement, l'extinction par satisfaction indirecte du créancier, la remise de dette, bénéficient à tous les cofidéjusseurs solidaires⁵. Les exceptions tenant à leur lien propre avec le créancier, notamment le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, ne peuvent être invoquées par les autres sous réserve toutefois de l'application du principe de la représentation mutuelle.⁶

Le cautionnement solidaire entre, d'une part, le débiteur et, d'autre part, chacune des cautions peut se rencontrer dans deux situations.

La première situation peut se manifester de la façon suivante. Plusieurs cautions peuvent s'engager, souvent, mais pas nécessairement, par des actes séparés, à garantir solidairement avec le débiteur une dette différente ou une fraction différente de la même dette, ces différentes garanties devant s'ajouter.⁷ Tout se passe comme si chacun des cautionnements était distinct l'un de l'autre.

¹ Tel est le cas lorsque deux époux se sont obligés solidairement par un même acte pour un montant limité. Ils ne sont alors débiteurs solidaires que de cette somme, ce qui implique que le créancier payé dans cette limite par une des cautions ne puisse pas ensuite obtenir la condamnation de l'autre caution au paiement de ladite somme : Cass. com. 11 févr. 2014, n° 12-16632 et 12-26356, Gaz. Pal. 19 mars 2014, p. 20, obs. Ch. Albiges et M.-P. Dumont-Léfrand ; Defrénois 2015, 119w9, p. 491, obs. S. Cabrillac ; JCP G, 2014, chron. 635, note 3, obs. Ph. Simler.

² MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., n° 146, p. 71.

³ Ibid., n°s 142 et suiv., p. 69 et suiv.

⁴ Ibid., n° 146, p. 71.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ Ibid.

La conséquence immédiate est qu'aucune solidarité n'existe entre les cautions, lesquelles ne peuvent être tenues de la dette ou de la fraction de celle-ci garantie par l'autre. Elles ne bénéficient pas non plus de la décharge consentie par le créancier à l'une d'elles.¹

La seconde situation met en évidence plusieurs cautions qui s'engagent généralement de manière successives² à garantir solidairement avec le débiteur la même dette ou la même fraction de la dette. Dans ce cas, les cautionnements ne comportent pas de bénéfice de discussion. Mais contrairement à ce qu'a décidé la Cour de cassation³ française, ils doivent comporter le bénéfice de division entre les cautions solvables.

La question de savoir si les cautionnements sont distincts ou couvrent la même dette ou la même fraction de la dette, et si les cautions sont ou non solidaires entre elles relève, sauf dénaturation, du pouvoir souverain des juges du fond.⁴ Très souvent, l'engagement par actes séparés, joint aux termes employés, est un indice. Mais il est rare, en pratique, que le créancier ne prenne pas soin

¹ Cass. com. 22 févr. 1977, Bull. civ. IV, n° 59 ; 2 févr. 1981, Bull. civ. IV, n° 55 ; Cass. 1^{ère} civ. 18 juill. 1984, Bull. I, n° 238 : par deux actes séparés, deux époux se portent caution à hauteur de 1.000.000 F d'une société ; cassation pour dénaturation des termes clairs et précis des actes de cautionnements de l'arrêt qui les condamne solidairement au paiement de 2.000.000 F. Cass. 1^{ère} civ. 13 juin 1992, Bull. civ. I, n° 192 ; Defrénois 1992, art. 35408, n° 152, note L. Aynès : en ce cas, la libération de l'une des cautions n'a pas d'effet sur les autres.

² Mais pas nécessairement, exemple : Versailles, 14^e Ch. 16 oct. 1992, Wail c/ BNP : engagements séparés souscrits le même jour par de gérants et cogérants de la société cautionnée.

³ Cass. 1^{ère} civ. 27 juin 1984, Bull. civ. I, n° 213 ; JCP G 1986, II, 20689, note Dumortier : « Lorsque plusieurs personnes se sont rendues cautions solidaires d'un même débiteur pour une même dette, elles ne peuvent, sauf convention contraire, opposer au créancier qui les poursuit solidairement en paiement, le bénéfice de division. » En l'espèce, deux cautions s'engagent solidairement avec le débiteur dans le même acte, à hauteur d'une somme totale de 120.000 F ; cassation de l'arrêt qui les condamne au paiement de 60.000 F chacune. La solution est sans doute justifiée, en fait, par une interprétation de l'acte. Mais l'arrêt est contestable, en ce qu'il énonce un principe juridique, pour deux raisons : 1. La solidarité avec le débiteur n'engage pas plus à payer le tout que le cautionnement illimité lui-même ; et pourtant, en ce cas, la loi donne le bénéfice de division lorsqu'il y a plusieurs cautions. L'argument tiré de l'engagement au tout fondé sur la solidarité (Dumortier, note précitée) est sans valeur ; 2. L'arrêt aboutit à poser une présomption de renonciation au bénéfice de division « *sauf convention contraire* », ce qui est directement contraire à l'article 2026 du Code civil ; la renonciation ne se présume pas.

⁴ MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., n° 146, p. 72.

d'imposer expressément une solidarité entre cautions.¹ Ce qui n'est pas le cas pour le cautionnement simple.

b. Le cautionnement simple, une exception légale ou conventionnelle

En principe, le cautionnement est simple. C'est lui que réglemente le Code civil dans les articles 2298 à 2314. Le cautionnement solidaire est, en droit, exceptionnel car il suppose une convention spéciale. En fait, le cautionnement est très souvent solidaire.² Mais contrairement au cautionnement solidaire, le cautionnement simple est plus rare en pratique. C'est ce qui explique sans doute le réalisme du législateur de l'AUS à en faire l'exception. Le cautionnement simple n'est pas « simple » parce qu'il présente certains inconvénients pour le créancier. La caution dispose de deux moyens de défense qui lui permettent de retarder le paiement de sa dette ou d'alléger son obligation : il s'agit du bénéfice de discussion et du bénéfice de division.

