

Horizons du droit

N°16

Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Bulletin n°16 – Juin 2020

Directeur
scientifique

Professeur Jacques Mestre

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

Comité
scientifique

Hugo Barbier

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

Patrick de Fontbressin

Avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich

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

Marie-Eve Pancrazi

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

Béatrice Parance

Professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

Sylvio Quincey

Inspecteur Général de la Banque de France.

Responsable
graphique

Clara Rua

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

Rédacteur en
chef

Sabrina Dupouy

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

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

Sommaire

Bulletin n°16 – Juin 2020

- Page 4 **Biodiversité, climat et crise sanitaire : Une révélation qui devrait conduire à une révolution des perspectives**
Christian Huglo et Raphaël Gubler
- Page 23 **Les évolutions imposées à la profession d’avocat par la crise sanitaire seront-elles pérennes ?**
Julie Boccabella
- Page 29 **Vers un droit des start-up**
Rapport du groupe de travail de l’AFDD dirigé par Hugo Barbier, avec les contributions de T.Girard-Gaymard, F.Julien, F.Lalance, E.Pierroux, S.Quincey, G.Teboul
- Page 55 **La loi sénégalaise n°2020-1 du 6 janvier 2020 relative à la création et à la promotion des start-up**
Jacques Mestre
- Page 61 **Droit pénal et droit de la criminalité transnationale organisée : Plaidoyer pour l’émergence d’un droit pénal souple**
Hervé Magloire Moneboulou Minkada
- Page 100 **Interview: “Regards croisés sur les pactes d’actionnaires à la lumière des droits OHADA et français”**
Guillaume N’Guetta, docteur en droit

Biodiversité, climat et crise sanitaire, une révélation qui devrait conduire à une révolution des perspectives

Christian Huglo – Avocat à la cour, Docteur en droit

Raphaël GUBLER – Élève-avocat

Cet article a déjà paru dans le n°26 du 18 avril 2020 du Journal Spécial des Sociétés. Nous remercions vivement la direction de cette Revue d'avoir autorisé sa publication dans Horizons du Droit.

La crise actuelle du COVID-19 offre une expérience unique de prise de recul sur notre impact sur l'environnement : entre le 3 février et le 1er mars 2020, les émissions de gaz à effet de serre de la Chine ont chuté d'un quart, par rapport à la même période l'année précédente. A Paris, la qualité de l'air s'est améliorée de 20 à 30%, selon un premier bilan d'Airparif, une première en quarante années de mesures.

Les images impressionnantes d'une Chine libérée de sa pollution atmosphérique, cause de maladies respiratoires chroniques, où la redécouverte d'une eau claire au sein des canaux de Venise, en raison de la baisse du tourisme de masse, témoignent plus que jamais de l'impact de l'activité humaine sur notre environnement.

Pourtant, ce changement drastique n'est pas le fruit de la prise de conscience de la nécessité de modifier notre rapport à notre environnement que les scientifiques du GIEC réclament depuis plus de 30 ans, mais bien une halte ponctuelle et destinée à disparaître.

Cette halte remet en cause notre vision du lien entre la santé et l'environnement, et doit nécessairement conduire à une révolution du droit de l'environnement.

Les promesses du droit de l'environnement tel que construit depuis la conférence de Stockholm de 1972 n'ont pas été tenues, et les grandes avancées dans la protection de notre environnement et de notre santé sont venues des grands principes des droits humains **(I)**. La crise sanitaire actuelle doit permettre, aujourd'hui plus que jamais, d'entériner le lien évident entre santé et environnement, et de reconstruire le droit de l'environnement autour de ce lien **(II)**.

I. La prise de conscience des échecs du droit de l'environnement

La construction du droit de l'environnement explique son manque de résultats **(A)**, quand les grands principes des droits humains ont garanti une défense accrue de l'environnement **(B)**.

A. Un droit de l'environnement construit par étapes et finalement par étages qui ne communiquent pas suffisamment

Il faut tirer le constat que le droit de l'environnement est aujourd'hui détaché d'une vision d'ensemble et du lien qui existe entre la santé, la biodiversité et le climat.

Depuis l'apparition du droit de l'environnement dans les années 1970, dont la mission était de traduire la responsabilité humaine dans les atteintes à son milieu et d'atténuer l'impact des activités humaines sur les écosystèmes, les résultats escomptés ne sont, selon Yann Aguila, « *pas au rendez-vous* »¹.

En effet, le droit de l'environnement s'est construit sur différents « étages » qui ne communiquent pas entre eux et ne permettent ainsi pas d'appréhender les relations d'interconnexions qui existent entre les secteurs de l'environnement protégés.

Le droit de l'environnement interne est constitué de textes ayant imposés des changements essentiels à la gestion et aux modes de production des installations et ouvrages ayant un impact sur l'environnement², jusqu'à la gestion de nos déchets³.

Initialement limité au droit administratif, le droit de l'environnement s'est étendu à la plupart des domaines du droit : la révolution de l'information et de la participation du

¹ Le droit à l'épreuve de la crise écologique - Dossier par Yann Aguila, Revue des juristes de Sciences Po n°18, Janvier 2020, 3.

² Loi n°76-663 du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement.

³ Loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire.

public aux projets ayant un impact sur l'environnement⁴, la création d'infractions pénales spécifiques à la protection des milieux et des espèces, ou l'obligation faite aux entreprises de communiquer annuellement leurs informations sociales, environnementales et de gouvernance⁵.

Or, il convient aujourd'hui de le dire clairement : ce développement, secteur par secteur, n'a pas permis d'appréhender efficacement la réalité de notre impact sur notre environnement.

En effet, que penser de la distinction qui est faite entre tous les milieux physiques, l'air et le milieu aquatique (Livre II, titres 1 et 2 du code de l'environnement) et les espaces naturels (Livre III du code de l'environnement), alors qu'il est aujourd'hui établi qu'une forme de pollution impacte en réalité de nombreux milieux indistinctement, et que la même cause a bien souvent de multiples résultantes.

Ainsi, il a été établi que, si les vagues de chaleur dues au réchauffement climatique augmentent la pollution à l'ozone, elles favorisent en même temps la dispersion de pollens allergisants. La conséquence est un véritable effet cocktail qui augmente la part des allergies respiratoires en France – qui affectent 30% de la population adulte et 20% de la population infantile – et des périodes de pollution atmosphérique particulièrement importante, qui impactent plus violemment encore les personnes allergiques⁶.

Les causes sont identiques, les maux sont multiples.

L'absurdité d'un raisonnement sectoriel, quand les maux sont structurels, est pointée du doigt par Yann Tanguy, pour qui « *préserver l'environnement dans un système*

⁴ Titre II du Livre I du code de l'environnement.

⁵ Article L.225-102-1 du code de commerce.

⁶ Effets des pollens sur la santé, Ministère des Solidarités et de la Santé, publié le 26 décembre 2018 ; Changement climatique et pollinisation, P.Besancenot, M.Thibaudon, Revue des Maladies Respiratoires, Volume 29, Issue 10, December 2012, Pages 1238-1253.

économique et social fondé sur la croissance continue de l'économie et l'idée de progrès et développant une logique productiviste, voilà une ambition qui, si elle n'est pas démesurée, confine, il faut l'admettre, au paradoxe ! »⁷.

À travers son article, il souligne l'inefficacité d'un droit qui doit se saisir de questions trop vastes et importantes pour quelques mesures essentiellement limitées.

Benoit Jadot a pu exprimer les mêmes critiques envers les « lois de circonstances », quand s'impose la nécessité « d'inscrire le principe du respect de l'environnement dans des textes juridiques fondamentaux », ce qui a finalement été fait, sans doute, mais de manière trop dispersée et trop tardivement⁸.

Cette absence de communication entre les différentes matières du droit de l'environnement est d'autant plus grave lorsque la protection qu'est censé offrir le droit de l'environnement se trouve minimisée.

Corinne Lepage soulignait déjà en 2008⁹ les lacunes du droit de l'environnement : « les procédures de prise de décisions restent, en France, imperméables à une meilleure appréhension des questions environnementales et sanitaires, qui restent très liées à une meilleure participation du public. »

Les enquêtes publiques « trompent les citoyens quant à leur objectif puisqu'il s'agit, en réalité, non pas de recevoir leurs avis pour en tenir compte mais de les informer et de permettre à un commissaire enquêteur, considéré comme tiers au débat, de pouvoir donner un avis, lequel peut être sans aucun rapport avec celui exprimé par le public. »

⁷ L'environnement malade de son droit, Introduction générale, Yann Tanguy, Revue Juridique de l'Ouest, 1992, pp.5-20.

⁸ « L'environnement n'appartient à personne et l'usage qui en est fait est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir », p. 93 à 143 dans « Quel avenir pour le droit de l'environnement ? », François Ost et Serge Gutwirth, Presse de l'Université Saint-Louis, 1996.1

⁹ Les véritables lacunes du droit de l'environnement, Corinne Lepage, dans Pouvoirs 2008/4 (n° 127), pages 123 à 133.

La saisine des enjeux environnementaux dans le cadre d'actions en justice ambitieuses, à l'instar de « l'Affaire du siècle », démontre ce caractère d'étages du droit qui ne communiquent qu'à travers un effort juridique important : les écritures déposées devant le juge administratif dans le cadre de ce litige, dont l'objet est de faire reconnaître l'absence de prise de mesures adéquates, de mesures préventives adaptées, et donc de la responsabilité de l'Etat, dans son incapacité à agir efficacement contre le réchauffement climatique, se transforme en liste de violations des obligations de l'Etat en matière de transport, de bâtiment, d'évaluation et de suivi, d'amélioration de l'efficacité énergétique, etc.¹⁰

Malgré le travail fourni dans le cadre de cette action, la plupart des auteurs mettent en doute les chances de succès des associations dans cette Affaire¹¹.

L'affaire de la commune de Grande-Synthe est un autre exemple de la multiplication des fondements à invoquer dans un contentieux environnemental pour espérer un résultat probant : les requérants y invoquent de multiples fondements, à l'instar de l'Accord de Paris, la Constitution de 1958, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que plusieurs articles du code de l'environnement¹².

D'une façon globale, l'une de plus grandes difficultés du droit de l'environnement, comme l'a montré le rapport « Une justice pour l'environnement » des ministères de la Justice et de la Transition écologique et solidaire de 2019, revient au dualisme de ordres juridictionnels, ce qu'exprime parfaitement Laurent Fonbaustier lorsqu'il affirme que *« les efforts en cours se heurtent [...] au double dualisme des polices et ordres juridictionnels administratif et judiciaire, la multiplication des polices administratives*

¹⁰ Argumentaire du mémoire complémentaire de « l'Affaire du siècle ».

¹¹ L'affaire du siècle donnera-t-elle lieu au jugement du siècle ? - Etude par Arnaud CABANES, *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 11, Novembre 2019, étude 15.

¹² Le recours de la commune de Grande-Synthe et de son maire contre l'insuffisance des actions mises en œuvre par l'État pour lutter contre le changement climatique, Christian Huglo et Théophile Bégel, *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 5, Mai 2019, dossier 19.

*spéciales, en environnement ou dans des domaines susceptibles de l'impacter indirectement, ajoutant encore aux difficultés présentes. »*¹³

Une meilleure appréhension du droit de l'environnement devra venir de nouveaux principes qui s'appuient sur le caractère unitaire du droit de l'environnement, tel qu'exprimé de façon prophétique par le doyen Vedel, dans sa préface au Jurisclasseur de l'environnement (1ère édition, 1992) : « *le droit de l'environnement sera demain le droit du patrimoine commun de l'Humanité* », mettant ainsi l'accent sur le vivant.

B. La remise en ordre des choses à travers l'analyse des grands principes du droit de l'environnement

Des garanties plus fortes ont été apporté au droit de l'environnement lorsque le droit de la protection de la nature et les droits de l'Homme se sont rencontrés, alliant ainsi santé et environnement.

Seuls les grands principes des droits humains ont, en effet, la portée nécessaire et le caractère général essentiel à la garantie d'une appréhension efficace de la protection de l'environnement.

La Déclaration universelle des droits de l'humanité est un texte synthétique de droit souple rédigé sous l'impulsion de Corinne Lepage, regroupant les initiatives présent par la société civile, et qui a été adoptée lors de la réunion de Durban du 15 novembre 2019 du Conseil Mondial de Cités et Gouvernements Locaux Unis (CGLU) qui regroupe près de 240 000 villes et près de 5 milliards d'habitants de la planète.

Elle dispose en son premier article que « *l'humanité et la nature sont en péril et qu'en particulier les effets néfastes des changements climatiques, l'accélération de la perte de*

¹³ Rapport « Une justice pour l'environnement » - . - Des constats lucides et des préconisations fortes, sources d'inspiration d'un projet de loi en cours d'adoption, Laurent Fonbaustier, La Semaine Juridique Edition Générale n° 10, 9 Mars 2020, 260.

la biodiversité, la dégradation des terres et des océans, constituent autant de violations des droits fondamentaux des êtres humains et une menace vitale pour les générations présentes et futures ».

Cette protection avait déjà été observé au travers de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, consciente de l'importance du sujet et qui a su opérer une véritable révolution jurisprudentielle.

Si cette Cour est par essence ethno centrée, et ne doit se limiter qu'à la lettre de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui n'évoque jamais l'environnement, sa jurisprudence a su reconnaître le lien inévitable qui existe entre l'Homme et son environnement, et prendre en compte cette dimension essentielle dans la défense des droits humains.

Elle se saisit de la question de l'environnement à travers ses effets sur les droits protégés par les articles de la Convention : ainsi, dans un arrêt Powell et Rayner contre le Royaume Uni du 21 février 1990¹⁴, elle admet que son article 8, qui protège le droit à la vie privée et le domicile, peut également conduire à des inclusions indirects, et qu'une nuisance sonore particulièrement importante contribue à diminuer la qualité de la vie privée et les agréments du foyers des requérants protégés par l'article 8 de la Convention.

En 1994, c'est l'arrêt majeur Lopez Ostra¹⁵ qui va reconnaître distinctement que « *des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale* ».

On le voit plus précisément encore au sein de l'arrêt Moreno Gomez contre Espagne¹⁶ qui affirme que l'article 8 ne vise « *pas seulement les atteintes matérielles ou*

¹⁴ CEDH, Affaire Powell et Rayner c. Royaume-Uni, 21 février 1990, n°9310/81.

¹⁵ CEDH, Lopez Ostra contre Espagne, 9 décembre 1994, n°16798/90.

¹⁶ CEDH, Affaire Moreno Gomez contre Espagne, 16 novembre 2004, n°4143/02.

corporelles, telles que l'entrée dans le domicile d'une personne non autorisée, mais aussi les atteintes immatérielles ou incorporelles, telles que les bruits, les émissions, les odeurs et autres ingérences. Si les atteintes sont graves, elles peuvent priver une personne de son droit au respect du domicile parce qu'elles l'empêchent de jouir de son domicile. »

Enfin, c'est l'article 2 de la Convention, garantissant le droit à la vie, qui va être utilisé pour reconnaître le lien indissociable entre protection du droit à la vie et protection de l'environnement, et les obligations positives qui reposent sur l'Etat dans la prévention des atteintes à ce droit, et donc par extension, à l'environnement¹⁷.

D'évidence, ce travail a impressionné nos juridictions suprêmes, et ce sont à nouveau les grands principes du droit qui ont conduit aux meilleures protections de l'environnement dans la jurisprudence interne, ainsi que les décisions récentes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat en attestent.

Le 20 décembre 2019¹⁸, le Conseil constitutionnel contrôle l'action de « décarbonation du secteur des transports terrestres » de l'Etat au regard du droit à un environnement sain et équilibré, et déduit le devoir objectif de l'Etat de protéger le droit de toute personne à un environnement.

Pour Yann Aguila, « *en exerçant un contrôle sur le caractère suffisant d'une loi mettant en œuvre l'article 1er de la Charte, le Conseil constitutionnel rehausse le niveau des exigences pesant sur le législateur* ».

Il tisse également le lien entre cette décision et celle du 31 janvier 2020¹⁹ qui reconnaît que « *la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains,*

¹⁷ CEDH, Affaire Oneryldiz contre Turquie, 30 novembre 2004, n°48939/99.

¹⁸ Décision du Conseil constitutionnel n°2019-794 DC, Loi d'orientation des mobilités, 20 décembre 2019.

¹⁹ Décision du Conseil constitutionnel n°2019-823 QPC, Union des industries de la protection des plantes, 31 janvier 2020.

constitue un objectif de valeur constitutionnelle » qui peut justifier des « *atteintes à la liberté d'entreprendre* ».

Le Conseil d'Etat a suivi la même logique dans ses ordonnances de référé très remarquées, rendues sous la présidence du Président de la section du contentieux, sur recours d'associations de médecins concernant l'adéquation prise par le gouvernement sur les graves questions sanitaire liées au développement du COVID-19, et affirmant la reconnaissance du droit à la vie comme une liberté fondamentale²⁰.

Yann Aguila appelle alors à « *libérer le potentiel de la Charte* » et à appréhender la protection de l'environnement à l'échelle universelle²¹.

En effet, le patrimoine qu'est l'environnement « *dépasse le cadre national : il est partagé par l'ensemble des êtres humains* », « *la pollution ne connaît pas les frontières des États. La nature forme un écosystème dans lequel tout est lié. Une action sur le territoire d'un État est susceptible d'avoir un impact à l'échelle globale.* »

Ces décisions, du fait de leur utilisation des grands principes du droit, ont une portée bien plus importante et contraignante. Le fait que de telles décisions soient rendues par les juridictions les plus élevées devrait ouvrir la voie à la création d'un itinéraire rapprochant plus fortement droit de la santé et droit de l'environnement, et achève de démontrer la nécessité de dépasser une vision sectorielle et fragmentée dans la protection de l'environnement.

²⁰ Conseil d'État, 28 mars 2020, Demande de recommandation temporaire d'utilisation pour le Plaquenil, n°439765 ; Conseil d'État, 28 mars 2020, SMAER, Demande de mesures pour production de masques, dépistage, administration hydroxychloroquine et azithromycine, n°439726 ; Conseil d'État, 28 mars 2020, Demande de mesures pour mise à disposition de matériel aux personnels de santé, n°439693.

²¹ Environnement - Charte de l'environnement : le temps de la récolte - Note sous arrêt par Yann Aguila et Lucie Rollini, La Semaine Juridique Edition Générale n° 10, 9 Mars 2020, 275.

II. Une révolution nécessaire du droit de l'environnement

La première étape devra être évidemment de reconnaître les liens étroits entre santé et environnement, tant en ce qui concerne les faits (A) que le droit (B).

A. Reconnaître les liens entre la santé et l'environnement

L'une des difficultés les plus grandes actuellement est celle de la reconnaissance des liens étroits gouvernant les rapports entre la santé et l'environnement.

Cette difficulté est malheureusement l'objet de polémiques assez peu admissibles, qui vont au détriment de l'établissement d'un lien positif entre les deux notions : l'affaire du glyphosate illustre cette tension²².