Bénéfice de discussion. Le bénéfice de discussion est une conséquence directe du caractère subsidiaire de l'engagement de la caution en ce sens que celle-ci ne peut payer qu'une fois établie la défaillance du débiteur principal.³ En d'autres termes, le bénéfice de discussion est la faculté permettant à la caution de contraindre le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal, à saisir et à vendre les biens de ce dernier.⁴ Il a été jugé que l'engagement de la caution revêt un caractère subsidiaire car celle-ci ne peut être poursuivie qu'en cas de défaillance avérée du débiteur principal.⁵ Ce n'est qu'une fois établie l'insolvabilité définitive du débiteur principal que le créancier poursuivant pourra

¹ Ibid.

² MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., p. 69.

³ Ibid. n° 142.

⁴ Ibid.

⁵ CA Ouagadougou, ch. civ. et com., n° 32, 18/04/2003, Banque commerciale du Burkina c/ Air Ivoire, Ohadata J-09-10 ; TRHC Dakar, n° 2377, 24/12/2003, PPE c/ D. N. et Me I. N., Ohadata J-04-279.

poursuivre la caution. Le bénéfice de discussion est un moyen de défense que seule la caution simple peut invoquer à son profit, sauf renonciation expresse et libre de sa part conformément aux dispositions de l'article 27, al. 1^{er} de l'AUS.

Le bénéfice est opposé par la caution sous forme d'une exception, en réponse aux premières poursuites du créancier conformément aux dispositions de l'article 2299 du Code civil.¹ Celles-ci sont suspendues jusqu'à la fin de la procédure de vente forcée des biens du débiteur ; elles reprendront dans la mesure où le créancier n'aura pas été satisfait. Afin d'éviter que l'exception ne soit opposée à la légère, l'article 2300 du Code civil oblige la caution à indiquer les biens saisissables du débiteur dans le ressort de la cour d'appel, et à avancer les frais de la saisie.²

Bénéfice de division. Le bénéfice de division existe rarement en pratique, le créancier exigeant en général un cautionnement solidaire. Il n'est concevable qu'en présence d'une pluralité de cautions pour une même dette et un même débiteur. Aux termes de l'article 28, al. 1^{er} de l'AUS, « s'il existe plusieurs cautions pour un même débiteur et une même dette, sauf stipulation de solidarité entre elles ou renonciation par elles à ce bénéfice, chacune d'elles peut, sur premières poursuites du créancier, demander la division de la dette entre les cautions solvables au jour où l'exception est invoquée ».

Ce bénéfice permet à la caution d'obliger le créancier à ne la poursuivre que pour sa part dans la dette. Cela dit, la division n'a lieu qu'entre les cautions solvables au moment des poursuites, le risque d'insolvabilité étant alors supporté par les cautions durant la période précédant les poursuites³. Mais une fois que le créancier aura choisi de diviser son recours, la caution ne sera pas tenue de répondre d'après les termes de l'article 28, alinéa 2 de l'AUS, « des insolvabilités des autres cautions survenues après la division ».

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 juill. 1999, Bull. civ. I, n° 236.

² Cass. civ. 2^{ème}, 23 oct. 2008, Bull. civ. II, n° 224.

³ MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., p. 70.

En outre, conformément aux dispositions de l'article 28, alinéa 3 de l'AUS, « le créancier qui divise volontairement son action ne peut revenir sur cette division et supporte l'insolvabilité des cautions poursuivies sans pouvoir la reporter sur les autres cautions ».

Qu'en est-il du cautionnement réel ? l'étude de la notion permettra de cerner ses contours.

2. Le cautionnement réel

Par cautionnement réel, il faut entendre une sûreté personnelle de nature mixte. Aux termes de l'article 22, alinéa 1 de l'AUS, « *la caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens* ». L'alinéa 2 du même texte dispose qu'« *elle peut également limiter son engagement à la valeur de réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une telle sûreté* ».

Cet article ne consacre pas seulement dans son alinéa 2, le mécanisme du cautionnement réel, *stricto sensu*. Il régit aussi, dans son alinéa 1^{er}, ce que le Doyen Simler qualifie de « figures voisines » possibles. En effet, dans son ouvrage de référence, cet auteur écrit : « il se peut, en effet, qu'une même personne se porte caution d'un débiteur, en souscrivant l'engagement personnel de payer la dette de celle-ci, et constitue en outre une sûreté réelle sur l'un de ses biens en garantie de cette même dette. On est alors en présence d'une simple addition d'une sûreté personnelle et d'une sûreté réelle, cette dernière seule étant constitutive, selon la terminologie ancienne d'un cautionnement réel »¹. Le tiers garant est alors tenu à la fois personnellement et réellement, chacune des deux sûretés fournies produisant ses effets propres.

¹ Ph. SIMLER, Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnитaires, Litec, 4^{ème} éd., 2008 ; MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., p. 76.

Le cautionnement réel apparaît ainsi comme une sûreté réelle pour autrui¹, qui résulte de la contraction, dans un même acte, d'une sûreté personnelle, en ce sens qu'une personne intervient pour garantir la dette d'autrui, et d'une sûreté réelle, en ce que la garantie fournie au créancier porte sur un bien réel.

L'avantage du cautionnement réel pour la caution est qu'il lui permet, en principe d'éviter d'engager tout son patrimoine. La portée de son engagement sera bien circonscrite au seul bien réel affecté en garantie. Le cautionnement réel est également assez attractif pour le créancier puisque cela lui permet de bénéficier des avantages attachés aux sûretés réelles.

La nature juridique d'une telle sûreté a fait l'objet d'un débat en doctrine. Il s'agissait de savoir si, affectant l'un de ses biens au paiement de la dette principale d'autrui, le constituant n'entendait pas aussi se porter caution personnelle à hauteur de la valeur du bien affecté. L'ambiguïté de l'expression « cautionnement réel » pouvait traduire cette hésitation.² La première Chambre civile de la Cour de cassation française avait dans un arrêt en date du 15 mai 2002³, consacré une conception « mixte » pour appliquer à cette sûreté certaines règles du cautionnement. La question est aujourd'hui tranchée, d'une part par un arrêt rendu en chambre mixte le 2 décembre 2005, et d'autre part par le nouvel article 2334 du Code civil : « le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie »⁴. Le cautionnement réel n'est pas un cautionnement.⁵

¹ MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., n° 150, p. 77.

²Ibid.

³ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, Bull. civ. I, n° 127 et 129.

⁴ Cass. Ch. mixte, 2 déc. 2005, Bull. civ. mixte n° 7 ; D. 2006, p. 729, avis J. Sainte-Rose ; note L. Aynès, JCP 2005, II, 10183, note Ph. Simler ; LPA 2006, n° 16, p. 7, note D. Houtcief : « une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas, la cour d'appel a exactement retenu que l'article 1415 du Code civil n'était pas applicable au nantissement donné par M. B. »

⁵ En conséquence, « le cautionnement réel », à la différence du cautionnement personnel, présente la particularité d'être nécessairement proportionné aux facultés contributives de celui qui le consent : Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 2008, n° 07-11692, Bull. civ. I, n° 125 ; RDC 2008, n° 4, p. 1285, obs. A. Aynès ; Dr et patr. oct. 2008, p. 95, obs. L. Aynès et Ph. Dupichot ; RTD civ. 2008, p. 700, obs. P. Crocq ; JCP G. 2008, I, 211, n° 16 ; obs. Ph. Délébècque ; Banque et droit, n° 120, juill-août 2008, p. 41 et suiv., obs. F. Jakob ; D. 2008, p. 2036 et suiv., note S. Piedelièvre ; Cass. com. 24 mars 2009, n° 08-13034, D. 2009, 943 et suiv., obs. V. Avena-Robardet ; RLDC mai 2009, p. 33, obs. G. Marraud des Grottes ; JCPG 2009, I, 150, n° 6, obs. Ph. Simler : « cette sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel

3. La certification de caution

Il peut arriver que la garantie fournie par la caution ne soit pas de nature à rassurer totalement le créancier. Il pourra alors exiger qu'il lui soit fourni une autre caution qui s'engagera à garantir la solvabilité de la caution initiale. Cette seconde caution est qualifiée de certificateur de caution.¹

Aux termes de l'article 21, alinéa 1^{er} de l'AUS, « *la caution peut, elle-même, se faire cautionner par un certificateur désigné comme tel dans le contrat* ». La certification de caution constitue donc **un cautionnement du second degré** qu'il ne faut pas confondre avec le sous-cautionnement qui donne au créancier deux cautions dont la seconde répond de la première : au premier rang, la caution de son débiteur principal (dite caution certifiée) et, au second rang, le certificateur (ou caution) de la caution certifiée. L'obligation que garantit le certificateur n'est pas l'obligation principale, mais celle de la caution. Le principe et l'étendue de l'obligation du certificateur s'apprécient par référence à l'obligation de la caution.²

Ainsi, le certificateur sera poursuivi par le créancier en cas de défaillance de la caution certifiée qui est elle-même poursuivie en cas de défaillance du débiteur principal. Le mécanisme de la certification de caution exclut tout lien entre le certificateur et le débiteur principal, puisque l'obligation que garantit le certificateur de caution n'est pas l'obligation principale, mais celle de la caution³.

à satisfaire l'obligation d'autrui n'est pas un cautionnement et (...) limitée au bien hypothéqué, elle est nécessairement proportionnée aux facultés contributives de son souscripteur ». Il en va, cependant, différemment lorsque le garant a consenti, à la fois, un cautionnement réel et un cautionnement personnel et que les deux sont liés dans l'acte constitutif. Dans ce cas, la garantie accordée peut éventuellement être jugée disproportionnée, ce qui a alors pour conséquence l'inefficacité du cautionnement personnel et du cautionnement réel : Cass. civ. 1^{ère}, 6 sept. 2017, n° 16-18702, Dr. et proc., p. 236, obs. O. Salati.

¹ MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., n° 151, p. 80.

² Ibid.

³ Ibid.

Par ailleurs, la formule de la certification de caution paraît moins attractive que le cautionnement solidaire car selon l'article 21, alinéa 2 AUS, « *sauf stipulation contraire, le ou les certificateurs sont cautions simples de la caution certifiée* ».

Somme toute, le cautionnement, de par ses diverses formes offre un atout indéniable à la société coopérative simplifiée. Ce qui n'est pas le cas de la garantie autonome qu'il convient à présent d'apprécier le contenu.