Il existe encore bien d'autres exemples, comme l'affaire des lignes à haute tension²³, qui peuvent expliquer les multiples hésitations entre précaution et prévention, sans oublier d'ailleurs la stigmatisation volontaire du principe de précaution comme prétendu facteur de paralysie du progrès.

Une telle perspective n'est plus admissible lorsque l'on parle de choses aussi graves que le COVID-19, dont les symptômes sont notamment aggravés par la pollution de l'air²⁴.

Aujourd'hui l'alerte a été lancée sur les liens existants entre l'apparition des virus et la perte de richesse en biodiversité : dans un article du 25 mars 2020, Juliette Dusquene

²² « Pas de glyphosate dans la commune » - Veille par Lucienne ERSTEIN, Énergie - Environnement - Infrastructures n° 12, décembre 2019, alerte 182.

²³ « Les lignes à haute et très haute tension et champs électromagnétiques : risques pour la santé », Notre-planète.info, 27 août 2019.

²⁴ Coronavirus : la pollution de l'air est un « facteur aggravant », alertent médecins et chercheurs, Stéphane Mandard, Le Monde, 30 mars 2020.

pointe du doigt le lien entre la baisse de biodiversité et la hausse du nombre d'épidémies dans le monde, en l'occurrence le développement du COVID-19²⁵.

Elle souligne ainsi que, aux Etats-Unis, « *le nombre de personnes infectées a en effet baissé de 95 % entre 1900 et 1980. Et pourtant, au niveau mondial, le nombre d'épidémies a été multiplié par plus de 10 entre 1940 et aujourd'hui.* »

L'explosion des épidémies est due, selon elle, à la disparition de la biodiversité : plus la biodiversité est forte, plus il existe de virus circulant à « faible bruit », c'est-à-dire qui se transmettent mal car ils sont absorbés par des espèces jouant le rôle de véritables tampons entre l'animal et l'homme.

Une étude sur la diversité des oiseaux nord-américains et le développement de la fièvre du Nil occidental démontre ainsi que plus la population d'oiseaux est diverse, plus cette diversité aide à protéger et filtrer cette infection et ainsi éviter sa propagation à l'être humain. Pour un de ses auteurs, c'est une illustration importante du lien entre la biodiversité et la santé humaine²⁶.

Or, les populations d'oiseaux ont chuté de plus de 25% ces dernières années en Amérique du Nord²⁷.

C'est lorsque cette biodiversité chute, du fait notamment de la réduction de l'habitat sauvage, de la disparition d'espèces étroitement liées à leurs habitats, que l'Homme favorise les contacts et la transmission : « *avec la déforestation, l'urbanisation et l'industrialisation effrénées, nous avons offert à ces microbes des moyens d'arriver jusqu'au corps humain et de s'adapter* » dénonce Sonia Shah²⁸.

²⁵ Covid-19 : La baisse de la biodiversité et la hausse du nombre d'épidémies, 25 mars 2020, Juliette Dusquene, Carnets d'alerte.

²⁶ Diversity Of Birds Buffer Against West Nile Virus, BirdLife International, 6 mars 2009.

²⁷ « Birds are vanishing from North America », Carl Zimmer, The New York Times, 19 septembre 2019.

²⁸ Contre les pandémies, l'écologie, Sonia Shah, 17 mars 2020, le Monde diplomatique.

Un même constat peut être dressé du fait de la disparition des forêts dans le Nord-Est américain, où le développement urbain chasse les opossums, qui ont toujours contribué à réguler la population de tiques, en servant d'hôtes pour celles-ci, au profit d'espèce moins adaptées à cette régulation, comme le cerf. La conséquence directe de cet appauvrissement est le développement de la transmission de la maladie de Lyme, passant de 48,610 cas en 2016 à 59,349 cas en 2017 aux Etats-Unis²⁹.

Pour Inès Leonarduzzi, la fréquence des épidémies s'est accélérée ces dernières années, sans signe de décroissance à l'horizon, car notre mode de vie qui tend à détruire des zones de vie sauvage, contraint des animaux porteurs de maladies à s'installer dans notre habitat, sans espace entre la maladie et l'être humain : « *C'est en fait tout notre mode de fonctionnement qu'il faut mettre à jour.* »³⁰

Ce lien a également été reconnu par des instances en charge de la protection de la biodiversité.

Dans le cadre de la déclaration de Gangwon, en Corée du Sud, à l'issue de sa 12^e Conférence des parties, la Convention pour la diversité biologique a ainsi reconnu « *la valeur de l'approche « Un monde, une santé » pour traiter la question intersectorielle de la diversité biologique et de la santé humaine, en tant que stratégie intégrée [...] qui tient compte des corrélations complexes entre humains, microorganismes, animaux, végétaux, agriculture, vie sauvage et environnement* »³¹.

Elle encourage également ses parties à promouvoir au niveau national une coopération entre agences responsables de la biodiversité, et celles en charge de la santé.

²⁹ « Lyme and other tickborne diseases increasing », Centers for Disease Control and Prevention, 22 avril 2019.

³⁰ « Opinion | Coronavirus : le pangolin n'y est pour rien », Inès Leonarduzzi, Les Echos, 20 mars 2020.

³¹ Décision adoptée le 17 octobre 2014 par la Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique, dans le cadre de la douzième réunion à Pyeongchang (République de Corée), du 6 au 17 octobre 2014.

Les experts du GIEC alertent également sur le fait que le changement climatique entraîne des risques de morbidité et de mortalité liés à la chaleur, à l'ozone et à certaines maladies à transmission vectorielle plus importants³².

Les déséquilibres écologiques sont à l'origine de ces pandémies, et s'il n'y avait pas eu le COVID-19, une autre pandémie serait survenue³³.

Notre situation actuelle est « *un coup de boomerang qui nous revient à la figure et que nous avons nous-mêmes lancé* », selon les mots de Jean-François Guégan³⁴.

Et Serge Morand, chercheur au CNRS-Cirad, d'alerter : « *si nous ne préservons pas la biodiversité, les crises sanitaires vont se multiplier. Pour prévenir une prochaine crise comme celle-ci, il faut traiter les causes plutôt que de se retrouver encore et encore à traiter les conséquences.* »³⁵

Il y a fort à parier que lors de la prochaine réunion à Kunming, en Chine, de la Conférence des parties à la Convention pour la diversité biologique, ces questions seront au cœur des débats.

B. Reconstruire le droit autour de ce lien

Il est évident qu'il serait présomptueux d'imaginer ce que pourrait être le droit international tel qu'il résultera de la réunion chinoise précitée en espérant que des dispositions contraignantes, notamment sur l'obligation d'information et la coopération scientifique en ressortiront – comme cela a été le cas à la suite de l'accident de Tchernobyl où il n'avait pas fallu attendre six mois pour édicter une convention

³² « Global Warning of 1.5°C, Summary for Policymakers », GIEC, 2018.

³³ Proposition de Serge Morand, chercheur CNRS-Cirad, recueillie par Juliette Duquesne dans « Coronavirus : "La disparition du monde sauvage facilite les épidémies" », Marianne, 17 mars 2020.

³⁴ Le coronavirus, «un boomerang qui nous revient dans la figure», 22 mars 2020, Jade Lindgaard et Amélie Poinsot, Médiapart.

³⁵ Covid-19 : La baisse de la biodiversité et la hausse du nombre d'épidémies, 25 mars 2020, Juliette Dusquene, Carnets d'alerte.

internationale qui s'imposait, notamment sur l'information de la population en cas d'accident nucléaire³⁶.

La crise actuelle doit transformer la révélation du lien intrinsèque entre la protection de l'environnement et notre santé, en une révolution de notre appréhension de ce lien.

La cause de la crise environnementale étant globale, la réponse apportée par le droit doit également être globale.

Plus modestement, au seul niveau national, il faut bien constater, que cette défaillance est connue mais non traitée. Et la critique la plus forte est celle qui a porté sur la faiblesse des plans santé et environnement.

Si, le Conseil général de l'environnement et du développement durable souligne en effet dans un rapport d'avril 2013 que « *les écosystèmes rendent des services qui sont bénéfiques à la santé* » et que « *la préservation de la biodiversité est aussi un enjeu de santé* », cette reconnaissance n'a pas été traduite en actes³⁷.

Dans un article relatif à la loi santé de 2016³⁸, Béatrice Parance critique les faiblesses de la prise en considération de ce lien, aux yeux duquel les prévisions de cette loi paraissent bien maigres : « *de nombreux élus et associations ont fortement regretté que cette loi n'ait pas permis d'avancer plus avant sur la question des risques liés aux substances chimiques, dont certaines ont des fonctions de perturbation endocrinienne, aux pesticides ou encore aux nanomatériaux. Seules deux questions ont retenu l'attention en substance, celle de la qualité de l'air et celle de l'amiante.* »³⁹

³⁶ Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire, 26 septembre 1986.

³⁷ Les liens entre santé et biodiversité, rapport d'avril 2013 du Conseil général de l'environnement et du développement durable, n°008095-01.

³⁸ Loi n°2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

³⁹ « Les faiblesses de la prise en considération du lien Santé Environnement dans la nouvelle loi santé », Béatrice Parance, Journal de Droit de la Santé et de l'Assurance Maladie, 1 mars 2016, pages 119 – 121.

Elle rappelle également le jugement sévère porté par la Cour des comptes sur les politiques nationales de lutte contre les pollutions atmosphériques⁴⁰, qui « *affirme d'emblée le caractère artificiel de la volonté politique de lutte contre la pollution atmosphérique alors même que les coûts sanitaires et économiques liés à cette pollution sont très importants.* »

La référence à des expériences étrangères serait la bienvenue : en effet, l'initiative « Un monde, une santé » de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS), l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) et l'Organisation mondiale de la santé animale (OIE) a pour ambition de créer des liens entre la santé humaine, animale, et environnementale, pour garantir le développement et la santé globale de tous les organismes⁴¹.

Elle invite les professionnels de la santé publique, la santé animale, la santé végétale et de l'environnement, à « *unir leurs forces à l'appui des approches «Un monde, une santé»* », qui permettent de « *détecter, traiter et prévenir efficacement les flambées épidémiques de zoonoses et les problèmes de sécurité sanitaire des aliments* ». Ces actions invitent également « *les responsables des administrations publiques, les chercheurs et les travailleurs travaillant aux niveaux local, national, régional et mondial* » à « *mettre en œuvre des interventions conjointes pour répondre aux menaces qui pèsent sur la santé* ».

Le malheur est que le Président des Etats-Unis vient de décider la mise entre parenthèse des lois environnementales pour une durée indéterminée, dans le contexte du COVID-19⁴²...

Plusieurs directions doivent être explorées :

⁴⁰ Les politiques publiques de lutte contre la pollution de l'air, Cour des comptes, 21 janvier 2016.

⁴¹ L'approche multisectorielle de l'OMS «Un monde, une santé», OMS, septembre 2017.

⁴² "EPA suspends enforcement of environmental laws amid coronavirus", The Hill, Rebecca Beitsch, 26 mars 2020.

Pour Yuval Noah Harari, une bataille s'engage dès aujourd'hui pour faire de notre santé un terrain de surveillance accrue, et une donnée partagée non seulement avec notre Etat mais potentiellement d'autres Etats⁴³.

Pour Inès Leonarduzzi, cette pandémie doit engendrer un « *plan social écologique* » qui aurait pour but d'intégrer l'écologie et les principes du développement durable dans une démarche transversale⁴⁴.

Dans un second temps, des « *états généraux du futur de l'agriculture et du bien-bâtir* » viseraient à repenser le modèle de construction agricole autour de ces principes de bonne gestion écologique.

Ces états généraux « *seraient l'occasion de définir de nouveaux modes d'expansion, des circuits courts et une consommation française à la fois équilibrée et responsable. Pour cela, on pourrait s'orienter vers l'habitat et l'agriculture verticale, l'écoconception ou le réemploi des matériaux et respecter les saisonnalités. Cela permettrait par ailleurs d'assainir les sols, rétablir des forêts pour y réintégrer oiseaux et animaux délogés, en cours d'extinction, et rééquilibrer les écosystèmes naturels.* »

Il n'y a pas seulement à regarder du côté du droit de l'agriculture et de l'alimentation, mais aussi du droit des techniques spécifiques qui ont créé le droit de l'environnement. Il s'agit ici de parler brièvement de la nécessaire extension du droit de l'évaluation environnementale, notamment lorsque la biodiversité, et en particulier la biodiversité forestière, doit être impliquée.

La jurisprudence internationale en matière d'étude d'impact climatique a réussi ce tour de force d'obliger les auteurs d'étude d'impact à se préoccuper non seulement, des effets directs, mais également des effets indirects d'un projet ; Une affaire judiciaire tranchée en Australie illustre bien ce propos : l'administration australienne reprochait à un projet d'équipement minier consacré au charbon et dans lequel l'aspect indirect de la

⁴³ Le monde après le coronavirus, vu par Yuval Noah Harari, Catherine Frammery, Le Temps, 24 mars 2020.

⁴⁴ « Opinion | Coronavirus : le pangolin n'y est pour rien », Inès Leonarduzzi, Les Echos, 20 mars 2020.

production du charbon, c'est-à-dire la vente de ce charbon dans le monde, n'avait pas été mesurée au regard des critères du réchauffement climatique – c'est ce qu'on appelle l'évaluation de l'effet indirect⁴⁵.

L'idée ici serait d'orienter la recherche sur les effets d'un projet appauvrissant la biodiversité sur le risque de développement viral, étude délicate on en convient, sans doute très onéreuse, mais totalement nécessaire.

De même, la question des élevages intensifs, vecteurs de virus⁴⁶, devrait être repensée en incluant cette même dimension. C'est dire qu'il faut condamner clairement les tentatives qui ont lieu en France de réduire, voire même d'écarter l'étude d'impact, et l'évaluation environnementale d'un projet⁴⁷.

Pour Laurent Fonbaustier, l'urgence environnementale impose de s'interroger clairement sur les « *modes de production, de distribution et de consommation écologiquement et socialement très néfastes [...] depuis longtemps généralisés et juridiquement permis. Leur traitement supposerait un changement d'échelle, une modification du regard sur les liens de causalité, ainsi qu'un dépassement d'une optique strictement juridique et contentieuse. À mi-chemin [...] dans certaines situations, l'intervention d'un juge serait inopérante ou inadaptée, et la « pression sociétale » semble alors la seule issue possible pour faire changer les comportements individuels* »⁴⁸.

⁴⁵ Dialogues franco-australiens sur la justice climatique, Thomas Thuillier, Energie - Environnement - Infrastructures, LexisNexis, 2019, pp.46 - Voir également à ce sujet, « Méthodologie de l'étude d'impact climatique: Droits européen, français et anglo-saxon », Christian Huglo, 1re édition, Editions Bruylant, 2020.

⁴⁶ Quand l'homme favorise les épidémies, Laure Cailloce, 23 septembre 2014, Journal du CNRS.

⁴⁷ Évolution du droit de l'environnement : entre le chaud et le froid, Christian Huglo, Énergie - Environnement - Infrastructures n° 3, Mars 2020, repère 3.

⁴⁸ Rapport « Une justice pour l'environnement » - . - Des constats lucides et des préconisations fortes, sources d'inspiration d'un projet de loi en cours d'adoption, Laurent Fonbaustier, La Semaine Juridique Edition Générale n° 10, 9 Mars 2020, 260.

Enfin, c'est une véritable révolution du droit de l'environnement, souche sur le droit de la santé, et donc le droit à la vie, qu'il faudra entreprendre ; L'opération sera difficile car la tentation sera forte à l'issue de la crise de privilégier le court terme sur le long terme.

Les évolutions imposées à la profession d'avocat par la crise sanitaire seront-elles pérennes ?

Julia Boccabella, avocat

Pour ce numéro de juin 2020 de la revue « Horizons du droit », Julia Boccabella, Responsable au sein d'une grande Legal tech française et avocate, expose le phénomène de la digitalisation du métier d'avocat, dont la crise sanitaire a largement révélé les vertus.

Originnaire d'Avignon, Julia a étudié à la Faculté de droit et de science politique de Montpellier où elle a suivi un cursus en droit privé, validé par un Master en droit privé économique. Ces études lui ont permis de travailler comme bénévole à la Clinique juridique de Montpellier et d'effectuer un échange à l'Université de Laval au Québec en matière de droit international public. Après la rédaction d'un mémoire dédié à la justice prédictive et l'entrée au Barreau en 2018, Julia a rejoint l'équipe de Predictice. Elle a aujourd'hui la charge de la formation et de l'accompagnement des avocats et juristes dans leur utilisation de la plateforme.

La question de la digitalisation des métiers juridiques n'est pas nouvelle. Au contraire, elle a été largement abordée, débattue, puis finalement intégrée par la profession dans son ensemble. Difficile aujourd'hui de faire exister un cabinet d'avocats et d'avoir une visibilité sans un site internet ou encore sans une page LinkedIn. Beaucoup de professionnels se dotent de formulaire de contact automatique, de secrétariat numérique ou encore de *chatbot*⁴⁹. Pléthore de formations concernant la digitalisation destinées des avocats sont désormais disponibles en ligne⁵⁰.

La transformation numérique de la profession est belle et bien en marche, et elle est même devenue un véritable outil de communication et de prospection. Les stratégies de digitalisation, qui sont pilotées par des experts de l'innovation et du changement⁵¹, deviennent souvent des éléments de différenciation forts entre les structures, en termes d'image, de visibilité, de positionnement de marque.

Cependant, ces outils sont avant tout des outils de travail, et c'est donc d'abord sur ce terrain que leur principal impact est attendu. Qui sont les acteurs concernés par ces outils ? Le spectre est large : associés, collaborateurs, documentalistes, et même stagiaires ; il semblerait que la digitalisation intéresse tout le monde, de près ou de loin. De la même manière, les bénéfices attendus sont nombreux : gain de performance, d'efficacité, concentration des ressources sur les tâches à plus forte valeur ajoutée, etc.

Toutefois, une question importante demeure et est aujourd'hui au centre des débats. Comment faire du digital un levier d'optimisation du travail et de cohésion des équipes ?

Cette question revêt évidemment une importance toute particulière depuis le début de la crise sanitaire, provoquée par l'épidémie mondiale de la Covid-19. Accélétratrice de changement d'habitudes, les rituels de travail ont été grandement modifiés, et bien souvent

⁴⁹ Chatbot vient du terme « bot », diminutif de « robot ». Il désigne un programme conçu pour dialoguer avec des utilisateurs via une plateforme ou une application de messagerie: <https://blog.hubspot.fr/marketing/chatbot-definition>

⁵⁰ <https://www.fidesformations.com/formation/la-digitalisation-des-cabinets-davocats>

⁵¹ On remarque depuis quelques années l'apparition de nouveaux postes tels que chief digital officer au sein des cabinets d'avocat.

il a fallu ... improviser ! L'enjeu principal a alors été de fédérer les équipes tout en continuant de fournir des services de grande qualité, dans une situation tout à fait exceptionnelle.

Si certains avocats ont vu leur activité ralentir, du fait de la suspension de traitement des contentieux non essentiels, et donc des nombreux reports d'audience, d'autres ont été extrêmement sollicités, dans des matières comme le droit social ou les procédures collectives, où le droit était quasiment à inventer.