II. L'EVICTION DE LA GARANTIE AUTONOME

La garantie autonome est une sûreté inadaptée à la société coopérative simplifiée de par son champ d'application (A) et sa nature juridique (B).

A. Un domaine d'application inadapté

La garantie autonome n'est pas une création de la loi, mais une pratique bancaire (1) réservée aux entreprises de grande taille (2).

1. Une pratique bancaire

La garantie autonome n'est pas une invention du législateur OHADA, mais plutôt une création de la pratique bancaire étrangère¹. Elle existait déjà dans l'ancien Acte uniforme sous l'appellation de « *lettre de garantie et de contre-garantie* »

¹ Allemagne, Suisse, pays anglo-saxons ... , en anglais : bond ; ex. performance bond : garantie de bonne fin ; bid bond : garantie de soumission (appel d'offres) ... ; voir en ce sens Malaunie, Aynès et Crocq, op. cit., n° 330, p. 204.

dans l'ancien article 28 de l'AUS dont le contenu n'a pratiquement pas été modifié.¹ L'innovation se situe à trois niveaux :

- la première concerne l'affirmation du caractère autonome de cette garantie qui s'affiche dans l'intitulé ;
- la deuxième concerne l'abandon de l'expression « lettre de garantie » et « lettre de contre-garantie » au profit de celles de « garantie et de contre-garantie autonomes » ; l'abandon du mot « lettre » n'est pas neutre et a probablement pour but d'attirer l'attention et d'insister sur le caractère contractuel bilatéral, voire trilatéral de cette garantie ;
- la troisième a fait disparaître l'expression « à première demande » qui était plus emblématique qu'impérieuse, la demande de paiement faite par le bénéficiaire au garant ou contre-garant pouvant se répéter sans perdre son effet comminatoire.²

De façon concrète, l'AUS parle de garantie autonome et de contre-garantie autonome³. La garantie autonome est définie par l'article 39, alinéa 1 AUS comme « *l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instructions de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au bénéficiaire, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon des modalités convenues* ». L'alinéa 2 du même texte définit la contre-garantie autonome comme « *l'engagement par lequel le contre-garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instructions de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au garant, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon des modalités convenues* ».

¹ B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS et S. THOUVENOT, Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA, Litec LexisNexis 2004, n°s 1046 et suiv., p. 222 et suiv..

² Voir J. ISSA-SAYEGH, commentaire sous le chapitre 2 de l'AUS révisé intitulé « Garantie et contre-garantie autonome », OHADA Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2012, 4^{ème} édition, p. 878.

³ A. PRÜM, « La consécration légale des garanties autonomes », études offertes au Doyen Ph. SIMLER, Dalloz-Litec, 2007, p. 409.

D'après ce texte, la garantie autonome est tout simplement une convention passée entre le donneur d'ordre (déjà débiteur ou débiteur éventuel) et le garant (un profane ou un professionnel, un établissement financier, en général) par laquelle le garant s'engage à payer une somme déterminée au bénéficiaire (une personne déjà créancière ou créancière éventuelle) sur première demande de celle-ci. Il n'est pas nécessaire que le bénéficiaire soit partie à la convention. Le garant peut désirer lui-même être garant contre la défaillance du donneur d'ordre le moment venu du paiement. Aussi, peut-il demander au donneur d'ordre une contre-garantie qui se présente comme une convention par laquelle le donneur d'ordre et le contre-garant conviennent que ce dernier s'engage à payer une somme déterminée au garant sur simple demande de celui-ci.¹

Cette façon de fonctionner de la garantie autonome nous montre clairement qu'il s'agit d'une pratique réservée aux grandes entreprises.

2. Une pratique réservée aux grandes entreprises

La garantie autonome est une pratique fréquemment utilisée dans les contrats d'entreprise internationaux lorsqu'une garantie de bonne fin est demandée à un contractant étranger.² Encore faut-il cerner la technique de fonctionnement du processus. Dans de telles situations, le maître de l'ouvrage exigera généralement que l'entreprise devant exécuter les travaux fournisse une garantie de bonne fin donnée par une banque locale. Cette banque exigera à son tour qu'une contre-garantie soit donnée par une banque du pays d'origine de l'entreprise de travaux afin qu'elle soit elle-même garantie en cas d'appel de la garantie principale.³ En pratique, le contractant étranger demandera à sa propre banque d'agir en tant que contre-garant. Cette dernière s'occupera ensuite de l'obtention de la garantie principale auprès d'une banque locale. La garantie autonome peut aussi servir

¹ Voir J. ISSA-SAYEGH, commentaire sous l'article 39 AUS, OHADA Traité et Actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2016, édition 2015, p. 900.

² B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS et S. THOUVENOT, op. cit., n° 1047, p. 222,

³ Ibid., p. 223.

de garantie de découvert, de paiement de droits de douane, ou de garantie de soumissionnaires qu'ils fournissent une telle garantie afin d'attester de la qualité sérieuse de leur offre.¹

Illustrons cette pratique par une image. Une entreprise togolaise envisage de réaliser un marché à l'exportation, par exemple, la construction d'une usine. A la demande du maître de l'ouvrage, souvent un Etat étranger, elle doit fournir, afin d'obtenir le marché, une triple garantie : garantie de soumission, de restitution d'acompte et de bonne fin². Ces garanties sont données par la banque de l'entrepreneur sous la forme de « lettres de garantie ». Elles peuvent aussi être données par une banque du maître de l'ouvrage, contre-garantie par une banque de l'entreprise maître d'œuvre.³ Comme il s'agit de marchés très importants, faisant intervenir de nombreux fournisseurs et sous-traitants, que ces différentes relations sont soumises à des lois, à des tribunaux ou à des arbitres divers, et que les sommes en jeu sont considérables, le maître de l'ouvrage ne veut pas avoir à établir d'abord sa créance contre le maître d'œuvre avant de poursuivre le garant. Il veut éviter tout procès, toute discussion préalable : les banques garantes s'engagent donc à payer « à première demande » du bénéficiaire et les contre-garantes « à première demande » des garantes qui n'ont qu'à indiquer qu'elles ont payé le bénéficiaire, sans pouvoir lui opposer la moindre exception⁴. Les banquiers n'y voient généralement aucun inconvénient : leur engagement est rémunéré par le donneur d'ordre, sur lequel ils répercuteront, par un simple jeu d'écriture, le paiement qu'ils auront effectué. La garantie donnée remplace un dépôt de garantie⁵. Comme le disent souvent les Américains, elle est l'équivalent d'un billet de banque – ce qui n'est qu'une image – remis au créancier : celui-ci s'en saisit d'abord, on discute ensuite⁶.

¹ Ibid.

² MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., n° 330, p. 204.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

⁵ M. VASSEUR, *passim* ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RENAULT, *Droit bancaire*, 4^è éd., n° 661.

⁶ MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., n° 330, p. 204.

La garantie autonome est un engagement abstrait qui n'est pas sans précédents dans le commerce international. Il évoque une institution voisine éprouvée appelée crédit documentaire.¹

Somme toute, les mécanismes de mise en route de la garantie autonome sont lourds et complexes. Ils nécessitent des gros moyens pour le constituant, lesquels sont largement au-dessus de la capacité financière de la société coopérative simplifiée créée à l'image de la société à responsabilité limitée (SARL). C'est pourquoi elle ne peut pas être éligible pour les besoins de sa cause commerciale.

Une autre raison milite en faveur de l'exclusion de la garantie autonome des sûretés adaptées à la société coopérative simplifiée. Il convient de la découvrir.

B. Une nature juridique singulière

La garantie autonome est avant un contrat. Mais ce n'est pas un contrat comme les autres. C'est un contrat innommé, un contrat *sui generis* (1) avec un objet autonome (2).

1. Un contrat *sui generis*

La garantie autonome n'est pas une sûreté adaptée à la société coopérative simplifiée pour deux raisons :

¹ Un banquier sur l'ordre de son client importateur, ouvre à l'exportateur un crédit représenté par une lettre de crédit commerciale (accrédidif) ; cette lettre énumère différents documents – relatifs au marché – au vu desquels le banquier paiera l'exportateur. Seul compte l'examen des documents et non la réalité, la bonne exécution ou les vices du marché. Le banquier dispose après, paiement, d'un recours contre son client ou contre une autre banque intervenante : voir sur ce rapprochement, Bantoux, les garanties bancaires dans le commerce international, Banque 1982, 171.

La première vient des dispositions de l'article 40, alinéa 1 de l'AUS qui dispose : « *Les garantie et contre-garantie autonomes ne peuvent être souscrites par les personnes physiques sous peine de nullité.* » Ce texte véhicule un message. La garantie autonome est une sûreté qui n'est réservée qu'aux seules personnes morales, les personnes physiques étant exclues de son champ d'application.

La deuxième raison est plus explicite de par sa portée. La garantie autonome exclut sans le dire ouvertement les petites sociétés eu égard aux montants très élevés qu'elle est censée couvrir¹. Or, la société coopérative simplifiée est une petite société qui ne peut mobiliser que des moyens très limités. Même pour les grandes sociétés que sont les sociétés anonymes, il faut pour sa formation, pour sa mise en route, une autorisation du Conseil d'administration. L'article 449 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) dispose à cet effet : « *les cautionnements, avals, garanties autonomes contre-garanties autonomes et autres garanties souscrits par des sociétés autres que celles exploitant des établissements de crédit, de microfinance ou d'assurances caution dûment agréées et pour des engagements pris par des tiers font l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration.* » L'alinéa 2 du même texte ajoute : « *Le conseil d'administration peut, dans la limite d'un montant total qu'il fixe, autoriser le président directeur général ou le directeur général, selon le cas, à donner des cautionnements, avals, garanties, garanties autonomes ou contre-garanties autonomes pour des engagements pris par des tiers.* » L'alinéa 3 apporte une précision : « *Cette autorisation peut également fixer, par engagement, un montant au-delà duquel le cautionnement, l'aval, la garantie ou la garantie autonome ou la contre-garantie autonome de la société ne peut être donné.* » L'alinéa 4 du texte est plus précis lorsqu'il énonce ce qui suit : « *Lorsqu'un engagement dépasse l'un ou l'autre des montants aussi fixés, l'autorisation du conseil d'administration est requise.* » Aux termes de l'alinéa 7 du même texte, « *les cautionnements, avals, garanties autonomes et autres garanties données, sans autorisation, pour des engagements pris par des tiers sont nuls* ». Et l'alinéa 8 d'ajouter : « *Si les*

¹ Ibid.

cautionnements, avals, garanties autonomes et autres garanties ont été donnés pour un montant total supérieur à la limite fixée pour la période en cours, le dépassement ne peut être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance à moins que le montant de l'engagement invoqué excède, à lui seul, l'une des limites fixées par la décision du conseil d'administration prise en application des dispositions du présent article. Dans ce cas, les cautionnements, avals, garanties autonomes ou autres garanties sont nuls »

Dans un Avis en date du 26 avril 2000, la CCJA a eu à préciser que l'autorisation était requise même pour les banques et établissements financiers dont l'activité est aussi de fournir des garanties.¹ Ce qui montre clairement qu'il s'agit d'un engagement trop important pour le laisser à la seule discrétion du seul dirigeant de société.