Le premier bouleversement organisationnel, a bien évidemment été la mise en place du télétravail, qui est venu subitement remplacer un modèle très présentiel, dans un univers marqué par une réticence forte vis-à-vis des horaires décalés et du travail à distance⁵². Dans beaucoup de cabinets, cela a nécessité de mettre en place des canaux de communication entre les membres des équipes, et surtout d'instaurer de nouveaux rituels de management. Ces derniers ont parfois été empruntés aux startups, dont l'organisation est assez novatrice et qui proposent des systèmes dont l'efficacité a fait ses preuves. Par exemple, commencer la journée par un *stand-up* matinal afin de partager avec les membres

⁵² <https://blog.predictice.com/covid19-presenteisme-cabinet-avocats>

de son équipe les différentes missions de la journée, ou encore terminer la semaine par un *finish-up* dans le but de résumer et communiquer les objectifs atteints.

Quel en est le bilan ? Nous le saurons très vite, lorsque les affaires laisseront un peu de répit aux avocats qui pourront alors nous raconter les coulisses de ce qui s'est tramé.

Bien qu'il ne faille pas sous-estimer les potentielles sources de distractions, il semblerait tout de même que dans de nombreuses structures, le télétravail ait prouvé qu'il pouvait, dans de bonnes conditions, être porteur d'une meilleure efficacité. Cette transformation a conduit à l'émergence de certaines problématiques, comme la question du droit à la déconnexion, mais il s'agit d'un autre sujet !

Dans cet univers nouveau, il convient de s'attarder sur l'outil roi de ces dernières semaines : la visioconférence. Plus humaine et chaleureuse que le rapide coup de téléphone, elle a le mérite de permettre l'impensable : rassembler beaucoup de monde en même temps, sans en perdre. Finalement, il semblerait que beaucoup de clients d'avocats aient apprécié. Et un client satisfait ne fait-il pas un avocat heureux ?

Autres outils utilisés, mais cette fois-ci en interne : le *chat* et les outils de collaboration et de documentation⁵³. L'enjeu était ici de favoriser l'accès rapide à l'information et d'éviter les interruptions contre-productives entre collègues. En remplaçant l'écrit par l'oral, dans 80% des cas, on réduit les "demandes parasites" et on augmente la concentration. Lorsque l'écrit n'est pas adapté, il est directement remplacé par le téléphone ou la visio, et tout y est circonscrit. La voie vers une meilleure organisation ! Autre avantage de l'écrit dans la communication avec ses supérieurs hiérarchiques : il est parfois plus aisé de formuler une question, et les timides peuvent s'y reprendre à deux fois. Mais à l'inverse, sans les expressions faciales, la communication peut se complexifier, entraîner malentendus, incompréhensions et frustrations. Il est dès lors important de redoubler d'attention lors de

⁵³ <https://blog.predictice.com/bonnes-pratiques-de-start-up-pour-avocat-ou-juriste-qui-t%C3%A9travaille>

ces échanges écrits. Des problématiques mieux exposées et des non-dits évités sont de vrais leviers de productivité et d'efficacité.

Dernier phénomène qui mérite d'être souligné : le télétravail forcé et la période de confinement ont fait émerger des espaces de communication et d'échanges qui n'avaient jamais été autant exploités. Il s'agit ici des conférences en ligne, webinaires⁵⁴, débats *live*⁵⁵, ou encore des formations gratuites⁵⁶. Le télétravail a offert la possibilité aux avocats de "prendre le temps" de se consacrer à des missions ou à des tâches en temps normal délaissées, car jugées non prioritaires⁵⁷.

Enfin, comment clôturer cet article sans parler de l'incidence du stress, sur les professions juridiques, et sur le métier d'avocat en particulier ? En effet, beaucoup de jeunes avocats décident, après quelques mois ou quelques années, de quitter la robe. Les raisons sont diverses, mais dans les témoignages, beaucoup se recourent : conditions de travail inadaptées génératrices de stress⁵⁸ (particulièrement chez les femmes⁵⁹), charge de travail très importante privant parfois d'une vie sociale épanouie, pression hiérarchique forte, une concurrence rude entre collaborateurs, ambiance stricte ou assez peu bienveillante, faible degré de reconnaissance pour le travail effectué, etc.

Contrastant avec cet univers parfois exigeant voire sévère, le domicile apparaît pour beaucoup comme un lieu plus serein. La création ou l'aménagement d'un espace de travail chez soi a pour nombre d'entre nous été une découverte, vécue agréablement sous réserve de disposer de l'espace suffisant. Pour autant, la transition numérique ne serait être la solution miracle aux problématiques soulevées, mais elle pourrait constituer une première étape vers de nouvelles méthodes de travail et une ambiance plus saine.

⁵⁴ <https://blog.predictice.com/organiser-reprise-activit%C3%A9-avocats-webinar-predictice>

⁵⁵ <https://www.cnb.avocat.fr/fr/actualites/les-e-debats-du-cnb>

⁵⁶ <https://academie-predictice.com/>

⁵⁷ <https://www.village-justice.com/articles/des-formations-interessantes-suivre-ligne,34341.html>

⁵⁸ <http://www.slate.fr/story/160321/emploi-avocats-barreau-droit-salaire-concurrence-reconversion-professionnelle-entreprise>

⁵⁹ <https://www.franceinter.fr/justice/enquete-le-blues-des-jeunes-avocates>

In fine, les mutations que les professionnels du droit connaissent ne doivent pas être appréhendées comme une barrière à l'exercice essentiel de leurs missions. Aucun outil numérique ne sera à même de remplacer les compétences et l'esprit critique de l'avocat, et encore moins les valeurs humaines dont il est porteur. Néanmoins, force est de constater que la digitalisation de la profession a permis de conserver des liens forts en période d'éloignement forcé, et que les bénéfices brièvement exposés pourraient tout à fait être pérennisés lorsque les choses reprendront leurs cours...

« Start-up et Droit des affaires »

Rapport du groupe de travail de l'AFDD.

Rédigé par le secrétaire général du groupe M. Tristan Girard-Gaymard.

À partir des contributions de M. Franck Julien, Me Frédéric Lalance,
Me Emmanuelle Pierroux, M. Sylvio Quincey, Me Georges Teboul
et M.Hugo Barbier.

Un certain enthousiasme pour les start-up. Il existe aujourd'hui une documentation relativement abondante sur l'histoire des *start-up*. L'histoire de ces « jeunes pousses » suscite l'engouement d'un public enclin à un certain rêve américain tandis qu'elle captive assurément l'attention d'une jeunesse acquise qui ne se lasse pas de citer, souvent de ouï-dire, le destin fabuleux de telle ou telle « licorne »⁶⁰ soudainement portée aux nues.⁶¹ En revanche, les scrutateurs de la vie financière internationale se souviennent du destin tragique de la start-up américaine dénommée *GO Works.com*. Fondée en mai 1998⁶² par trois associés, Kaleil Tuzman, Tom Herman et Chieh Cheung, la rapide et retentissante faillite de cette « jeune pépite » frappa les esprits en pleine effervescence de la bulle internet. Alors qu'elle semblait dotée d'un solide *business plan* et d'un marché captif⁶³, la « jeune entreprise innovante » sombra d'un coup dans les procès et les dettes après seulement quelques semestres d'existence. La cinéaste Jehane Noujaim s'empara de cette histoire vraie pour réaliser et porter à l'écran en janvier 2001 son film documentaire sous le titre de *Startup.com*. En mars 2001, *GO Works.com* fut placée sous la protection du chapitre 11 de la loi américaine sur les faillites.

Il n'existe pas de définition juridique de la start-up. La proposition qu'en donne Steve Blank et Bob Dorf, auteurs du livre *The startup owner's manual : The Step-by-Step guide for building a great company*⁶⁴, est alors digne d'intérêt : « une start-up est une organisation temporaire à la recherche d'un business model industrialisable, rentable et permettant la croissance ». Pour être complet, il faut ajouter à cette formulation qu'une *start-up* se doit d'être le plus souvent une entité entrepreneuriale innovante.

⁶⁰ Une licorne est une start-up dont la valeur a dépassé un milliard de dollars. En France, il excite quatre licornes : OVH, BlaBlaCar, Deezer et Doctolib.

⁶¹ En contrepoint, voir l'ouvrage de Mathilde Ramadier, *Bienvenue dans le nouveau monde. Comment j'ai survécu à la coolitude des start-ups*, éd. Premier Parallèle, 2017.

⁶² L'entreprise fut fondée en 1998 sur l'image des « dot-com companies ». Elle employait huit collaborateurs.

⁶³ La clientèle était composée de redevables de taxes locales dues à la suite de l'utilisation de services publics.

⁶⁴ Steve Blank & Bob Dorf, *The startup owner's manual : The Step-by-Step guide for building a great company*, éd. Diateino, 2012.

Les toutes premières *start-up* sont apparues aux États-Unis durant les *Roaring Twenties*⁶⁵, profitant des retombées du progrès technologique de l'époque dans le domaine de la télégraphie sans fil (TSF), puis de sa diffusion notamment permise grâce à la *Radiomania*⁶⁶. En France, l'apparition massive des *start-up* remonte vraisemblablement à la Libération, lorsque sont apparues les premières sociétés de capital-risque. Dans la mesure où le crédit bancaire classique ne se tourne naturellement pas vers les *start-up*, leur financement est depuis longtemps encouragé par les pouvoirs publics au moyen de mesures spécifiques⁶⁷. Cela n'a pas empêché l'Autorité des Marchés financiers d'indiquer, dans un article de juin 2013,⁶⁸ que l'investissement dans des *start-up* peut s'avérer risqué pour un investisseur non averti⁶⁹.

Éléments quantitatifs d'un panorama des start-up françaises. La France a depuis longtemps pris conscience du besoin d'accompagner les *start-up* dans leur création puis le développement sur son territoire. Les enjeux de cette politique se mesurent en termes de production de richesses et d'emplois et d'équilibre de la balance commerciale. La mise en œuvre de mesures prises en ce sens a permis la création d'entreprises innovantes et l'augmentation progressive du nombre de *start-up*.

La France abrite de l'ordre de 10 000 *start-up*. D'après une centralisation opérée par le Journal du Net,⁷⁰ ces dernières ont dans leur ensemble pu lever 3,34 milliards d'euros (en 616 opérations, dont trois dépassant les 100 millions d'euros) au cours de l'année 2018,

⁶⁵ Cette période de croissance a été désignée *années dorées* en Grande Bretagne et *années folles* en France.

⁶⁶ V. J.-P. Petit, *La Bourse : Rupture et renouveau*, éd. Odile Jacob, 2003.

⁶⁷ Les sociétés de développement régional (SDR) ont été créées par le décret n° 55-876 du 30 juin 1955 ; les sociétés financières d'innovation (SFI) par la loi n° 72-650 du 11 juillet 1972 et les fonds communs de placement à risques (FCPR) ont été créés par la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 (Source : Rapport du groupe de travail présidé par M. Adhémar sur les règles d'organisation et de déontologie s'appliquant aux FCPR, 25 mars 1999).

⁶⁸ In AMF, « Comprendre les produits financiers », Épargne info service, 26 juin 2013.

⁶⁹ La notion d'investisseur « averti » a été précisée par la jurisprudence. Voir à ce sujet : Cass. Com., 18 févr. 2004, n° 02-14311.

⁷⁰ <https://www.journaldunet.com/web-tech/start-up/1421266-levees-de-fonds-2018/>

contre 2,02 milliards d'euros en 2017 (en 449 opérations). Les statistiques montrent une crédibilité grandissante des opérateurs auprès des investisseurs, dans leur démarche de collecte de fonds. Les trois secteurs les plus fidèles aux appels d'offres sont dans l'ordre d'importance : l'écosphère du monde de la publicité digitale (Adtech, Martech et Publishers) qui collecte plus de 20 % des capitaux, suivis des FinTech (près de 9 %) et de la gestion digitale des ressources humaines. Parmi les opérations connues, 125 ont porté sur des montants inférieurs à un million d'euros.

Il faut dès ici rappeler que l'absence de collecte de fonds extérieurs peut s'avérer d'une grande sévérité pour une start-up et la conduire pour cette raison à l'échec. Le taux moyen de faillite d'une start-up nationale non « accompagnée » est de l'ordre de 40 %, contre 20 % s'il s'agit d'une start-up « accompagnée ». Dans ces conditions, l'accompagnement financier des start-up est souvent une nécessité majeure dont les banques en France ont conscience.

Éléments qualitatifs d'un panorama des start-up françaises. Afin de fédérer le mouvement des start-up françaises derrière une bannière commune, les pouvoirs publics ont décidé en novembre 2013 d'octroyer aux start-up actives le label national « French Tech ». L'initiative French Tech a pour but de soutenir la croissance des start-up en France et à l'international, de permettre de structurer leur réseau pour rendre plus fluides leurs échanges au niveau national. Les mêmes bénéfices peuvent être attendus au niveau international. Alors qu'en novembre 2014, neuf métropoles bénéficiaient déjà du label French Tech, c'est aujourd'hui 13 écosystèmes qui sont récompensés.

Par ailleurs, le 15 juin 2017, le Président Macron annonçait le lancement officiel d'un *French Tech Visa*, procédure simplifiée visant à accélérer l'accomplissement des démarches administratives pour créer une start-up et embaucher rapidement des talents sur le marché international. Les populations cibles du *French Tech Visa* sont des créateurs internationaux désireux de développer une entreprise en France. Un retour d'expérience organisé fin octobre 2018 a révélé que seulement 150 Visa French Tech avaient été émis

depuis le début de l'expérience. C'est pourquoi, depuis le 1^{er} mars 2019, les start-up performantes de la communauté French Tech validées par BFI, bénéficient d'une procédure accélérée pour accomplir leurs démarches. Dans la loi dernière de Finance, une ligne budgétaire a été dédiée à la French Tech d'un montant de trois millions d'euros. Un budget va permettre des crédits d'intervention directe de la French Tech à destination de ses communautés.

Le *Consumer Electronics Show* (CES) de Las Vegas est un salon annuel avec vocation à rassembler des entreprises de la technologie grand public du monde entier. L'évènement a été créé en 1967 à New-York, mais se déroule depuis de nombreuses années à Las Vegas. La dernière édition de l'évènement a eu lieu du 8 au 11 janvier 2019 rassemblant près de 4 500 exposants et 180 000 visiteurs. Alors qu'en 2018, la délégation de la French Tech se situait en 3^{ème} position derrière les États-Unis et la Chine, cette année, la France occupait la deuxième délégation étrangère après la Chine, avec près de 420 entreprises, dont 380 start-up.

La présentation du contexte national et international du phénomène start-up permet de donner un cadre à la réflexion juridique que le groupe de travail de l'AFDD lui a consacrée. Ses travaux se sont articulés autour de trois axes de recherche.

Il est d'abord apparu pertinent de regrouper les éléments du droit positifs propices à l'épanouissement des start-up (I), puis, dans un objectif de proposition, de déterminer quels éléments mériteraient d'être modifiés ou ajoutés au droit positif (II) afin de promouvoir la création ou le développement des start-up.

I. Les éléments du droit positif propices à l'épanouissement des start-up

La liberté de choix de la forme juridique de la start-up. Comme pour toutes les entreprises, l'adoption d'une certaine forme juridique est une obligation pour une start-up. Lorsque l'entrepreneur ne sait pas quelle structure juridique adopter, la banque Bpifrance

propose sur son site une application simple et gratuite permettant de choisir la forme juridique la mieux adaptée à la situation⁷¹. Les formes juridiques de société les plus utilisées par les start-up françaises sont la SARL et la SAS. Dans les deux cas, le montant du capital social est librement fixé par les associés et leur responsabilité est limitée au montant de leurs apports. En revanche, si l'adoption du statut de SARL convient à tous types de projets, la SAS favorise l'entrée au capital de nouveaux investisseurs.

L'aide publique aux jeunes entreprises innovantes. Le statut de jeune entreprise innovante (JEI) a été instauré en France par le décret n° 2004-581 du 21 juin 2004 pris en application de l'article 131 de la loi de Finances pour 2004 (n° 2003-1311 du 30 décembre 2003). Il s'agissait d'accorder une aide fiscale en faveur de la jeune entreprise innovante en exonérant totalement le bénéficiaire des cotisations de sécurité sociale. Le succès de cette disposition a motivé la reconduction de cette aide.

Les start-up peuvent par ailleurs bénéficier d'un soutien financier de l'État. Les pouvoirs publics ont mis en place un organisme public dont la vocation est de répondre sous certaines conditions aux besoins de financement des entreprises. Ainsi, Bpifrance a été créée par la loi du 31 décembre 2012. Regroupant Oséo, CDC Entreprises, FSI et FSI Régions, établissements déjà existants, la Banque publique a été chargée de contribuer au financement et au développement des entreprises françaises. Bpifrance possède des équipes implantées dans chaque région pour favoriser le développement local. Le soutien financier de la banque Bpifrance aux entrepreneurs est aujourd'hui reconnu par la profession. L'aide de l'organisme public peut prendre la forme d'apport en capitaux et de garanties de financements. En raison de son intervention relativement fréquente en faveur des start-up, notamment pour les doter d'un capital d'amorçage, l'organisme public est parfois appelé la banque des start-up. À compter du 1^{er} janvier 2019, Bpifrance a repris

⁷¹ L'application proposée sur le site de Bpifrance pose au candidat potentiel cinq questions relativement simples sous la forme d'un QCM : 1° s'agit-il d'un projet de création seul ou à plusieurs ? 2° dans le but de gagner de l'argent ou pour un but non lucratif ? 3° l'activité projetée nécessite-elle des investissements importants ?

l'ensemble des missions de l'Agence France Entrepreneur (AFE) ainsi que celles de la Caisse des Dépôts (CDC) en faveur de la création d'entreprises.

La recherche scientifique au sein des start-up. Avant 1999, il n'était pas possible aux chercheurs fonctionnaires en raison de leur statut les rattachant aux organismes publics, organismes de recherche ou universités, d'être mis à la disposition d'une entreprise. Depuis la loi n° 99-587 du 12 juillet 1999 sur l'innovation et la recherche, il est permis à un tel chercheur de créer une entreprise ou participer à la direction et à la vie d'entreprise en valorisant sa recherche tout en conservant son statut de droit public. Depuis la loi Pacte, il est possible pour l'universitaire chercheur de fournir ses services à une entreprise du secteur privée.

Le financement des start-up. Le succès d'une start-up dépend du bon vouloir de ses associés qui accepteront ou non de contribuer à financer le projet que poursuit l'entreprise. En pratique, le financement d'une start-up peut s'échelonner dans le temps et prendre la forme de tours de table successifs au sein desquels les associés actuels ou des tiers investisseurs seront invités à augmenter ou acquérir une participation dans le capital. L'organisation de ces appels de fonds est très fréquente, dès lors qu'émergent bien souvent des difficultés de réalisation du projet initial.

En matière de financement⁷², plusieurs mécanismes portés actuellement par le droit positif assurent un financement satisfaisant des start-up. Certains de ces instruments octroient à l'ordre juridique français un avantage compétitif. Il s'agit principalement du Crédit Impôt Recherche, du statut Jeune Entreprise Innovante, les prêts à taux zéro dispensés par la Banque Publique d'Investissement, ainsi que les instruments financiers donnant accès au capital que sont les bons de souscription de parts de créateur d'entreprise et les attributions

⁷² V. F. Julien, « Regard juridique sur le financement des *start-up* », Banque et droit 2019, n° 186.

gratuites d'action. Au-delà, on constate la grande diversité des sources du financement des start-up.

Le prêt d'honneur. Faute d'un apport personnel suffisant pour obtenir un financement bancaire, il est possible de solliciter un prêt sans intérêts ni garanties que l'emprunteur s'engage à rembourser « sur l'honneur ». Il s'agit d'un prêt octroyé au créateur, et non à l'entreprise créée, cette particularité permettant de différencier le « prêt d'honneur » d'une « avance remboursable ». L'obtention d'un tel concours procure du crédit au projet de création et favorise souvent la mise en place d'un financement bancaire complémentaire. Cela permet par ailleurs de bénéficier de l'accompagnement de l'organisme prêteur pendant la phase de démarrage et de premier développement de l'activité. Le créateur doit toutefois présenter un plan d'affaires solide avec des éléments convaincants sur la réalité du marché potentiel convoité. Deux réseaux nationaux ont vocation à accorder des prêts d'honneur après examen du dossier par un comité d'agrément réunissant des chefs d'entreprises, des banquiers et d'autres experts en financement. Leur montant varie en fonction des projets, des besoins en fonds propres et des organismes sollicités. S'agissant d'Initiative France, les prêts sont d'un montant variant en règle générale de 2 000 à 50 000 euros. En ce qui concerne Réseau Entreprendre, les prêts varient en règle générale de 10 000 à 50 000 euros. Ces prêts à la personne sont consentis sans intérêt, garantie ou caution personnelle, et peuvent faire l'objet d'un différé de remboursement.

Les Business angels et family offices. Les investisseurs en amorçage interviennent généralement en amont du développement de la start-up, avant que le chiffre d'affaires n'augmente de manière significative. Il s'agit des *business angels* et des *family offices*. Les premiers sont des investisseurs individuels qui prennent une participation directement dans l'entité concernée, ou par l'intermédiaire de véhicules d'investissement qui les regroupent. Les *family offices* sont des structures auxquelles une famille fortunée a confié ses actifs, à charge pour elles de les gérer de manière rentable. Les *family offices* sont de taille variable

selon la quantité et la nature des actifs confiés, et interviennent de manière croissante dans le financement des start-up en phase d'amorçage.

Les fonds d'amorçage. Ces fonds de capital-risque sont spécialisés dans l'amorçage et investissent dans des projets peu matures à hauteur de montants relativement faibles. Leur stratégie est d'investir de petits montants dans une grande variété de start-up. Les fonds d'amorçage ont des exigences de rentabilité plus fortes et le processus d'investissement est plus long. Leurs investissements concernent surtout les secteurs de la biotechnologie ; ils s'abstiennent en principe de financer les innovations non protégées par un brevet. La différence fondamentale avec les business angels réside dans la provenance des capitaux et donc l'exigence de rentabilité qui en découle. Les opérations d'amorçage sont réalisées en priorité par des fonds régionaux et les fonds alimentés par le Fonds National d'Amorçage (FNA). Le FNA réalise des investissements dans des fonds d'amorçage gérés par des équipes de gestion professionnelles et qui effectuent eux-mêmes des investissements dans de jeunes entreprises innovantes en phases d'amorçage et de démarrage. L'objectif du FNA est d'assurer l'émergence des petites et moyennes entreprises les plus innovantes et soutenir leur croissance, en renforçant les fonds d'investissement intervenant dès l'amorçage, pour améliorer le financement en fonds propres de ces entreprises.

Les opérations de financement participatif. Le recours par les start-up au financement participatif était particulièrement important il y a quelques années, et a tendance depuis à s'estomper. Actuellement le financement participatif est surtout présent dans les financements B2C et concerne dans une moindre mesure les jeunes pousses. Ces dernières ont toutefois recours au crowdfunding dans une optique d'étude de marché, afin d'analyser les attentes et réactions de ce dernier. Les opérations de financement participatif renvoient à trois catégories : le financement participatif par don (mécénat participatif ou *crowdsponsoring*), par prêt (prêt participatif ou *crowdlending*) ou par participation au capital de la société (investissement participatif ou *crowd investing – crowdequity*). Le

crowdequity, sous-branche du *crowd funding* existant depuis octobre 2014, permet aux petites entreprises de lever des fonds grâce à des plateformes de financement participatif sans recourir au circuit bancaire traditionnel, qui requiert des schémas de financement spécifiques.

Le venture loan. Le Secrétaire d'État au Numérique a annoncé l'intention de Bpifrance d'expérimenter un nouvel outil de financement des start-up, le *venture loan*, qui se situe entre le prêt (la dette) et les fonds propres. Il est destiné aux structures rentables ou dont la rentabilité est proche. L'intention est de permettre des levées de fonds plus significatives de l'ordre de 20, 50 à 100 millions d'euros. Il s'agit d'un prêt amortissable de 2 à 4 ans, avec ou sans période de grâce, et porteur d'une double rémunération. Au taux d'intérêt fixe, assez élevé compte tenu du risque, s'ajoute une rémunération variable reposant sur un partage de la plus-value dégagée lors de la cession ultime des titres en capital, après exercice des bons de souscription d'actions (BSA) octroyés lors de la mise en place du prêt. L'intérêt pour la start-up est d'éviter ou de limiter la dilution des actionnaires fondateurs. Par ailleurs, la mise en place d'un *venture loan* n'implique pas la présence d'un investisseur au sein des organes de direction, et les vérifications préalables (due diligence) sont ici plus limitées. Une telle formule de financement peut donc être mise en place dans des délais plus réduits, sans occulter toutefois le rôle des investisseurs.

Risque et responsabilité dans les start-up. La question de la responsabilité du dirigeant est importante. Comment la mettre à l'abri ? Comment apprécier la prise de risque du dirigeant qui a échoué ? Dispose-t-il d'un droit à l'échec et au rebond ? Quelle est la notion de risque inconsidéré ?

Plus largement, c'est la question de l'adaptation des grandes règles de la responsabilité au sens large à l'esprit de la start-up qui est ici posée. Dans quelle mesure cet esprit si particulier doit-il influencer sur les grandes règles de notre droit des affaires ?

Quant au dirigeant d'une start-up, la question est celle de savoir si l'on doit apprécier la faute de gestion d'un dirigeant de start-up à la lumière de son pouvoir de prendre des risques au nom de la start-up. Cette problématique ressort d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 27 février 2007⁷³. Un dirigeant de start-up ayant fait faillite voyait sa responsabilité engagée. La Cour de cassation relève que « *l'existence de résultats négatifs à l'origine, n'était pas anormale pour une société "assimilable à une start up"* ». C'est là le signe de la liberté de prendre des risques accrue dans une start-up. En revanche, elle considère finalement dans cette décision que la fuite en avant qui a consisté à un blocage des comptes courants, une augmentation de capital et des emprunts pour financer une start-up « sans qu'aucun signe de rentabilité future n'apparaisse, en l'absence de marché correspondant au produit proposé » était fautif. Le dirigeant peut bénéficier ainsi dans une certaine mesure de l'esprit de start-up pour abaisser son niveau de responsabilité mais à un moment donné on le voit, il est tout de même obligé d'assumer le risque pris.

Il en va de même pour l'associé qui achète des titres d'une start-up. Doit-on apprécier le dol dont il pourrait se prétendre victime à la lumière du particularisme de la start-up ? Dans un arrêt rendu le 18 mai 2018⁷⁴, la Cour d'appel de Versailles a eu à connaître d'une action en dol lors de la cession d'actions d'une start-up. L'acheteur se plaignant de ne s'être vu communiqué un certain nombre de ratios financiers et de documents comptables. Son action est rejetée par les juges aux motifs que peu importait ces documents, l'acheteur « *avait conscience d'investir dans une société de type "start up" dont le produit n'était pas encore commercialisé et qui présentait donc un aléa important quant à son développement* ».

Enfin, bien sûr, le salarié. Lui aussi doit respecter l'esprit de la start-up. On le voit à un arrêt particulièrement intéressant rendu par la Cour d'appel de Paris du 24 novembre 2016⁷⁵, où un salarié disait abusive la rupture de la période d'essai, le dirigeant de la start-

⁷³ Cass. com., 27 févr. 2007, n°05-20038.

⁷⁴ CA Versailles, 18 mai 2018, n° 16/06881.

⁷⁵ CA Paris, 24 nov. 2016, n° 15/09719.

up justifiait la rupture, et en fut approuvé par les juges par le fait que : « *le salarié faisait preuve d'un comportement inadapté à la culture d'entreprise d'une start-up et qu'il avait un discours de dénigrement systématique* ». Il y a un esprit start-up, une *affectio start-upis* si l'on ose dire, qui frappe à la porte du droit.

Encore faut-il ajouter que, si le salarié se voit ainsi opposé l'esprit de la start-up, il peut aussi s'en prévaloir. Jusqu'où doit-on apprécier en effet les motifs de licenciement économique à la lumière du risque accru porté par la start-up ? Dans un arrêt tout récent rendu le 25 septembre 2019⁷⁶ : une start-up avait licencié une salariée en alléguant des mutations technologiques. Celle-ci se défendait ainsi dans ses écritures « les mutations technologiques alléguées par la société Allociné n'ont pas de caractère réel ni sérieux ; la société Allociné est une start-up qui s'adapte en permanence aux évolutions du marché et aux besoins des clients ». Et finalement d'ailleurs, le licenciement a été jugé sans cause réelle et sérieuse. Cela pose au fond la question de savoir si les mutations technologiques sont une bonne raison de licenciement pour une société dont l'essence même est de surfer sur les mutations et non de les subir. On le voit la jurisprudence intègre peu à peu les spécificités d'une entreprise start-up, de son esprit, de sa prise de risque, il ne tient qu'à nous d'attiser encore cette prise en compte directe de la start-up par le droit ; j'espère qu'il ressortira de ce colloque des propositions en ce sens pour favoriser l'un des fleurons de l'économie française que sont les start-up françaises.

Les difficultés des start-up. Pour les start-up comme pour les autres entreprises, la prévention est le meilleur mode de traitement de leurs difficultés. La prévention, qu'il s'agisse d'un mandat *ad hoc* ou d'une conciliation permet, par l'intervention d'un tiers indépendant, désigné par le tribunal, de dépassionner le climat, de reconstituer les modalités d'un dialogue entre les financiers, les fondateurs et les « opérationnels » dont la motivation est un élément essentiel. Dans la meilleure des hypothèses, le circuit financier pourra être rétabli ou des appels de fonds pourront avoir lieu. La conciliation est, depuis

⁷⁶ CA Paris, 25 sept. 2019, n° 15/00015

quelques années, bien adaptée même si sa durée peut apparaître brève (4 mois ou 3 mois à la demande du conciliateur).

Pendant cette période de conciliation, un *prepack* cession peut être lancé à condition de respecter certaines précautions et notamment la publicité de l'appel d'offres et l'information du parquet, ces points étant parfois discutés en doctrine ou par les praticiens. Cette technique encore nouvelle apparaît bien adaptée aux start-up en permettant de rechercher, sans l'annonce préalable de l'ouverture d'une procédure collective, ce qui a souvent des effets destructeurs, une autre solution permettant d'assurer la pérennité sociale.

A l'issue d'un appel d'offres lancé pendant la période de conciliation, une procédure collective sera ouverte et pendant cette courte période, le tribunal pourra choisir rapidement le repreneur qui se sera manifesté, pendant une période où la confidentialité est le principe. Ces outils fonctionnent bien et il convient de conforter et d'encourager la prévention, notamment en renforçant la possibilité pour le dirigeant d'une start-up d'en bénéficier.

II. Les éléments qui mériteraient d'être modifiés ou ajoutés au droit positif

Militer pour la création d'un « guichet juridique » destiné aux start-up. Afin de faciliter le travail de recherche des candidats à la création de start-up, l'existence d'un guichet unique pour mieux les orienter rapidement présenterait des avantages certains. Ce guichet serait à l'image de celui mis en place par les pouvoirs publics sous le nom de « Plan d'urgence local de soutien à l'emploi (PULSE) »⁷⁷. Les missions confiées à ce nouveau guichet public pourraient se décliner comme suit :

- Mettre en place une équipe à l'écoute et au service des jeunes candidats à l'entrepreneuriat ;

⁷⁷ Il existe une offre similaire à l'Université de Montréal dénommée le « Garage juridique ». Le comité consultatif du Garage juridique est composé de juristes et d'entrepreneurs expérimentés (voir : <https://www.garagelegal.ca>).

- Fournir des informations de nature juridique aux candidats à la création d'entreprise ;
- Identifier leurs besoins ;
- Organiser des échanges sur des retours d'expérience ;
- Mettre à la disposition des visiteurs un kit documentaire utile

Un guichet juridique unique accompagné d'un starter pack. Le pacte de la profession bancaire publié en décembre 2017. En décembre 2017, la profession bancaire a publié un document intitulé Pacte. Actions et propositions de la FBF⁷⁸. La Fédération bancaire française (FBF) s'est donc fortement impliquée dans les travaux des pouvoirs publics sur le Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises. Elle a pris le parti de proposer une liste de dix-sept propositions allant toutes dans un sens constructif⁷⁹.

La BNP PARIS s'engage quant à elle, dans la cadre de la French Tech, à favoriser l'innovation chez les start-up en offrant une formule d'accompagnement dénommée *Le Startup Engagement Kit*. L'offre de la banque se décline en une série de promesses fermes :

⁷⁸ Fédération bancaire française.

⁷⁹ Les 17 propositions de la FBF pour orienter l'épargne vers le financement des PME sont les suivantes : 1° Créer un nouveau produit bancaire d'épargne longue ; 2° Rendre plus attractifs les produits PEA et PEA-PME ; 3° Préserver et renforcer l'analyse financière (recherche) destinée aux PME ; 4° Favoriser l'épargne salariale ; 5° Simplifier les conditions de commercialisation des instruments financiers dits « complexes » ; 6° Soutenir la refonte du produit euro-croissance ; 7° Inciter les entrepreneurs à ouvrir et alimenter le capital de leur PME ; 8° Mettre à disposition les réseaux bancaires au service d'éventuelles privatisations, en proposant une « tranche » réservée ; 9° Favoriser le financement de la transmission d'entreprises en rendant possible la prise de garantie sur les actifs de la société acquise ; 10° Faciliter l'accès et simplifier les procédures et reportings pour les financements et garanties BEI - FEI ; 11° Défendre dans les instances internationales et européennes des règles comptables et prudentielles conformes à l'objectif de croissance économique et de financement des investissements ; 12° Supprimer le TEG pour les prêts aux professionnels ; 13° Rendre le financement sur stocks résilient aux procédures collectives ; 14° Faciliter l'utilisation des dispositifs publics du financement de l'export ; 15° Mettre en place un nouveau dispositif de suramortissement ad hoc ; 16° Favoriser le développement des relations dématérialisées ; 17° Mettre en œuvre un traitement prudentiel des logiciels dans les banques moins pénalisant.

- Des engagements d'accompagnement et de réactivité,
- Un accord de confidentialité standard,
- Un accord juridique simplifié,
- Un cadre pour la propriété intellectuelle et les marques,
- Des procédures optimisées sur la conformité, la sécurité informatique et d'achats,
- Une « data sandbox » de 100 000 profils (rendus anonymes),
- Des procédures pour mettre en place des pilots ou des minimum viable products⁸⁰,
- Des procédures de règlement des factures.

Envisager la création d'une société de caution mutuelle⁸¹ dédiée aux start-up.

Une illustration de la mission de société de caution mutuelle dédiée aux start-up peut être donnée par le fonctionnement de la SIAGI, société de caution mutuelle dont la garantie s'adresse aux artisans, des commerçants, Très Petites Entreprises, professions libérales, exploitations agricoles et associations. Pour garantir un crédit d'un montant élevé, une banque peut demander à l'emprunteur de recourir à une société de cautionnement mutuel. Cette société est une coopérative qui mutualise les risques pour garantir les prêts de l'ensemble de ses adhérents. En cas de défaillance de l'emprunteur, la société de cautionnement mutuel paiera les échéances.

Renforcer le capital-risque français. Historiquement, la notion de capital risque est largement liée au monde de l'innovation aux États-Unis. Outre-Atlantique, le capital-risque

⁸⁰ Également abrégés MVP, désignent un processus d'innovation et de développement produit qui est notamment en vigueur dans le domaine de l'informatique (logiciels, applications mobiles, etc.) et à un degré moindre dans celui des produits technologiques. L'adoption d'une stratégie MVP consiste à privilégier la vitesse de développement et les délais de mise sur le marché (time to market) en sacrifiant certaines fonctionnalités ou performances du produit ou service considérées au départ comme non indispensables.

⁸¹ Les sociétés de caution mutuelle sont régies par les articles L515-4 à L515-12, R515-1 du Code monétaire et financier.

a accompagné l'aventure de l'industrie électronique depuis sa naissance à la fin de la Seconde Guerre mondiale, avant qu'il n'accompagne les projets de la *Silicon Valley*. Dans une note du Conseil d'analyse économique de juillet 2016, intitulée « Renforcer le capital-risque français »⁸², trois auteurs réputés (Marie Ekelanda, Augustin Landierb et Jean Tirole) s'accordent sur le constat que le capital-risque est pénalisé en France par un déficit d'attractivité de la Place. Les constats observés par les experts sont les suivants :

- Le capital-risque français est dynamique, mais il réalise des levées de fonds de taille plus modeste qu'ailleurs en Europe. Ses succès sont moindres en nombre et en taille, et l'écosystème français souffre d'un manque d'internationalisation.
- La France souffre d'une insuffisance de *business angels* en nombre et en capacité individuelle de financement.
- Le marché des sorties et introductions en Bourse est moins dynamique en Europe qu'aux États-Unis.
- Les performances affichées des fonds de capital-risque français sont inférieures à la moyenne européenne.
- L'intervention publique dans le financement du capital-risque est plus importante en France, mais les universités participent moins à l'écosystème de l'innovation que dans d'autres pays.

Les chercheurs affirment dans la note du Conseil d'analyse économique de juillet 2016 que renforcer le capital-risque en France constitue un enjeu stratégique majeur et proposent une série de recommandations sur les modalités d'une intervention publique et sur la fiscalité. Leurs recommandations sont les suivantes :

⁸² Renforcer le capital-risque français, Marie Ekeland, Augustin Landier & Jean Tirole, Les notes du Conseil d'analyse économique, n° 33, juillet 2016.