Par ailleurs, l'article 40, alinéa 2 de l'AUS apporte une précision pour justifier l'exclusion des personnes physiques au profit des seules personnes morales. Ce sont les garanties et contre-garanties autonomes qui « *créent des engagements autonomes, distincts des conventions, actes et faits susceptibles d'en constituer la base.* »

Les dispositions de ce texte montrent clairement que ce type de sûreté n'est pas accessible à tous les acteurs de la vie économique². D'où son absence d'intérêt pour la société coopérative simplifiée.

Par ailleurs, il faut souligner que le caractère « *autonome* » de l'engagement issu de la garantie autonome a suscité un débat en doctrine. Pour certains, la garantie avait la même nature qu'un cautionnement. Mais cela reposait sur un mécanisme de nature probatoire : le créancier bénéficiaire était dispensé de prouver son droit contre le débiteur. Il y aurait donc eu renversement de la charge de la preuve par rapport au cautionnement.³ Pour d'autres, au contraire, puisque le

¹ Avis CCJA n° 02/2000/EP du 26 avril 2000.

² Ph. DELEBECQUE, « Garanties et contre garanties », *Mélanges C. Gavalda*, Dalloz 2001, p. 91.

³ J. STOUFLET, « La lettre de garantie internationale », in Colloque de Deauville, RJ com. 1982, p. 76 et suiv., spéc. p. 79 : « *Il suffit d'admettre que par un arrangement, d'ordre probatoire, le*

cautionnement est par essence, l'engagement par lequel un garant promet de payer sans pouvoir invoquer la moindre exception et à l'obligation garantie était soit un cautionnement nul¹, soit un contrat valable, mais pas un cautionnement². Il s'agit d'un contrat *sui generis*, un contrat innommé³.

Mais par trois arrêts rendus en des dates différentes, la Cour de cassation française a tranché en faveur de l'autonomie de la garantie. Les deux premiers arrêts ont été rendus le 20 décembre 1982 dans la même affaire.⁴ Il s'agissait de savoir si la banque garantie pouvait opposer au créancier bénéficiaire l'exception de nullité du contrat de base, et si la convention d'arbitrage contenue dans celui-ci s'imposait à la banque garantie. La Chambre commerciale de la Cour de cassation approuve la cour d'appel de Paris de l'avoir refusé en ces termes : « *cet engagement ne constituait pas un cautionnement, mais une garantie autonome, ce qui interdisait à la banque de se prévaloir, en l'état, des exceptions que le donneur d'ordre pouvait opposer au bénéficiaire tenant à l'inexécution du contrat les unissant* » (1^{er} arrêt) ... « *L'engagement de la banque ... était un engagement à première demande « autonome à l'égard du contrat de base et ... régi par les seules dispositions de la lettre de garantie* » ... (2^{ème} arrêt).

Dans le troisième arrêt, rendu le 13 décembre 1983 à propos d'une contre-garantie à première demande⁵, la Cour de cassation affirme, plus nettement encore⁶, qu'une éventuelle nullité de l'obligation principale garantie « *serait sans influence sur l'engagement indépendant de la banque contre-garante* »⁷.

bénéficiaire de la garantie est dispensé d'établir que les conditions de mise en œuvre de cette garantie sont réunies » ; JCP G 1985, II, 20436 ; JCP G 1987, 20764.

¹ MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., n° 333, p. 206.

² De la même manière le prix est de l'essence de la vente. Une vente sans prix est soit nulle, soit autre chose qu'une vente (exemple : une donation) suivant la volonté des parties.

³ MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., n° 333, p. 206.

⁴ Cass. com. 20 décembre 1982, Banque de Paris et des Pays-Bas, Bull. civ. IV, n° 417, D. 1983, p. 365, note M. VASSEUR.

⁵ Cass. com. 13 décembre 1983, D. 1984, p. 420, note M. Vasseur.

⁶ Dans les arrêts de 1982, la Cour de cassation avait décidé que la banque ne pouvait se prévaloir « *en l'état* » des exceptions, ce qui était ambigu.

⁷ Dans le même sens Cass. com. 27 nov. 1984, D. 1985, p. 269, note M. Vasseur ; n. p. B. : « *la contre-garantie donnée par la banque est une obligation autonome tant par rapport à la garantie de premier rang ... que par rapport au contrat de base* » ; Cass. com. 12 déc. 1984, Bull. IV, n° 344 ; D. 1985, p. 269, note M. Vasseur ; JCP G 1985, II, 20436, note J. Stoufflet ; Cass. com. 20 nov. 1985, Bull. civ. IV n° 277 ; D. 1986, p. 213, note M. Vasseur : *les contre-garanties étaient*

Par ailleurs, la Cour de cassation a décidé que non seulement la nullité du contrat de base, mais aussi l'inexécution fautive par le bénéficiaire ne peuvent être invoquées par le garant à première demande¹.

Une chose reste certaine, comme l'a très bien souligné une certaine doctrine autorisée, seules la nullité ou la résolution prononcée par une juridiction, ou l'exécution du contrat de base par le donneur d'ordre, indiscutablement établie, permettraient de bloquer le mécanisme de la garantie². De toute évidence, la garantie a un objet contractuel déterminé et ne peut se rapporter à un autre contrat. Pour ces deux raisons, elle n'est pas absolument autonome.³ Tant qu'il y a un doute sur la validité ou l'exécution du marché principal, le garant ne peut opposer aucune exception, ce qu'il faut justifier.