- Clarifier les doctrines de politique industrielle qui sous-tendent les interventions directes de Bpifrance et celles des PIA, les articuler et adopter les meilleures pratiques en la matière.
- Concevoir l'action de Bpifrance comme une politique industrielle visant l'émergence d'une industrie du capital- risque autonome (et non comme un substitut permanent).
- Doter Bpifrance d'une gouvernance lui assurant son indépendance et sa responsabilité dans la durée ainsi qu'une vision éclairée sur les meilleures pratiques internationales. Articuler les stratégies Bpifrance avec le Commissariat général à l'investissement pour optimiser l'intervention publique et son évaluation.
- Favoriser l'implication de la communauté scientifique dans la dynamique entrepreneuriale en France.
- Clarifier la fiscalité relative aux investisseurs étrangers, particuliers ou institutionnels, qui souscrivent aux fonds de capital-risque français et leur simplifier l'accès à ces fonds.
- Veiller à ce que le parcours fiscal entrepreneurial incite au réinvestissement des plus-values générées dans l'écosystème.
- Évaluer l'efficacité de l'ensemble des politiques publiques autour du capital-risque (à la fois fiscales et industrielles via l'action de Bpifrance et des PIA) pour allouer de manière optimale l'effort budgétaire consenti à la création d'un écosystème entrepreneurial autonome.

Le Groupe de travail de l'AFDD est lui aussi favorable à une réforme de l'organisation du capital-risque en France à la faveur des constats relevés.

La finance participative : la nécessité d'assouplir les conditions du financement pour les start-up. Le financement participatif est un moyen pour les start-up de se procurer des fonds. La collecte est opérée par l'intermédiaire d'une plateforme de

financement participatif en ligne. Pour sécuriser les apporteurs de capitaux, un dispositif réglementaire encadre l'activité des plateformes de dons ou de prêts qui sont immatriculés auprès de l'ORIAS. Ce service est une association, sous tutelle de la Direction du Trésor, créée en 2007 pour homologuer les intermédiaires en assurance, conformément à une directive de l'Union Européenne datant de 2002.

Lorsqu'une plateforme propose une offre de financement sous la forme d'une souscription de titres financiers ou de minibons, les plateformes doivent être immatriculées également auprès de l'ORIAS en tant que conseiller en investissements participatifs (CIP). Les plateformes peuvent adopter également le statut de prestataire de services d'investissement (PSI) pour fournir le service de conseil en investissement. Dans ce cas, elles doivent être agréées par l'ACPR. Ces plateformes sont régulées par l'AMF seule pour les CIP et conjointement par l'AMF et l'ACPR pour les PSI.

Afin de permettre aux start-up d'accéder au financement participatif, il conviendrait d'étudier des voies s'assouplissement de l'ensemble des conditions d'accès aux plateformes de dons ou de prêts en ligne.

L'écart entre les initiatives en Ile de France et celles des autres régions de France.

Parmi l'ensemble des métropoles qui sont fédérées par la mission French Tech, la région Ile de France couvre plus de 50 % des start-up françaises. Sans renier la qualité des projets franciliens, il apparaît peu équitable de laisser si peu de place aux jeunes entrepreneurs de province. C'est pourquoi, des mesures favorables à un rééquilibrage des actions régionales devraient-être entrepris, notamment dans la perspective de soutenir l'emploi dans les écosphères régionales. Une proposition du Groupe est ainsi de renforcer l'initiative au profit des start-up des provinces françaises.

Poursuivre le débat public sur la concurrence inégale des puissances économiques de type GAFAM. La singularité du rapport de force léonin qui s'établit entre les GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft) et les start-up n'appelle pas de développement particulier tant l'image des conditions du combat biblique entre David et Goliath ou celle de la fable du lion et du rat de La Fontaine sont dans toutes les pensées. Au 3 août 2018, la capitalisation des cinq « GAFAM » cumulées atteignait 4 089 milliards de dollars, montant supérieur au PIB de l'Allemagne (3 964 milliards de dollars), à celui du Royaume Uni (2 829 milliards de dollars) ou à celui de la France (2 762 milliards de dollars). Ces mastodontes sont des entreprises majeures dans les secteurs du numérique (télécom, vente au détail, medias, finance et mobilité) c'est-à-dire autant de domaines d'exploration que privilégient les start-up françaises.

Dans la mesure où la voie de l'innovation a toujours été une donnée capitale en France, les sujets d'inquiétude pour nos start-up soulevés par les GAFAM entretiennent un climat délétère sur le territoire national comme partout en Europe. Sont ici en cause des questions clés comme la fiscalité, données personnelles, etc. La réglementation édictée par les gouvernements ont pourtant pour but de favoriser les conditions générales du « level playing field » national.

Ouvrir de nouveaux marchés et assouplir l'exigence de précaution. La possibilité pour les start-up d'investir de nouveaux marchés est fondamentale. Or, le droit des affaires peut être moteur dans l'incitation à investir de nouveaux espaces économiques. C'est notamment le cas du droit des contrats. Certes, on le perçoit souvent comme un droit civil, un droit des personnes, qui n'a pas pour but direct de favoriser l'émergence de nouveaux marchés (contrairement par exemple au droit de la concurrence). Et pourtant ! Un nouveau marché, ce peut être un nouveau bien, une nouvelle activité qui était jusque-là hors commerce au sens de l'ancien article 1128 du code civil. D'où la question de savoir si, quand un bien est indisponible, mais est en passe d'entrer dans le commerce, peut-on

contracter à son propos en faisant de sa future disponibilité juridique, sa commercialité, une condition suspensive du contrat passé ? Qu'on pense ainsi à des contrats cadres, des contrats d'apports, des contrats de vente ou de prestations de service, sous-tendant le démarrage d'une start-up, portant sur:

- des nouveaux produits non encore autorisés
- des ressources énergétiques en attente d'autorisation d'exploitation ;
- des activités régaliennes en cours de privatisation comme la sécurité et les activités militaires.

Plusieurs décisions jurisprudentielles ont refusé le jeu de ce type de condition suspensive selon l'idée qu'on ne saurait disposer d'un bien indisponible, même sous conditions suspensive. Pourtant, et pour la première fois, le Conseil d'Etat a récemment reconnu dans une décision de 2018⁸³, qu'un bien appartenant au domaine public, indisponible donc, mais en passe d'être introduit dans le domaine privé, peut d'ores et déjà faire l'objet d'une vente sous condition suspensive de privatisation. Ce type de raisonnement peut être extrapolé, étendu, et permettre aux start-up d'anticiper l'avènement d'un marché grâce au droit des contrats.

Outre le droit des contrats, un autre droit tout aussi classique, le droit commercial, et plus particulièrement le droit du fonds de commerce peut avoir son rôle à jouer. Si le droit français veut encore réceptionner correctement la prise de risque attachée à la création d'un marché, il doit également, outre revoir la notion de hors commerce, revoir celle de fonds de commerce. Le fonds de commerce est en effet traditionnellement défini comme un ensemble d'éléments mobiliers corporels et incorporels destiné à attirer la clientèle. Or une start-up, marquée souvent par une innovation dite disruptive, ne fait pas qu'attirer une clientèle préexistante ; elle crée une clientèle, elle crée un marché. Le fonds de commerce devrait donc être défini comme *un ensemble d'éléments mobiliers corporels et incorporels*

⁸³ CE, 7e et 2e ch. réun., 15 nov. 2017, n° 409728, Lebon ; AJDA 2017. 2222 ; D. 2018. 785, note F. Lombard ; RDI 2018. 106, obs. N. Foulquier.

destiné à attirer ou à créer une clientèle. Il n'est pas besoin de clientèle actuelle ni même de marché actuel pour que la start-up soit un fonds valorisable en tant que telle.

Par ailleurs, le droit de l'environnement recèle le principe sans doute le plus directement antagoniste à la liberté de prendre des risques qui doit innover l'activité des start-up : le principe de précaution. Ne faut-il pas revoir la place du principe de précaution, qui, par les investigations qu'il suppose pour l'entrepreneur, peut tuer dans l'œuf des start-up. Ne peut-on pas au moins le ramener à une place plus raisonnable, en en faisant une exception de précaution plutôt qu'un principe ? Le principe demeurant la libre initiative, la liberté de prendre des risques. Cela aurait évidemment une vertu symbolique, mais aussi des conséquences techniques opportunes : une exception est d'interprétation stricte et c'est à celui qui l'invoque de rapporter la preuve d'une situation nécessitant une précaution particulière.

Adapter le droit social au particularisme des start-up. L'une des premières difficultés des start-up tient à la rémunération de ses membres. Lorsqu'une start-up débute, il n'est pas rare qu'elle ne dispose pas d'importants moyens financiers. Pour réduire le coût de sa main d'œuvre, elle peut choisir de rémunérer ses « collaborateurs » pour partie en capital (solution dite du travail contre *equity*). Il ne s'agit pas de l'actionnariat salarié, pratiqué dans de grands groupes (v. par ex. Bouygues ou Essilor) et encourageant leurs salariés à prendre des parts dans leur capital. Il s'agit d'un substitut partiel au traditionnel paiement du salaire en monnaie. Tout fondateur, prestataire ou collaborateur peut accepter de percevoir un pourcentage ou la moitié de sa rémunération en actions. Il se voit ainsi octroyé un certain nombre d'actions en fonction de ses réalisations au sein de la start-up. Ce mode de rémunération permet à une start-up d'embaucher, de manière attractive, en contrat à durée indéterminée mais à moindre frais, sans avoir à trop puiser dans sa trésorerie de départ. Il présente l'avantage de motiver le salarié, ce dernier se sentant davantage engagé comme ayant intérêt à ce que l'entreprise dégage le maximum de

bénéfices. Mais il présente un risque majeur : le salarié ne peut convertir ses actions en argent qu'au moment d'une levée de fonds ou d'un rachat de la start-up. Il faut donc miser sur le succès de celle-ci, sauf à prendre le risque de ne pas être rémunéré... La société californienne Hyperloop Transportation Technologies y a, par exemple, recours, et peut ainsi avoir recours aux services de scientifiques de la Nasa sur des missions courtes. Mille personnes auraient ainsi été rémunérées. Pourquoi ne pas faire davantage connaître ce mode de rémunération, qui, sans être généralisé, pourrait présenter un attrait pour certaines personnes intéressées ?

Ensuite, un exemple tiré de la durée du travail peut être évoqué. En pratique, les start-up n'ont pas accès au forfait-jour. Selon les dispositions du Code du travail y afférant (v. articles L. 3121-53 à L. 3121-66 du code du travail), sans accord collectif, pas de forfait-jour. Or une start-up débute, en général, avec moins de dix salariés et n'a donc pas la faculté de négocier un accord d'entreprise puisque celui-ci est réservé aux entreprises de plus de dix salariés. Et si un accord de branche existe (accord Syntec, signé le 1er avril 2014), à laquelle les start-up appartiennent d'ordinaire, celui-ci est très difficile à mettre en œuvre de sorte que le recours au forfait-jour, utile en pratique, est limité. Une plus grande souplesse ne devrait-elle pas être proposée ?

Le droit social intervient également lors de levées de fonds éventuelles. Des difficultés peuvent survenir en cas de divergence d'intérêts entre les investisseurs, les fondateurs ou dirigeants de la start-up, celle-ci et les actionnaires. Pourquoi ne pas suggérer de sécuriser l'ensemble de ses relations grâce au contrat lato sensu ? Un « *management package* », juridiquement non défini, est actuellement appliqué, parfois de manière vague et aléatoire. Des outils juridiques précis existent : le contrat de travail précité, malgré ses risques, utile si sécurisé, la clause de non-concurrence, celle d'exclusivité, les pactes d'actionnaires, les plans d'émission, de souscription d'actions, les stock-options, ... Pourquoi ne pas envisager le droit social comme un outil pacificateur des relations de travail au sein de la start-up lors de ces levées de fond et non comme source d'asphyxie ? Avec le même mot

d'ordre que pour les étapes précédentes : la prévisibilité du dommage et la mesure du risque.

Inviter l'Insee à mieux identifier les start-up françaises. L'expression start-up, à l'origine « start-up company » pour être plus précis, est née aux États-Unis afin de désigner une entreprise qui débute. En France, la Commission générale de terminologie et de néologie a préféré à l'expression anglaise celle plus imagée, mais tout aussi floue, de « jeune pousse ». Selon l'INSEE, le concept de « start-up » ne correspond à aucune définition statistique précise. À l'appui de ses travaux, l'Institut national s'est donc référé au vocable « gazelle », définition également retenue par Eurostat et l'OCDE. Peut être ainsi qualifiée de « gazelle » une entreprise est en forte croissance si le taux de croissance annuel moyen sur trois ans de ses effectifs salariés est supérieur à 10 % et si elle avait un effectif de 10 salariés ou plus au début de la période de croissance ; l'entreprise est jeune, c'est à dire âgée de 4 ou 5 ans à la fin de la période de croissance. En lien avec l'Insee, il conviendrait de créer en France un observatoire public des start-up françaises.

Créer une agence publique de notation des start-up. On trouve plusieurs exemples d'initiatives privées allant en ce sens.

L'agence Early Metrix est spécialisée dans la notation des start-up. Elle possède plus de cinq ans d'existence. Ses clients se répartissent selon deux catégories : des investisseurs (30 %) et des grands groupes (70 %). Depuis sa création, Early Metrix a délivré environ 2 400 évaluations. L'agence ne note pas la situation d'endettement d'un start-up, mais son potentiel de développement.

L'agence Exaegis existe depuis environ six ans et s'adresse au secteur du numérique. Elle propose plusieurs modèles d'évaluation pour mieux adapter son système expert à la start-

up étudiée. Exaegis propose les labels StarTRUXT et TRUXT pour les entreprises obtenant le meilleur bilan. Ses clients sont des SSII et ESN, des acteurs de la banque-assurance tels qu'investisseurs, fonds d'investissement, banques, assureurs, bailleurs, etc.

L'agence Estimeo est une plateforme créée en janvier 2017. L'évaluation d'Estimeo est automatique et réalisée à l'aide d'algorithmes dont le champ d'analyse porte sur le potentiel du projet soumis. La plateforme Estimeo met une puissance de calcul au service du sourcing des start-up et de l'identification des potentiels de succès dans tout projet.

Les bienfaits d'une agence publique de notation seraient les suivants :

- La neutralité du référentiel composé de données publiques et anonymisées ;
- La neutralité de l'évaluateur ;
- La qualité et la fiabilité garanties des analyses ;
- Une profondeur du champ de la collecte des données ;
- Un anonymat préservé ;
- Une gratuité absolue de la notation.

La résolution des litiges mettant en cause une start-up. L'innovation s'accompagne du risque que le projet de la start-up n'aboutisse pas, de sorte que l'investissement sera perdu. Pendant cette phase d'échec, il existe de nombreux risques de défaillance et la prévention est, en cette matière, difficile, dès lors que jusqu'au dernier moment, il existe une incertitude sur la capacité de mobiliser ou non de nouveaux fonds.

En pratique, les techniques de prévention peuvent être mises en place pour tenter de préserver les responsabilités des dirigeants, en cherchant à mobiliser les actionnaires, en aidant à la négociation et en recherchant de nouveaux actionnaires, en veillant au respect de l'intérêt social dont l'existence et la légitimité seront recherchées. La question du

pouvoir sera posée : qui dispose du réel pouvoir dans une période de défiance ? Le fondateur ? Le financier ?

La présence d'un tiers indépendant pourra aider à encadrer le dialogue nécessaire, dans un esprit de transparence. Le groupe de travail est favorable à la constitution d'un centre de médiation dédié aux start-up. En effet, en cas de conflit interne ou externe, la faiblesse financière des start-up empêche très souvent une mise en œuvre équilibrée du règlement des litiges voire conduit certaines start-up à se saborder purement et simplement face à une demande en justice dont elles savent qu'elles ne pourront assumer le coût quel que soit le bien-fondé de leur position.

Les difficultés économiques des start-up. En premier lieu, le curseur de la notion de cessation des paiements n'est plus véritablement opérant alors qu'il reste la clef de lecture de la prévention, en principe réservée à des entreprises *in bonis*. Quid d'une start-up qui est en cessation des paiements et en pratique, ne pourra bénéficier que d'une conciliation à l'intérieur d'un délai de 45 jours à compter de la survenance de cet état. Ce critère devrait être assoupli, d'autant que l'analyse d'une start-up est moins comptable que fondée sur ses soutiens financiers, le rétablissement de la confiance, la prise de moratoires, ce qui se fait pendant la prévention et surtout, la capacité de l'entreprise à démontrer qu'elle a sa place sur le marché et qu'elle peut assurer, à terme, une pérennité lorsque le produit sera parvenu à maturité.

La validation de ces éléments est tout à fait spécifique et il conviendrait sans doute que notre droit positif en tienne mieux compte pour favoriser le mode de traitement de ses difficultés. Une analyse comptable mieux adaptée à la situation des start-up pourrait permettre de mieux présenter des actifs en posant des conditions plus claires. Ce n'est parfois pas facile, surtout lorsqu'il s'agit de valoriser un produit qui n'est pas encore au point ou qui n'a pas encore rencontré son marché.

A cet égard, la start-up doit rechercher une validation au moins sur la crédibilité et la pertinence de sa démarche, ce qui permettra ensuite de mieux relativiser la responsabilité de ses dirigeants. Il peut paraître en effet fâcheux *a posteriori*, lors de l'autopsie d'une start-up, de considérer que le produit n'avait aucune chance de révéler sa pertinence, alors que cet examen mériterait d'être crédibilisé par une expertise et/ou un audit en phase de prévention.

Favoriser le rebond en cas d'échec. Les taux d'échec constaté dans l'univers des start-up est relativement élevé en France. Il n'existe pas de données précises en la matière de qui rend difficile de savoir si parmi les « recalés », certains ne pourraient pas plus facilement rebondir et regagner la course pour retenter sa chance. Une proposition du groupe est de favoriser davantage le droit à l'oubli après un premier échec pour permettre aux intéressés de se relancer à nouveau dans la course entrepreneuriale.

La loi sénégalaise N°2020-1 du 6 Janvier 2020 relative à la création et à la promotion de start-up

Jacques Mestre, Président de l'AFDD

L'exposé des motifs qui accompagnait le projet de loi gouvernemental avait clairement annoncé la couleur : valoriser les innovations, notamment technologiques, pour en faire un levier essentiel du développement de l'économie nationale, et aussi, de manière sans doute plus accessoire mais cependant non négligeable, pour accroître la compétitivité et la sécurisation des services administratifs. Ce qui, nécessairement, passait par la mise en place d'un arsenal juridique rompant avec la traditionnelle indifférence à l'égard des spécificités économiques des *start-up* : c'est-à-dire, notamment, leur vulnérabilité originelle, inhérente au temps nécessaire pour que les innovations produisent leurs effets bénéfiques ; l'insuffisance fréquente de leurs moyens de financement, ou encore leurs difficultés d'accès à la commande publique par manque d'ancienneté et d'expérience.

Dans cette optique, la loi nouvelle s'est donc efforcée de promouvoir et de soutenir la *start-up*, qu'elle prend soin, fort justement, de définir en son article 3 ou plutôt, dirons-nous, de délimiter de manière objective en la présentant comme « *l'entreprise innovante et agile, légalement constituée depuis moins de huit ans, dotée d'un fort potentiel de croissance à la recherche d'un modèle économique disruptif et de mécanismes de financement adaptés à sa spécificité en vue de déployer sa capacité exceptionnelle de création de valeurs* ».

Et on ajoutera que le législateur sénégalais n'a pas manqué ici d'ambition puisque, de façon complémentaire, il ajoute :

- d'abord, sur le terrain du droit transitoire, que la loi du 6 janvier 2020 s'applique à toute entreprise déjà constituée sur le territoire national et ayant vocation à bénéficier du statut de *start-up* (art. 18) ;
- et ensuite, sur le plan du droit international privé, qu'elle s'applique à toute *start-up* créée sur le territoire sénégalais dont le capital est détenu au moins au tiers (1/3) par des personnes physiques de nationalité sénégalaise ou résidentes au Sénégal ou par des personnes morales ayant leur siège social au Sénégal, ainsi qu'à toute *start-up* créée par

des Sénégalais établis à l'étranger dont le capital est détenu au moins à 50 % par ces derniers (art. 2). C'est dire que, par cette disposition qu'on pourrait qualifier, au moins dans sa seconde composante, d'extraterritoriale, le Sénégal affiche clairement ses intentions d'être un pays favorable aux *start-up* et qu'en particulier, les Sénégalais de l'étranger sont invités, s'ils sont porteurs de projets innovants forts, à ne pas oublier que leur terre d'origine reste tout à fait prête à les soutenir !

Concrètement, la loi institue une Commission d'évaluation, d'appui et de coordination qui mettra elle-même en place une plateforme dédiée à la *start-up*, et permettant ensuite aux entreprises répondant à la définition précitée de l'article 3 de solliciter l'enregistrement, puis éventuellement la labellisation et, au travers de ces deux modalités, de prétendre à un statut préférentiel.

La première démarche concevable, pour une entreprise répondant à la définition légale de la *start-up*, est celle de l'enregistrement auprès d'une structure d'accompagnement publique ou privée d'aide à la création, à la promotion et au développement des *start-up*, qui aura été elle-même préalablement agréée par la Commission nationale précitée. Des précisions seront ultérieurement apportées par décret sur la procédure d'enregistrement, mais d'ores et déjà la loi, en ses articles 10 et 11, précise les principaux éléments de l'appui qu'elle pourra ensuite obtenir de l'État sénégalais :

- obtention d'une subvention pour la formalisation de la société ;
- réservation du nom de domaine.sn ;
- soutien à la protection des innovations de la *start-up* auprès des organismes nationaux et internationaux de protection de la propriété intellectuelle ;

- accompagnement des incubateurs agréés, des activités de recherche et de développement ainsi que tout autre accompagnement qui s'avérerait nécessaire durant la phase de démarrage de la *start-up* ;
- accès à une plate-forme de formation, permettant aux *start-uppers* de solliciter des experts susceptibles de les accompagner dans des domaines tels que le marketing, la communication ou encore l'élaboration de business plans ;
- et enfin – *the last but non the least* – mesures sociales, fiscales et douanières de faveur qui seront probablement précisées par les décrets à venir.

Ainsi, très clairement, l'État sénégalais exprime sa forte volonté de s'engager aux côtés des *start-up* qui feraient le choix du pays de la *Teranga*... un pays qui, une fois encore, mérite donc bien ce nom, en lui donnant à cette occasion une singulière consonance juridique !

Et ce d'autant plus qu'à côté de l'enregistrement, et une fois celui-ci accompli, une seconde démarche concevable sera pour la *start-up* de demander la labellisation, qu'elle devra solliciter auprès de la Commission nationale d'évaluation, d'appui et de coordination.

La loi se contente de préciser ici que la *start-up* devra, pour obtenir le label, répondre à des normes techniques particulières qu'un prochain décret d'application précisera. Mais, manifestement dans le souci de prendre rang le plus rapidement possible dans la grande compétition internationale que provoque la mondialisation, le législateur du Sénégal a d'ores et déjà précisé les avantages que fera naître cette labellisation :

- accès à des fonds d'origine publique et privée spécifiques ;
- mise en place prochaine, à l'initiative de la Commission nationale, de mécanismes alternatifs de financement ;
- avantages douaniers ;

- accès préférentiel à la commande publique, avec ici deux précisions expresses qui méritent de retenir l'attention : d'abord, celle « *d'une marge de préférence de 5 % dans les procédures d'appel à la concurrence relative aux marchés publics, aux délégations de service public et aux contrats de partenariat* » et, qui plus est, d'une marge cumulable, dans la limite de 25 %, avec tout autre avantage accordé par la réglementation sénégalaise ; et ensuite, celle de l'octroi de cette marge préférentielle de 5 % à non seulement la *start-up* labellisée mais encore « *au candidat à un marché public, d'une délégation de service public ou d'un contrat de partenariat qui accepte de sous-traiter 30 % des prestations objet du contrat à une ou plusieurs start-up labellisées ou qui présente une offre en groupement avec une ou plusieurs start-up* » (elles-mêmes labellisées si l'on interprète l'alinéa 3 de l'article 13 à la lueur de l'alinéa 4).

Voilà donc, pour s'en tenir à ce dernier avantage, une mesure particulièrement incitative pour des entreprises qui, de par leur ancienneté ou encore le cœur d'activité, ne sauraient prétendre à la qualification légale de *start-up*, de travailler en partenariat avec des *start-up* sénégalaises ou encore de leur confier en sous-traitance une part du marché pour lequel elles candidateraient.

Cela étant, et de manière prudente, le législateur sénégalais a eu également la sagesse d'anticiper les éventuelles fraudes ou, à tout le moins, attitudes décevantes qu'un tel nouveau régime de faveur pourrait engendrer. D'où, en ses articles 15 et 16, l'énoncé de quelques responsabilités et sanctions concevables : ainsi, le retrait du label pour la *start-up* qui cesserait de répondre aux critères d'éligibilité qui lui avaient initialement permis de l'obtenir, et qui entraînera très logiquement « *la perte de tous les avantages liés au statut de start-up labellisée* », ou encore, en des termes cependant un peu plus sibyllins, la sanction pour manquement à ses obligations que la loi a formulée en indiquant simplement que « *toute start-up enregistrée ou labellisée qui manque, en totalité ou en partie, à ses obligations est sanctionnée proportionnellement à son manquement* ». C'est dire que le

start-upper indélicat ne pourra pas compter sur une impunité de principe, la loi lui offrant toutefois *in fine* une possible faculté de repentir à travers la voie de la régularisation que l'article 17 formule en ces termes : « *La start-up légalement enregistrée ou labellisée se trouvant dans une situation d'irrégularité au regard des dispositions de la présente loi, peut faire la demande et obtenir auprès de la Commission sa régularisation* ».

Ainsi, au final, doit-on vraiment féliciter le Sénégal d'avoir pris cette très heureuse initiative de doter les *start-up* d'un régime juridique spécifique et de faveur. Une fois encore, comme elle l'avait par exemple déjà fait pour la médiation à travers le récent Acte uniforme OHADA, l'Afrique se veut juridiquement pionnière, et gageons qu'elle en retirera très bientôt les justes fruits !

Droit pénal et droit de la criminalité transnationale organisée : plaidoyer pour l'émergence d'un droit pénal souple

Pr Hervé Magloire Moneboulou Minkada – Agrégé de Droit privé et sciences
criminelles, Enseignant à l'Université de Douala-Cameroun

E-mail : moneboulou@yahoo.fr

Tel : 699127018 / 679783741

Hervé Magloire MONEBOULOU MINKADA est Maître de Conférences, Agrégé CAMES, enseignant à l'Université de Douala et Chef de département de droit des affaires. Il a notamment un fort intérêt pour la théorie du droit.

Ses principales publications sont :

- « La protection juridique de la dignité humaine du détenu au Cameroun », *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, N° 9, 2012, pp. 51-80.
- « Le tribunal criminel spécial au Cameroun et les grands principes de la justice criminelle : étude comparative des lois de 1961 et 2011 », *Juridis Périodique, Revue de Droit et de Science Politique*, N° 93, Janvier-Février- Mars, 2013, pp. 49-63.
- « L'expression de la souveraineté des Etats membres de l'OHADA : une solution-problème à l'intégration juridique », *Revue de l'Ersuma*, n° 3, Décembre 2013, pp. 185-217.
- « La question de la double nationalité sous le prisme du droit international privé : le législateur camerounais entre le droit de lege lata et le droit de lege ferenda », *Revue Africaine des Sciences Juridiques*, N° Spécial, 2014, pp. 23-50.
- « La question de la définition doctrinale du contrat en droit privé : essai d'une théorie institutionnelle », *Juridical Tribune*, Volume 4, Issue 1, June 2014, pp 88-128.
- « La crise de la présomption d'innocence: regard croisé sur la procédure pénale camerounaise et de la Cour pénale internationale », *Juridical Tribune*, Volume 4, Issue 2, December 2014, pp. 68 – 102.
- « Les mariages au Cameroun : hiérarchie ou hétéarchie dans un espace juridique pluriel », *Revue Lamy de droit civil*, n° 143, 2016, pp. 14-16.
- « La justice idéale et la justice juridique : plaidoyer pour une justice juridique légitime », *Annales Africaines*, vol 2. n° 5, Décembre 2016, pp. 229-248.

- « La distinction droit public, droit privé et droit mixte dans la division du droit », Actes du Colloque in *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, Paris, l'Harmattan, 2018, pp. 167-180.
- « La notion de société en droit OHADA », *Annales de l'Université de Parakou*, 2018, vol 1, n° 1, 2018, pp. 50-81.
- « Droit au recours dans le règlement alternatif des litiges en droit OHADA », *Lexbase Afrique-OHADA*, Edition n°26 du 24/10/2019, pp. 30-46.

Résumé du présent article

Le droit pénal national ou le droit international pénal est communément saisi comme le droit de la sanction pénale. Il est difficile d'imaginer un droit pénal sans sanction et une procédure permettant de la mettre en œuvre. En théorie du droit, le droit pénal est une des illustrations du droit dur, entendu comme norme juridique assortie de sanction. Cependant, une étude du droit de la criminalité transnationale organisée amène à s'interroger. La Convention des Nations Unies, qui le pose, prévoit des incriminations sans sanctions d'une part ; et encourage les Etats à renforcer la coopération internationale pour des questions de procédures d'autre part. Bien plus, la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée a été adoptée par la Résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies. Cette résolution n'est pas contraignante à l'égard des Etats. Ces éléments établissent en théorie un pont avec le droit souple, compris comme norme juridique non assortie de sanction. C'est pourquoi la présente analyse plaide pour l'émergence d'un droit pénal souple.

Abstract

National criminal law or international criminal law is commonly understood as the law of criminal sanction. It is difficult to imagine criminal law without sanction on one hand, and the procedure to implement it on the second hand. In legal theory, criminal law is one illustration of hard law. However, a study of the law of transnational organized criminality raises questions. The United Nations Convention which lays down provides for incriminations without sanctions on one hand; and encourages States to strengthen international cooperation on procedural matters on the other. What is more, the United Nations Convention against Transnational organized Crime was adopted by Resolution of the United Nations General Assembly. This resolution is not binding on States. These elements establish a bridge with soft law. This is why the analysis argues for the emergence of the soft criminal law.

I. La distinction du droit pénal dur du droit de la criminalité transnationale organisée

A. Une genèse du droit pénal dur distincte du droit de la criminalité transnationale organisée

1. La genèse du droit pénal interne distincte du droit de la criminalité transnationale organisée
2. La genèse du droit international pénal distincte du droit de la criminalité transnationale organisée

B. Une substance du droit pénal dur distincte du droit de la criminalité transnationale organisée

1. La substance du droit pénal interne distincte du droit de la criminalité transnationale organisée
2. La substance du droit international pénal distincte du droit de la criminalité transnationale organisée

II. L'éclosion d'un droit pénal souple avec le droit de la criminalité transnationale organisée

A. Les fondements d'un droit pénal souple issu du droit de la criminalité transnationale organisée

1. La logique du droit souple dans le champ pénal
2. Du droit de punir au devoir moral de punir

B. Les caractéristiques d'un droit pénal souple issu du droit de la criminalité transnationale organisée

1. Un droit pénal en transition
2. Un droit pénal tributaire de la coopération internationale

Introduction

Si à tort⁸⁴ ou à raison⁸⁵, le droit a été identifié dans les normes de conduites sociales par la sanction ; dans l'échelle des sanctions, la sanction pénale se présente comme l'*ultima ratio*. Cette sanction est le fruit d'une délégation de pouvoir entre les individus et l'Etat par le biais du Contrat social. C'est dans ce cadre que Max Weber a pu affirmer que l'Etat dispose du monopole de la « contrainte physique légitime⁸⁶ ». Titulaire du monopole *incriminalibus*, l'Etat va organiser le droit pénal pour répondre à la criminalité. Dans le champ du droit international, les Etats vont s'organiser pour faire face aux infractions transnationales avec le droit pénal international; et aux crimes supranationaux avec le droit international pénal. Cependant, un regard panoramique sur la criminalité transnationale organisée permet d'observer une dynamique étrange ; parce que en totale rupture avec la configuration classique du droit pénal. C'est pourquoi la présente analyse a proposé l'intitulé suivant : « *Droit pénal et droit de la criminalité transnationale organisée : Plaidoyer pour l'émergence d'un droit pénal souple* ». Une précision terminologique s'impose pour éviter une incompréhension. Elle se limitera aux notions suivantes : criminalité transnationale organisée et Droit pénal. L'expression « Plaidoyer pour l'émergence d'un droit pénal souple » est l'intuition que la présente veut vérifier. C'est pourquoi la conclusion permettra d'en fixer l'existence et le contenu.

La criminalité transnationale organisée mérite d'être distinguée de la criminalité transnationale. Selon la Convention des Nations Unies sur le crime transnational une infraction est de nature transnationale si, elle a été commise dans plus d'un État ; si elle est

84 C'est la doctrine qui théorise le droit souple. Lire sur la question, Thibierge (C.), « Le droit souple », RTD civ. 2003, p. 599, spéc.p. 613 ; Duplessis (I.), « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », Revue Québécoise de droit international, 2007, pp. 245-268 ; Gerry Vernieres (S.), Les petites sources du droit, Paris, Economica, 2012, 535 pages, etc.

85 C'est la doctrine qui théorise le droit dur. Lire sur la question : Kelsen (H.), Théorie pure du droit, Paris, Dalloz, 1962, pp. 68-73 et 78 ; Henri, Léon, Jean Mazeaud et Chabas (F.), Leçons de droit civil, Introduction à l'étude au droit, Paris, LGDJ, tome 1, 1991, pp. 24-25 ; Aubert (J. L.), Introduction au droit, Paris, Armand Colin, 11e édition, 2006, p. 20, etc.

⁸⁶ Weber (M.), *Economie et société*, Paris, 1995, 475 p et s.

commise dans un État, mais qu'une partie substantielle de sa préparation, de sa planification, de sa conduite ou de son contrôle a lieu dans un autre État ; si elle est commise dans un État, mais qu'elle implique un groupe criminel organisé qui se livre à des activités criminelles dans plus d'un État ou, enfin, si elle est commise dans un État mais a des effets dans un autre État⁸⁷. En cela, la criminalité transnationale est proche de la criminalité transfrontalière qu'elle prolonge généralement dans l'espace et le temps. Les deux concepts sont au centre de la criminalité organisée communément définie comme un ensemble de crimes et délits caractérisés par une préparation, minutieuse, avec multiples interventions, et dimension en général internationale⁸⁸. À la vérité une distinction est manifeste entre l'infraction transnationale et l'infraction transnationale organisée. Dans l'infraction transnationale simple, chaque Etat l'incrimine en indiquant la prescription et la sanction dans sa loi nationale. Or dans l'infraction transnationale organisée, la Convention des Nations Unies se limite à indiquer la prescription et recommande aux Etats d'adopter la sanction.

La criminalité transnationale organisée a une histoire. En effet, l'émergence d'une criminalité internationale moderne remonte au milieu du XIXe siècle, avec le développement des transports, des communications et des migrations⁸⁹. Jusqu'à la Première Guerre Mondiale, les Congrès internationaux, officiels ou associatifs, se succèdent et préparent les premières conventions internationales. La SDN reprendra cet élan, de façon plus structurée⁹⁰. La première convention contre le crime transnationale organisé est adoptée par les Nations Unies en 2001. L'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (ONUDD) située à Vienne élabore en 2017 un document intitulé :

⁸⁷ Convention des Nations Unies contre le crime transnational organisé, adopté par l'Assemblée générale dans sa résolution 55/255 du 31 mai 2001.

⁸⁸ Guinchard (S.), Debard (T.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Editions Dalloz, 19ème édition, 2012, p. 261.

⁸⁹ Knepper (P.), «The Invention of International Crime, a global issue in the making, 1881-1914», Palgrave Macmillan, 2010.

⁹⁰ Morel (P.), « La criminalité transnationale organisée comme composante de la mondialisation : quelle réponse politique ? », *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery Pontifical Academy of Sciences, Scripta Varia 122*, Vatican City 2013 www.pas.va/content/dam/accademia/pdf/sv122/sv122-morel.pdf, p. 2.

« *Application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant : outils d'évaluation des besoins* ». La criminalité transnationale organisée a été consolidée pour quatre raisons. La première est que les organisations criminelles ont pleinement participé à la libération des échanges, au développement du commerce international, à l'expansion des transports et à l'accélération des communications. La deuxième raison est dans la baisse des normes et des contrôles ainsi que la recherche de refuges bancaires et fiscaux par les entreprises multi-nationales a élargi leurs capacités de dissimulation, de blanchiment et de reconversion de leurs bénéfices. La troisième raison est relative à la multiplication des Etats fragiles et des zones de non-droit, notamment depuis la fin de la guerre froide, ont encore accru leur capacité d'agir. Et la dernière raison réside dans le développement rapide de la cyber-criminalité, qui ajoute encore de nouveaux moyens d'action⁹¹. En substance, la criminalité peut être définie comme l'ensemble des infractions pénales qui ont été commises, au cours d'une période de temps déterminée, soit dans un Etat ou un groupe d'Etat⁹². En de termes simples, la criminalité désigne l'ensemble des infractions à la loi pénale commises pendant une période de référence (en général l'année) dans un pays déterminé. On distingue la criminalité légale (ensemble des infractions sanctionnées par les juridictions pénales), la criminalité apparente (ensemble des faits apparemment constitutifs d'infractions connus des autorités publiques), la criminalité réelle (ensemble des infractions commises, en incluant, par une évaluation, celles demeurées inconnues)⁹³. Et les incriminations composant la criminalité transnationale organisée ont pour qualification : la participation à un groupe criminel organisé, le blanchiment du produit du crime, la corruption et l'entrave au bon fonctionnement de la justice⁹⁴. Au terme de cet exposé, l'analyse retient le droit de

⁹¹ Morel (P.), op. cit., pp. 2-3.

⁹² Gassin (R.), Cimamonti (S.), Bonfils (Ph.), *Criminologie*, Paris, Dalloz, 7^e édition, 2011, p. 94.

⁹³ Guinchard (S.), Debard (T.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Editions Dalloz, 25^{ème} édition, 2017-2018, p.647.