Le législateur français a pris en compte cette jurisprudence sur la garantie autonome et l'a consacrée lors de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 qui a fait de la garantie à première demande un contrat bien distinct du cautionnement et caractérisé par l'autonomie. Dans un premier temps, il a choisi d'employer la terminologie « *garantie autonome* » au lieu et place de l'expression « *garantie à première demande* ». Dans un second temps, il l'a défini dans le nouvel article 2321 du Code civil, plus précisément dans son alinéa 1^{er} la garantie autonome comme un « *engagement par lequel le*

plus étendues que les garanties ; Cass. com. 27 fevr. 1990, D. 1990, som. com. p. 213, note M. Vasseur ; Com. com. 8 nov. 1994, Bull. civ. IV, n° 322 : *le garant peut appeler la contre-garantie quand bien même son engagement propre envers le bénéficiaire ne serait plus valable, faute d'avoir été prorogé au-delà de la date initialement prévue*.

¹ Cass. com. 17 oct. 1984, Bull. civ. IV, n° 265 ; D. 1985, p. 269, note Vasseur ; JCP G 1985, II, 20436 ; note Stoufflet : cassation d'un arrêt qui « tout en énonçant que la BUE a entendu donner une garantie à première demande autonome par rapport au contrat pour l'exercice duquel elle est accordée, pour débouter (le bénéficiaire) de son action, retient l'inexécution fautive par celle-ci de ses obligations ». Cass. com. 20 fevr. 1985, Bull. civ. IV, n° 74 ; Cass. com. 21 mai 1985, Bull. civ. IV, n° 160 ; D. 1986, p. 213, note Vasseur ; Banque 1986, p. 87, obs. J.-L. Rives-Langes ; JCP G 1986, I, 3265 ; chronique de droit bancaire n° 118 ; obs. crit. Gavalda et Stoufflet : « *le fait, même apparemment établi, que la société F ait rempli toutes ses obligations à l'égard de la société S, n'était pas de nature à dispenser la BFCE de l'exécution d'un accord dont les termes l'obligeaient à payer les sommes garanties ... à première demande, sans aucune justification du motif allégué pour l'appel de cette garantie* » ; en l'espèce, il s'agit d'une contrepartie

² MALAURIE, AYNES et CROCQ op. cit., n° 344, p. 215.

³ Ibid.

garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ». L'alinéa 3 du texte précise que « *le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie* ».

Cette réforme du législateur français a influencé le législateur de l'OHADA qui a choisi le 15 décembre 2010¹ de réformer son droit des sûretés par la révision de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés dans l'espace OHADA. Initialement appelée « *lettre de garantie* », la garantie à première demande a été renommée « *garantie autonome* ». Ce qui consacre sa particularité parmi les sûretés personnelles, car il s'agit d'une garantie dont l'objet est autonome.

2. Une garantie avec un objet autonome

La garantie à première demande est une garantie autonome. Mais de quel type garantie s'agit-il ? La question mérite d'être posée. La réponse à la question est qu'il s'agit d'une garantie singulière qui fonctionne de façon atypique en ce sens qu'elle a un objet autonome. La réalité est que le garant à première demande ne peut invoquer ni les exceptions tenant à ses relations avec le donneur d'ordre, ni celles qui tiennent aux rapports du donneur d'ordre avec le bénéficiaire, c'est-à-dire à l'obligation garantie. A la différence du cautionnement, la garantie n'est pas accessoire.²

D'une manière générale, certains auteurs ont essayé d'expliquer le phénomène de la garantie autonome en invoquant la théorie de l'obligation abstraite³. Pour ces auteurs, l'obligation du garant est abstraite parce qu'elle aurait pour cause l'obligation garantie, mais qu'elle serait exceptionnellement, par la volonté des parties « détachée » de sa cause.⁴ Il s'agit plus d'une description que d'une

¹ Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés (AUS), JO OHADA n° 22 du 15/02/2011.

² MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., p. 208.

³ Ibid. n° 336.

⁴ Ibid. n° 336, p. 208 ; Vasseur, notes précitées ; J.-L. Rives-Lange et M. Contamine-Raynaud, Droit bancaire, 4^{ème} éd., n° 670 : « l'engagement bancaire se trouve contractuellement isolé des

explication. On suppose que la cause de l'engagement du banquier se trouve dans les relations de son client avec le créancier, c'est-à-dire dans l'obligation¹. Cette vision des choses est discutable².

Dans tous les cas, la réalité est toute autre. Si on part du fait que la cause de l'engagement de la banque, tout comme celle de la dette d'une caution, se trouve dans ses relations avec le débiteur, et consiste notamment dans la rémunération versée par celui-ci, la seule différence entre le cautionnement et la garantie à la première demande tient à l'objet : la caution s'oblige à payer la dette du débiteur principal conformément aux dispositions de l'article 2288 du Code civil ; le garant à première demande, telle somme d'argent³. L'objet du cautionnement est la dette principale. C'est ce qui entraîne l'opposabilité des exceptions tenant à cette dette. Mais l'objet de la garantie à première demande est déterminé par l'accord du garant avec le bénéficiaire, indépendamment de l'obligation principale. Or, les parties sont libres de déterminer l'objet de leur engagement.⁴

De façon concrète, la cause de l'engagement du garant se trouve dans ses relations avec le débiteur. Mais ces rapports sont, comme dans le cautionnement, étrangers au créancier, protégé par l'inopposabilité des exceptions.⁵ L'objet de son obligation est, non pas « ce que doit le débiteur au créancier », mais plutôt une somme d'argent déterminée de manière directe. Il s'agit d'un engagement qui est voisin de celui de la délégation.⁶

autres rapports de droit » qui lui servent de cause ; mais, n° 671 : « il faut rechercher la cause de l'engagement pris par le banquier, non plus au sein du groupe de contrats, mais dans l'engagement lui-même ». Dire que l'engagement est « coupé » de sa cause et que celle-ci se trouve dans l'engagement lui-même n'explique rien.