⁹⁴ Ces incriminations sont énumérées dans le document intitulé : « *Application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant : outils d'évaluation des besoins* ».

la criminalité transnationale organisée comme l'ensemble des règles posées par la Convention des Nations Unies portant sur cet objet.

Quant au Droit pénal, il convient d'observer qu'il est question d'un concept-carrefour. Il est parfois utilisé comme synonyme des Sciences criminelles. Toutefois, cette confusion ne doit pas être entretenue, car les Sciences criminelles englobent ou absorbent le droit pénal⁹⁵. Le droit pénal a aussi une double tension : droit pénal à l'échelle nationale et droit pénal à l'échelle internationale. Le droit pénal national est assimilé au droit pénal général. C'est une discipline normative qui s'intéresse globalement à l'infraction⁹⁶. Il en résulte un droit pénal matériel orienté vers les sources, les composantes de l'infraction, le régime de la responsabilité pénale et les sanctions pénales applicables⁹⁷. Et le droit pénal procédural correspond à la procédure pénale. Elle s'appesantit sur l'enquête, l'instruction, la poursuite, le jugement et les voies de recours après la commission d'une infraction⁹⁸. À l'échelle internationale, le droit pénal s'éclate en droit pénal international et droit

⁹⁵ Les Sciences criminelles sont une expression englobe pour rassembler les disciplines normatives, théoriques et empiriques dans le champ pénal. Les disciplines normatives sont les sciences construites autour des normes ou des sources du droit. Ainsi le droit pénal et la procédure pénale supposent un code pénal et un code de procédure pénale ; le droit international pénal est de nos jours étudié à partir du Statut de Rome. Les disciplines théoriques sont les sciences construites autour des pensées des auteurs. C'est le cas avec l'histoire des doctrines pénales et la politique criminelle. Et les disciplines empiriques sont les sciences construites à partir des expériences effectuées sur un objet. Sont concernées : la criminologie, la balistique, la médecine légale, etc.

⁹⁶ Pour une réflexion générale sur l'infraction, v. MANACORDA (S.), « La théorie générale de l'infraction pénale en France : lacunes ou spécificités de la science pénale ? », *R.D.P.C.*, 1999, pp. 35 et s. V. aussi PRADEL (J.) et CADOPPI (A.), *Droit pénal général comparé (Allemagne, Angleterre, Belgique, Espagne, France, Italie, Pays-Bas, Portugal, Suisse)*, Paris, Cujas, 2005, in PRADEL (J.), *Droit pénal général*, Paris, 18^e édition, Editions Cujas, 2010, p. 219.

⁹⁷ Lire sur la question : AMBASSA (L. C.), *Droit pénal général*, Yaoundé, 1^{ere} édition, Collection Leconnu, les éditions Saint Augustin, 2014, 251 pages ; BERNARDINI (R.), *Droit pénal général : introduction au droit criminel ; Théorie générale de la responsabilité pénale*, Paris, édition Gualino, 2003, 681 pages ; PRADEL (J.), *Droit pénal général*, Paris, 18^e édition, Cujas, 2010, 726 pages ; Desportes (F.) et Le Gunehec (F.), *Droit pénal général*, Paris, Economica, 10^e édition, 2003, etc.

⁹⁸ Lire sur la question : Keubou (Ph.), *Précis de procédure pénale camerounaise*, Yaoundé, PUA, 2010, 205 pages ; Assira (Cl.), *Procédure pénale et pratiques des juridictions camerounaises. Depuis le code de 2007*, Yaoundé, Editions Clé, 2018, 372 pages ; PRADEL (J.), *Procédure pénale*, Paris, Editions Cujas, 16^e édition, 2011, p. 933 pages ; Desportes (F.), Lazerges (L.), et Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Paris, Economica, 2012, 2349 pages.

international pénal. Le droit pénal international est défini comme l'ensemble des règles du droit pénal relatives aux infractions présentant un élément d'extranéité ainsi qu'aux crimes internationaux⁹⁹. Et le droit international pénal renvoie à l'ensemble des règles du *droit international public*, pour l'essentiel conventionnel, portant sur l'incrimination et la répression des crimes¹⁰⁰. Si le droit pénal international s'occupe des infractions transnationales¹⁰¹; le droit international pénal analyse les crimes supranationaux¹⁰². La distinction est effectuée par Fouchard¹⁰³. Elle a été partagée par la doctrine camerounaise dans une contribution récente¹⁰⁴. L'histoire du droit pénal à l'échelle nationale est résumée par les étapes : la réaction vindicative spontanée¹⁰⁵, la vengeance privée¹⁰⁶ et la vengeance publique¹⁰⁷. Or l'histoire du droit international pénal part des violations du droit

⁹⁹ Guinchard (S.), Debard (T.), *Lexique des termes juridiques*, 2017-2020, op.cit., p. 823.

¹⁰⁰ Ibid., p. 820.

¹⁰¹ Les infractions transnationales sont des infractions de droit commun prévues et réprimées par chaque Etat au regard de la valeur protégée, mais ayant une envergure internationale. Ils se caractérisent par : l'élément d'extranéité, et l'internationalisation des droits pénaux internes.

¹⁰² Les crimes supranationaux correspondent aux violations les plus graves des normes fondamentales du droit international donnant lieu à une responsabilité pénale individuelle directement régie par le droit international.

¹⁰³ Fouchard (I.), « De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes » in, *Crimes internationaux. Entre internationalisation du droit pénal et pénalisation du droit international*, Collection des organisations internationales et des relations internationales, Bruxelles, Bruylant-Larcier, 2013, p. 4 et s.

¹⁰⁴ Moneboulou Minkada (H. M.), « Code pénal de 2016 au Cameroun et les crimes internationaux », *Janus, Revue camerounaise de droit et de science politique*, n°7, décembre 2019, pp. 198-223.

¹⁰⁵ C'est le sentiment de vengeance qui pousse une personne victime d'un mal à le rendre à son offenseur.

¹⁰⁶ Elle renvoie à la vengeance du groupe contre l'auteur de l'infraction. Ensuite, le régime des compositions a permis de proportionner cette vengeance. L'auteur de l'infraction devait verser le prix à la victime. On a parlé de « la justice privée ».

¹⁰⁷ Après l'avènement de l'Etat, c'est ce dernier qui a le droit de venger toute personne qui est victime d'une infraction.

international humanitaire¹⁰⁸, la mise en place des juridictions internationales pénales avant la Cour pénale internationale, et le statut de Rome créant la Cour Pénale internationale (CPI). Après la CPI, les juridictions internalisées créées sont parfois complémentaires¹⁰⁹, parfois autonome¹¹⁰ de celle-ci.

Au terme de la précision de ces notions, il est possible d'effectuer une lecture édiflée du thème : « *Droit pénal et droit de la criminalité transnationale organisée : Plaidoyer pour l'émergence d'un droit pénal souple* ». Il est assis sur une controverse. En effet, pour certains le droit pénal est l'illustration même du droit dur ; parcequ'il est le cadre d'expression de la sanction pénale. A l'inverse, la présente analyse constate les prémices d'un embryon du droit souple dans le champ pénal. Il en résulte l'interrogation suivante : ***que peut-on avoir au terme de la confrontation du Droit pénal avec le droit de la criminalité transnationale organisée?***

Cette question est susceptible de plusieurs réponses¹¹¹. Celle qui a emporté notre préférence est que : ***la confrontation du droit pénal avec le droit de la criminalité transnationale organisée permet d'observer l'émergence d'un droit pénal souple.***

L'intérêt théorique est dans la transposition du discours sur le droit souple dans le champ pénal. Et l'intérêt pratique est dans la conscientisation du législateur national sur son rôle pour rendre effectif la lutte contre la criminalité transnationale organisée. Pour démontrer cette idée, il est opportun de constater d'une part la distinction du droit pénal dur du droit

¹⁰⁸ Le droit international humanitaire (DIH) est un ensemble de règles qui, pour des raisons humanitaires, cherchent à limiter les effets des conflits armés. Il protège les personnes qui ne participent pas ou plus aux combats et restreint les moyens et méthodes de guerre. Le DIH est également appelé «droit de la guerre» ou «droit des conflits armés». Le DIH se trouve essentiellement dans les quatre Conventions de Genève de 1949. La quasi-totalité des États est aujourd'hui liée par celles-ci. Les Conventions de 1949 ont été complétées par deux traités : les deux Protocoles additionnels de 1977 relatifs à la protection des victimes des conflits armés.

¹⁰⁹ C'est le cas de la Cour Pénale Spéciale pour la Centrafrique.

¹¹⁰ C'est le cas des Chambres extraordinaires africaines pour juger Hissen Habré.

¹¹¹ Certains peuvent conclure qu'ils ne trouvent rien ; d'autres peuvent conclurent qu'ils trouvent un droit pénal dur ; et d'autres enfin qu'ils trouvent un droit pénal en formation.

de la criminalité transnationale organisée (I), et d'autre part l'éclatement d'un droit pénal souple avec le droit de la criminalité transnationale organisée (II).

I. La distinction du droit pénal dur du droit de la criminalité transnationale organisée

Le droit dur ou hard law renvoie aux normes juridiques ayant une sanction¹¹². S'inspirant de cette définition, le droit pénal dur peut être assimilé aux normes de ce champ disciplinaire ayant une sanction pénale. Une distinction du droit pénal dur du droit de la criminalité transnationale organisée revient à démontrer que la logique structurant le droit pénal dur est différente de celle qui régit le droit de la criminalité transnationale organisée. Une telle analyse peut prendre appui sur la genèse (A) et la substance (B) de ces deux objets.

A. Une genèse du droit pénal dur distincte du droit de la criminalité transnationale organisée

Une genèse renvoie à l'origine ou à la naissance d'une chose. Affirmer que la genèse du droit pénal dur est distincte du droit de la criminalité transnationale organisée consiste à ressortir que le processus permettant de produire les deux normes est différent. Une application de ce postulat permet d'établir la contradiction du droit de la criminalité transnationale organisée tant avec le droit pénal interne (1) que le droit international pénal (2).

1. La genèse du droit pénal interne distincte du droit de la criminalité transnationale organisée

¹¹²Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 68-73 et 78 ; Henri, Léon, Jean Mazeaud et Chabas (F.), *Leçons de droit civil, Introduction à l'étude au droit*, Paris, LGDJ, tome 1, 1991, pp. 24-25 ; Aubert (J. L.), *Introduction au droit*, Paris, Armand Colin, 11^e édition, 2006, p. 20, etc.

Le droit pénal interne désigne le droit pénal général. C'est un champ disciplinaire qui s'y intéresse aux infractions que l'Etat législateur édicte à l'intérieur de son territoire. Par définition, le droit pénal s'entend de l'ensemble des règles de droit ayant pour objet la définition des infractions ainsi que des sanctions qui leur sont applicables. On parle encore de « droit criminel ». En un sens large, le droit pénal englobe également les règles qui tendent à la sanction des états dangereux¹¹³.

Examiner la genèse de ce droit pénal commande de s'intéresser au processus de création de cette norme pénale. Si l'on prend l'hypothèse du Cameroun, une interrogation sur la genèse du droit pénal camerounais commande d'apporter une précision historique. Avant l'arrivée des Blancs, il a existé un droit pénal coutumier¹¹⁴. Ce droit pénal a survécu avec les Allemands¹¹⁵, mais il a disparu avec les Français et les Britanniques. Ces derniers ont apporté un droit pénal de substitution¹¹⁶. Le Cameroun a accédé à son indépendance en 1960, et a commencé à produire ses lois pénales en 1961. Le droit pénal en vigueur au Cameroun est produit suivant le modèle de l'Etat démocrate et républicain. En fait, le pouvoir d'élaborer la loi pénale est transmis à l'Etat législateur par les individus. C'est la figure du Contrat social¹¹⁷, qui est mise en œuvre. Elle est matérialisée par l'article 2 alinéa 1 de la

¹¹³ Guinchard (S.), Debard (T.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Editions Dalloz, 25ème édition, 2017-2018, p.823.

¹¹⁴ L'individu qui posait des actes contraires à l'ordre social s'exposait à des sanctions. Il s'agissait : de l'exclusion ou bannissement, des châtiments, de l'enfermement à la chefferie ou au sultanat et même de l'élimination.

¹¹⁵ Avec l'arrivée des Allemands, il s'applique au Cameroun : le code criminel allemand pour les zones côtières d'une part et le reste du pays appliquait le droit pénal coutumier. (Le Code criminel allemand comportait les infractions suivantes : outrage à l'Empereur, l'injure contre Dieu, la vente des esclaves ; les infractions à la discipline, relatives à l'exécution d'une tâche acceptée : abandon de tâche, non accomplissement du partage, désobéissance, opposition, abandon non justifié d'un travail...).

¹¹⁶ Avec l'arrivée des anglais et français, la loi pénale a changé. La principale innovation est la disparition du droit pénal coutumier officiellement.

¹¹⁷ Rousseau (J.-J.), *Du contrat social, ou principes du droit politique*, in Collection complète des oeuvres, Genève, 1780-1789, vol. 1, in-4° édition en ligne www.rousseauonline.ch version du 7 octobre 2012 ; Hobbes (Th.), *Le léviathan, Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile (1651)*, Traduction originale de M. Philippe Folliot, Professeur de philosophie au Lycée Ango, Dieppe, Normandie. 23 novembre 2002.

constitution du 18 janvier 1996¹¹⁸. Il ressort de cet article que le peuple souverain transfère à ses représentant le pouvoir souverain d'agir en son nom. Et c'est dans ce sillage, qu'il faut entendre la souveraineté d'élaborer la loi pénale. Au Cameroun, la loi pénale est produite souverainement par le pouvoir législatif¹¹⁹ à titre principal, et le pouvoir exécutif¹²⁰ à titre complémentaire. C'est incidemment que le pouvoir judiciaire s'invite comme source du droit pénal¹²¹. La procédure législative se caractérise par une navette entre l'Assemblée Nationale qui adopte¹²², le Sénat qui effectue une lecture et le Président de la République, qui peut provoquer un réexamen de la loi ou promulguer. In finé, la loi pénale adoptée au Cameroun s'intéresse à la fois aux aspects de fond et de forme. En clair, la loi pénale couvre le droit pénal matériel et procédural. En guise d'illustration, il convient de citer le code pénal¹²³ et le code de procédure pénale¹²⁴. L'idée à retenir de ce qui précède, est que l'Etat est au début et à la fin de la genèse du droit pénal interne.

Or le droit de la criminalité transnationale organisée est inscrit dans une Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. C'est un texte produit par l'Assemblée générale des Nations Unies. Le statut de l'Organisation des Nations Unies (ONU) est d'être un organe qui a remplacé la Société des Nations

¹¹⁸ « (1) La souveraineté nationale appartient au peuple camerounais qui l'exerce soit par l'intermédiaire du Président de la République et des membres du Parlement, soit par voie de référendum. Aucune fraction du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice ».

¹¹⁹ Article 26 : « (1) La loi est votée par le Parlement. Sont du domaine de la loi : c) 6- la détermination des crimes et délits et l'institution des peines de toute nature, la procédure pénale, la procédure civile, les voies d'exécution, l'amnistie ».

¹²⁰ Article 27 : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ressortissent au pouvoir réglementaire ».

¹²¹ En évoquant les principes généraux de droit et en complétant le sens des incriminations ouvertes, le juge devient un législateur de coulisse dans le champ pénal.

¹²² L'Assemblée nationale se prononce sur les projets et propositions de loi.

¹²³ Loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant code pénal.

¹²⁴ Loi n° 2005/007 du 27 juillet 2005 portant Code de procédure pénale.

(SDN), et qui poursuit quatre objectifs¹²⁵. Un rappel des organes des Nations Unies permet de fixer la nature de l'Assemblée générale. Il est question de six organes principaux : l'Assemblée générale¹²⁶, le Conseil de sécurité¹²⁷, le Conseil économique et social¹²⁸, le Conseil de tutelle¹²⁹, la Cour internationale de Justice¹³⁰ et le Secrétariat¹³¹. Après une procédure assez longue¹³² et une navette entre plusieurs instances préparatoires, la Convention des Nations Unies contre le crime transnational organisé a été adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 55/255 du 31 mai 2001. Ont intervenu dans ce processus : la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, le Conseil économique et social, le Secrétaire général, une Conférence interministérielle mondiale, et l'Assemblée générale des Nations Unies. La Convention a été signée par tous les participants et est entrée en vigueur le 29 septembre 2003¹³³.

¹²⁵ Maintenir la paix et la sécurité dans le monde ; développer les relations amicales entre les nations ; réaliser la coopération internationale sur tous les sujets où elle peut être utile et en encourageant le respect des droits de l'homme ; être un centre où s'harmonisent les efforts des nations dans des objectifs communs.

¹²⁶ Où tous les États membres sont représentés et disposent d'une voix pour les recommandations qui sont portées au vote ; l'assemblée générale dispose de compétences très larges mais n'émet pas de décisions contraignantes pour les États ;

¹²⁷ Il est plus spécialement chargé de traiter les menaces contre la paix, les ruptures de la paix ou les agressions ; il peut émettre des résolutions contraignantes pour les états ; ses pouvoirs sont définis dans le chapitre VII de la charte de l'ONU. La pratique lui permet de décider du lancement d'opérations de maintien de la paix avec le concours des États membres puisque l'ONU est dépourvue de moyens militaires propres. Le conseil de sécurité peut décider de sanctions contre un État.

¹²⁸ Il aide à la promotion de la coopération économique et sociale et au développement.

¹²⁹ La fonction est tombée en désuétude depuis la fin de la décolonisation.

¹³⁰ Elle tranche les différends entre les états qui acceptent de recourir à sa juridiction ; elle peut également fournir des avis juridiques aux autres organes lorsqu'elle est saisie, ce qui arrive de plus en plus rarement. Elle siège à La Haye (Pays-Bas). Conformément à l'article 92 de la Charte des Nations unies, elle remplace la Cour permanente de justice internationale, dont elle utilise les jurisprudences.

¹³¹ Il assure la gestion quotidienne de l'organisation, y compris celle des quelque 9 000 fonctionnaires qui l'animent, et des représentants des Nations unies.

¹³² Du 6 février 1992 au 31 mai 2001.

¹³³ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et ses protocoles, United Nations Audiovisual Library of International Law, p. 5.

De ce qui précède, il ressort que le droit pénal national est le produit d'un Etat législateur dans l'exercice de sa souveraineté pénale ; or le droit de la criminalité transnationale organisée est le produit d'une Commission que l'Assemblée générale des Nations Unies va encourager les Etats à réceptionner dans son ordre juridique. Toute chose qui confirme le postulat d'une genèse du droit pénal interne distincte du droit de la criminalité transnationale organisée. Le droit international pénal a aussi une genèse distincte du droit de la criminalité transnationale organisée.