¹ MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., n° 336, p. 208.

² Ibid.

³ Ibid. n° 336

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ A. PRÜM, Les garanties à première demande, Litec, 1994 ; Marty, Raynaud et Jestaz, n° 639 : « ces auteurs estiment que l'originalité de la garantie tient à son objet, mais recourent à la notion de droit éventuel pour expliquer tout à la fois l'indépendance de la garantie et son lien avec l'obligation principale. De même, en droit romain, un délégué pouvait s'engager à payer au créancier « *ce que lui doit tel débiteur* » (*delegatio incerta*) ou au contraire, « *telle somme* » (*delegatio certa*). Sur ce point, voir Les Obligations, coll. Droit civil, v. cep., Cass. com. 12 déc. 1984, Bull. civ. IV, n° 344 : « *L'engagement du Crédit agricole (contre-garant) ne constituait pas plus un cautionnement qu'une délégation, mais une obligation autonome tant par rapport à la* »

La caution s'oblige à procurer au créancier la satisfaction que lui doit le débiteur. Bien au contraire, le garant autonome s'oblige à lui verser une somme d'argent déterminée, laquelle constitue la garantie.¹ Il faut souligner que la garantie autonome n'a aucune relation avec l'obligation principale. En réalité, ce que doit le garant est l'équivalent d'un dépôt de garantie, lequel constitue une sûreté réelle.² Autrement dit, pour le garant autonome, l'obligation principale est le versement d'un dépôt de garantie, et non l'exécution de l'obligation issue du contrat principal lui-même.

De toute évidence, l'autonomie de la volonté, mieux qu'un raisonnement par la cause, justifie l'autonomie de la garantie. Les arrêts de cassation visent d'ailleurs généralement l'article 1134, alinéa 1 du Code civil en vigueur au Togo et devenu 1103 du Code civil depuis l'ordonnance du 10 février 2016. Les seuls arrêts qui ont défini la cause de la garantie à première demande en ont donné une définition si ténue qu'elle montre à elle seule les limites d'un raisonnement fondé sur la cause.³ Dans un arrêt rendu le 19 avril 2005, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a énoncé que « *l'engagement d'un garant à première demande est causé dès lors que le donneur d'ordre a un intérêt économique à la conclusion du contrat de base, peu important qu'il n'y soit pas partie* ».⁴ On peut dire que la Cour de cassation énonce dans ses arrêts que la cause de l'engagement du garant ne se trouve pas dans un intérêt qui lui est propre, mais dans l'intérêt d'autrui, celui du donneur d'ordre, à la conclusion du contrat de base.

garantie de premier rang ... que par rapport au contrat de base ». En l'espèce, l'application de la délégation proposée par le donneur d'ordre était compliquée et inexacte.

¹ MALAURIE, AYNES et CROCQ, op. cit., n° 337, p. 209.

² Ch. MOULY, « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français », Mélanges Breton et Derrida, Dalloz 1991, p. 267 et suiv.

³ Malaurie, Aynès et Crocq, op. cit., n° 337, p. 209.

⁴ Cass. com. 19 avr. 2005, n° 02-17600, D. 2005, p. 1285 ; RLDC 2005/17, n° 693, obs. A. Blouet-Ressot ; D. 2005, pan. P. 2086, obs. P. Crocq ; Banque et droit, n° 101, mai-juin 2005, p. 63 et suiv., obs. F. Jacob ; RTD com. 2005, p. 582 et suiv., obs. D. Légeais ; JCP G2005, II, 10075, note S. Piedelièvre ; JCP E 2005, 916, note J. Stouffle. Cette affirmation a été reprise ultérieurement par Cass. com. 3 juin 2014, n° 13-17643, Dr. et patr. nov. 2014, p. 106, obs. A. Aynès ; RLDC oct. 2014, p. 31, note E. Garaud ; Banque et droit, n° 158, nov.-déc. 2014, p. 48, obs. F. Jacob ; JCP G 2014, Doctr. 1162, n° 8, obs. Ph. Simler.

Somme toute, on peut conclure sans l'ombre d'un doute que la garantie autonome n'est pas une garantie ordinaire. Sa complexité nous amène à déduire qu'elle n'est pas une garantie adaptée à la taille de la société coopérative simplifiée.

Conclusion

Au terme de cette étude, un constat s'impose. Les sûretés sont au service des acteurs de la vie économique. Leur utilité n'est plus à contester. Elles sont au cœur de l'économie moderne. Mais leur efficacité dépend de leur adaptabilité au profil de l'entité pour laquelle elles ont été choisies. Tout dépend donc du choix qu'on en fait dès le départ et de l'usage qu'on en fera. Sur ce point, on peut en déduire que la sûreté adaptée au profil de la société coopérative simplifiée est le cautionnement car elle est facile de constitution et lui évite par ricochet le gaspillage du crédit.