2. La genèse du droit international pénal distincte du droit de la criminalité transnationale organisée

Le droit international pénal désigne la branche du droit qui s'intéresse aux crimes supranationaux. Ces derniers correspondent aux violations les plus graves des normes fondamentales du droit international donnant lieu à une responsabilité pénale individuelle directement régie par le droit international¹³⁴. Le crime supranational est un crime qui se situe au-dessus des Etats et s'impose à eux¹³⁵. Le caractère supranational du crime correspond ainsi au fait qu'il est directement inscrit en droit international et que la responsabilité pénale individuelle à laquelle il donne lieu découle directement du droit international. Le caractère supranational du crime renvoie également aux valeurs et intérêts qu'il tend à protéger, qui dépassent ceux des États eux-mêmes, à savoir la paix et sécurité internationales et la dignité humaine. Sont visés : le crime contre l'humanité, le crime de guerre, le crime d'agression et le crime de génocide¹³⁶. La difficile ou insuffisante répression par les juridictions nationales fonde la création d'une juridiction internationale pénale. Cette

¹³⁴Fouchard (I.), « De l'utilité de la distinction entre les crimes supranationaux et transnationaux : traduire les processus d'incrimination complexes alliant droit international et droits pénaux internes », op. cit., p. 18.

¹³⁵ Le dictionnaire Salmon définit en ce sens l'adjectif supranational comme ce « qui est situé au-dessus de l'Etat ; qui a une autorité supérieure à celle des Etats ; qui est indépendant de l'Etat » : Salmon (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1064.

¹³⁶ Lire : Ntono Tsimi (G.), *Le paradigme du crime contre l'humanité et la renaissance du pluralisme juridique dans les droits pénaux africains*, Thèse de Doctorat, Université de Yaoundé (II) Soa, 2012, 711 pages.

approche s'oppose clairement à une doctrine qui confond droit pénal international et droit international pénal¹³⁷. Le droit pénal international se limite aux infractions nationales présentant un élément d'extranéité¹³⁸ et exigeant une internationalisation des droits pénaux nationaux¹³⁹. Le juge national demeure seul compétent.

Le droit international pénal est au préalable un droit international¹⁴⁰. Il est logique de s'appuyer sur les sources du droit international pour examiner sa genèse. Cet examen aura pour trajectoire les sources ayant contribué à la création des juridictions internationales pénales. La première juridiction internationale pénale est le Tribunal spécial prévu par le Traité de Versailles pour juger les crimes de guerre. Il a échoué¹⁴¹. Par la suite, les tribunaux militaires de Nuremberg et de Tokyo ont été les premières juridictions internationales pénales à être mises en œuvre¹⁴². Leur compétence matérielle visait : les crimes contre la paix, les crimes de guerre et des crimes contre l'humanité¹⁴³. Le crime de génocide n'était pas concerné. Le tribunal

¹³⁷ La définition contemporaine du droit pénal international entend cette expression comme « la branche du droit criminel qui règle l'ensemble des problèmes pénaux qui se posent au plan international ». V. Huet (A.), Koering-Joulin (R.), *Droit pénal international*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 3^e éd., 2005, n° 1. ; Rébut (D.), *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1^{ere} édition, 2012, 659 pages.

¹³⁸ Merle (R.), Vitu (A.), *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, tome 1, 7^e éd, 1997, n° 287.

¹³⁹ Pour reprendre Claude Lombois, « *On reste bien en présence des seuls intérêts nationaux protégés pénalement. Mais, ces divers intérêts, tous identiques, sont menacés solidairement par une criminalité qui s'internationalise. À quoi répond adéquatement une internationalisation de la lutte contre la criminalité* ». V. Lombois (Cl.), *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 1979, p. 12.

¹⁴⁰ Glaser (S.), *Introduction à l'étude du droit international pénal*, Bruylant et Sirey, 1954, p. 4 ; Szurek (S.), « La formation du droit international pénal », in *Droit international*, sous la direction de Ascencio (H.), Décaux (E.), Pellet (A.), A. Pedone, 2000, p. 7.

¹⁴¹ Le Traité de Versailles du 28 juin 1919 a prévu la mise en place d'une juridiction pénale internationale pour juger l'empereur Guillaume II. Ce projet a échoué, Guillaume II n'ayant pas été remis aux alliés par les Pays-Bas où il s'était réfugié. V. Rébut (D.), *Droit pénal international*, Paris, Dalloz, 1^{ere} édition, 2012, p. 481.

¹⁴² Rébut (D.), *op.cit.*, p. 487.

¹⁴³ Paoli (J.), « Contribution à l'étude des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité en droit pénal international », *RGDIP*, 1941-1945, p. 129, spéc. p. 132.

militaire de Nuremberg a été créé par l'Accord de Londres du 8 août 1945¹⁴⁴. Et le tribunal militaire de Tokyo a été créé par une décision unilatérale du Général MacArthur¹⁴⁵. Après les tribunaux militaires, les tribunaux pénaux internationaux (TPI) ont vu le jour pour connaître les crimes de génocide. Le TPI pour l'ex-Yougoslavie a été créé par la résolution du Conseil de sécurité de l'ONU n° 827 du 25 mai 1993. Puis, le TPI du Rwanda a été créé par la résolution du Conseil de sécurité de l'ONU n° 955 du 8 novembre 1994. Une autre illustration d'une juridiction internationale pénale est le tribunal spécial pour la Sierra Leone, compétent pour juger les violations graves du droit international humanitaire et du droit sierra-léonais commis après le 30 novembre 1996. C'est le produit d'un Accord du 16 janvier 2002 entre l'ONU et le gouvernement Sierra-léonais¹⁴⁶. Il en est de même des Chambres extraordinaires au sein des tribunaux cambodgiens¹⁴⁷. Enfin, la Cour pénale internationale (CPI) a été créée par la signature de la Convention de Rome, le 17 juillet 1998, par 180 Etats¹⁴⁸. Elle est compétente pour connaître des crimes contre l'humanité, crimes de guerre, crimes de génocide et crimes d'agression¹⁴⁹. Après la CPI, d'autres juridictions internationales pénales ont vu le

¹⁴⁴ Les négociations sur les conditions de jugement des criminels de guerre nazis ont abouti à la signature de l'accord de Londres du 8 août 1945 entre les Etats-Unis, la France, le Royaume-Uni et l'Union soviétique. (Décret n° 45-2267 du 6 oct. 1945, JO 7 oct. rect. JO du 10 oct.).

¹⁴⁵ Par acte dénommé proclamation spéciale, le Général MacArthur a créé, le 16 janvier 1946, un Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient chargé de juger, à titre individuel ou de membres d'organisations, les auteurs de crimes dont le crime contre la paix. (Special Proclamation, Establishment of an International Military Tribunal for the Far East, art1.

¹⁴⁶ Rébut (D.), op.cit., p. 560.

¹⁴⁷ L'ONU aide le Cambodge à traduire en justice les personnes responsables du génocide et des crimes contre l'humanité perpétrés pendant l'administration des Khmers rouges de 1975 à 1979. (Doc. ONU, A/51/930, S/1997/488, 24 juin 1997).

¹⁴⁸ Rébut (D.), op.cit., p. 576.

¹⁴⁹ Article 5 du Statut de Rome : « Crimes relevant de la compétence de la Cour ». Cet article a traité des crimes suivants : crime de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre. Le crime d'agression bien que prévu lors de la signature du Statut de Rome, a été défini lors de la révision du Statut de Rome à Kampala en 2010.

jour le jour à l'instar : des Chambres africaines extraordinaires pour juger Hissen Habré, et la Cour pénale spéciale pour la Centrafrique (CPSC).

Le plus important de ce qui précède est la logique pénale mobilisée. Elle se caractérise par des instruments qui posent un droit pénal dur. Le souci constant est d'indiquer les crimes, la sanction qui les accompagne et la juridiction compétente. Tel est le noyau du droit pénal dur peu importe qu'il émane des sources du droit international. À l'opposé, le droit de la criminalité transnationale organisée est le produit d'une Commission que l'Assemblée générale des Nations Unies va encourager les Etats à réceptionner dans son ordre juridique. Toute chose qui confirme le postulat d'une genèse du droit international pénal distincte du droit de la criminalité transnationale organisée. De la sorte, le droit pénal national et le droit international pénal ont en commun d'être des droits pénaux durs avec une genèse strictement différente en prenant en compte l'organe qui les pose. Cette différence organique va se coroborer sur la substance des deux droits.

B. Une substance du droit pénal dur distincte du droit de la criminalité transnationale organisée

La substance du droit pénal dur correspond à son contenu. Et le contenu d'un droit pénal fait référence à plusieurs éléments comme les sources, les infractions ou crimes, les juridictions compétentes, et la procédure applicable. Dans le cadre de cette analyse, le contenu du droit pénal se limitera aux infractions pour le droit pénal interne et les crimes pour le droit international pénal. Et le contenu du droit de la criminalité transnationale organisée aura pour contenu de l'analyse les incriminations. L'idée d'un contenu distinct sera explorée aussi dans le rapprochement entre le droit pénal interne et le droit de la criminalité transnationale organisée d'une part (1), qu'entre le droit international pénal et le droit de la criminalité organisée d'autre part (2).

1. La substance du droit pénal interne distincte du droit de la criminalité transnationale organisée

La substance du droit pénal interne est la loi pénale en général et les infractions en particulier. Par définition une infraction s'entend d'une action ou omission violant une norme de conduite strictement définie par un texte d'incrimination entraînant la responsabilité pénale de son auteur. Elle peut être constitutive d'un crime, d'un délit ou d'une contravention en fonction des peines prévues par le texte¹⁵⁰. C'est aussi une action ou une omission prévue et réprimée par la loi pénale, et qui n'est pas assortie d'un fait justificatif. La structure de l'infraction peut être examinée sous deux angles : la division légale et les éléments constitutifs. Le cadre d'opérationnalisation de cette structure infractionnelle est le droit pénal camerounais.

S'agissant de la division légale, l'article 21 du code pénal¹⁵¹ divise les infractions en trois : les crimes, les délits et les contraventions. C'est le principe de la division tripartite des infractions. Ces infractions ne sont pas définies par rapport à leur contenu. Le législateur n'utilise pas les techniques classiques de définitions en droit¹⁵². Il fixe plutôt le critère permettant de qualifier un comportement soit comme un crime, un délit ou une contravention. Ce critère est l'échelle graduelle de la sanction. Il en ressort une hiérarchie des infractions à partir de la sanction. Les crimes sont très gravement réprimés, les délits moins gravement réprimés ; et les contraventions sont légèrement réprimés.

¹⁵⁰ Guinchard (S.), Debard (T.), *Lexiques des termes juridiques*, 2017-2020, op.cit., p. 1124.

¹⁵¹ C'est l'article 21 du code pénal camerounais. Il n'a pas été révisé depuis le code de 1967 jusqu'à la loi récente : Loi n° 2016/007 du 12 juillet 2016 portant code pénal.

¹⁵² La définition consiste à donner le sens du mot qui le désigne d'après les éléments qui le constituent. Elle a un aspect substantiel. Dans ce cas, elle exprime la consistance matérielle d'un concept : c'est le fond. Elle a aussi un aspect formel. Dans ce cas, elle énonce le sens du terme qui le désigne : c'est la forme. L'exemple de l'aspect substantiel de la définition est la définition réelle. Elle détermine les éléments et les attributs spécifiques du concept envisagé. Et l'exemple de l'aspect formel de la définition est la définition terminologique. Elle consiste à réserver un chapitre consacré aux définitions en présence d'un texte de loi. Lire sur la question : Bergel (J.L.), *Théorie générale du droit, Méthodes du droit*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 229-236.

Concernant les éléments constitutifs de l'infraction, une double approche est possible. La première est intrinsèque, et vise les composantes internes de l'infraction. Il en est ainsi de l'élément légal, l'élément matériel, l'élément moral et l'absence de fait justificatif. Par l'élément légal, il faut que l'infraction soit prévue par un texte. C'est le traditionnel principe de la légalité criminelle¹⁵³. L'élément matériel voudrait que le comportement punissable soit décrit dans le texte. Et l'élément moral suppose que l'infracteur doit être conscient de violer la loi pénale. Quant à l'absence de fait justificatif, il signifie que l'acte qualifié d'infraction ne doit pas être permis ou autorisé par le texte, car le caractère fautif va disparaître. De même, l'approche extrinsèque de l'infraction concerne sa structure extérieure. Elle comprend deux éléments : la prescription¹⁵⁴ et la sanction¹⁵⁵. Et chaque infraction a sa sanction.

En un mot, le droit pénal interne fait le choix de la terminologie infraction ; et ses éléments insistent sur la description d'un comportement et la sanction qui l'accompagne. Or le droit de la criminalité transnationale organisée offre un schéma différent. La différence débute par le choix terminologique. La Convention des Nations Unies contre le crime transnational organisé recourt à l'expression incrimination¹⁵⁶. Pourtant les exigences que pose la définition de l'incrimination ne sont pas satisfaites. Incriminer, c'est décrire un comportement interdit et fixer la sanction. Seulement, la Convention des Nations Unies se limite à décrire les actes constitutifs de la criminalité transnationale sans fixer les sanctions¹⁵⁷. Cela peut

¹⁵³ « *Nullum crimen nulla poena sine lege* ». Ce principe est reception au Cameroun par l'article 17 du code pénal.

¹⁵⁴ C'est la description de l'interdit par le législateur.

¹⁵⁵ C'est la mesure répressive que subit la personne qui a violé l'interdit.

¹⁵⁶ Une incrimination est une mesure de politique criminelle consistant, pour l'autorité compétente, à ériger un comportement déterminé en infraction, en déterminant les éléments constitutifs de celle-ci et la peine applicable

¹⁵⁷ « La Convention des Nations Unies n'exige pas que l'incrimination comprenne une sanction particulière... » (Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et ses protocoles, United Nations Audiovisual Library of International Law, p. 1.).

s'expliquer par le fait que l'action d'incriminer est un processus. Il peut être à un temps¹⁵⁸ ou à deux temps¹⁵⁹. Le droit pénal OHADA offre un exemple d'incrimination à deux temps¹⁶⁰. Toutefois, dans le cadre de l'OHADA, l'Etat procède à une répartition de tâches dans le processus d'incrimination. L'Etat apparaît en amont et en aval dans l'élaboration de l'infraction OHADA. L'Etat apparaît par ses représentants au Conseil des Ministres (Ministre de la justice et Ministre de l'économie et de la finance). Ce conseil des Ministres est le législateur au sein de l'OHADA. L'incrimination, définie à ce stade, est complétée par un autre législateur incarnant l'Etat : le Parlement. C'est lui qui déterminent les sanctions pénales¹⁶¹. Il ressort que l'Etat demeure le seul législateur en droit OHADA. Et l'adoption de la loi pénale a pour fondement théorique l'exercice de la souveraineté pénale de l'Etat¹⁶². À la vérité, la norme OHADA est une norme nationale parce qu'intégrée dans le système juridique de chaque Etat membre¹⁶³. Pourtant la résolution de l'Assemblée Générale des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée est une norme internationale ; parce que la source formelle qu'est la Convention des Nations Unies intègre les sources du Droit international¹⁶⁴.

Cependant dans le droit de la criminalité transnationale organisée, l'Etat doit ratifier une convention internationale. Elle est élaborée par une organisation qui n'a qu'une force de proposition. Pour se résumer, le droit pénal interne a comme substance des

¹⁵⁸ Ici, le législateur décrit un comportement interdit et fixe la sanction.

¹⁵⁹ Ici, un législateur décrit le comportement, et l'autre va fixer la sanction.

¹⁶⁰ Article 5 du Traité OHADA : « *Les Actes uniformes peuvent inclure les dispositions d'incrimination pénale. Les Etats-parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues* ».

¹⁶¹ Lire sur la question : Moneboulou Minkada (H. M.), « L'expression de la souveraineté des Etats membres de l'OHADA : une solution problème à l'intégration juridique », *Revue de l'Ersuma*, N°3, septembre 2013.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Lire : Moneboulou Minkada (H.M.), « Les composantes à l'épreuve de la systématité en droit », *Revue de l'Ersuma*, n°7, décembre 2017, pp. 9-52.

¹⁶⁴ Article 38 du Statut de la CIJ.

infractions ; alors que le droit de la criminalité transnationale organisée a comme substance des incriminations. Dans le même sens, la substance du droit international pénal est distincte du droit de la criminalité transnationale organisée.

2. La substance du droit international pénal distincte du droit de la criminalité transnationale organisée

La substance du droit international pénal renvoie à son contenu. Parmi les composantes qui structurent le droit international pénal, la focalisation sera portée sur les crimes. C'est le lieu de constater la spécificité du contenu du droit international pénal par rapport au droit pénal interne. Si les infractions divisées en crimes, délits et contraventions caractérisent le droit pénal national ; le droit international pénal ne connaît que les crimes. Il s'agit des comportements particulièrement graves attentatoires aux fondements du droit international ; et provoquent la réprobation de la communauté internationale. À l'origine, les crimes contre l'humanité se sont posés comme des atteintes graves au droit international humanitaire. Après un processus de genèse continue avec l'évolution des juridictions internationales pénales, ces crimes ont été résumés par le statut de Rome¹⁶⁵. Sont visés : crime de génocide¹⁶⁶, crimes contre l'humanité¹⁶⁷, crime de guerre¹⁶⁸ et crime d'agression¹⁶⁹. La particularité des crimes supranationaux est la diversité de la prescription et l'homogénéité de la sanction. Par la diversité de la prescription, chaque crime a une appellation et une définition différente l'une de l'autre. Seulement, tous les crimes supranationaux ont en commun la même sanction. L'article 77 du statut de Rome fixe les peines

¹⁶⁵ Article 5 du Statut de Rome

¹⁶⁶ Article 6 du Statut de Rome

¹⁶⁷ Article 7 du Statut de Rome

¹⁶⁸ Article 8 du Statut de Rome

¹⁶⁹ Article 8 (bis) du Statut de Rome

applicables¹⁷⁰. De la sorte, un point commun se dégage entre droit pénal national et droit international pénal, c'est la structure de l'infraction et du crime. Elle se caractérise par une prescription accompagnée d'une sanction.

Une similitude s'observe en comparant le droit international pénal avec le droit de la criminalité transnationale organisée. Les deux droits ont en commun une source rattachable aux sources du droit international¹⁷¹. La source en cause ici est la convention internationale ou le Traité. Le droit de la criminalité transnationale organisée a pour source une convention des Nations Unies ; et le droit international pénal retenu pour l'analyse a pour source le Traité de Rome portant création de la CPI. Il est donc possible d'affirmer que les deux droits s'originent du droit international. Outre cette similitude, le droit de la criminalité transnationale organisée s'oppose au droit international pénal à l'observation de la substance de ces deux droits. La première différence est terminologique. Le droit de la criminalité transnationale organisée mobilise la terminologie « incrimination » ; alors que le droit international pénal retient le terme : « crimes ». La deuxième différence est la structure de l'incrimination et du crime. La particularité de l'incrimination est de décrire la prescription ; mais de ne pas fixer la sanction. Or les crimes en droit international pénal ont leurs sanctions bien connues. L'incrimination du droit de la criminalité transnationale organisée prend l'allure d'un droit en attente de positivité ; alors que les crimes du droit international pénal sont un droit positif. Une dernière distinction est dans la qualification. Les crimes réprimés en droit international pénal ont pour noms : crime de génocide, crimes contre l'humanité, crime de guerre et crime d'agression. Par contre, les incriminations retenues en droit de la criminalité transnationale organisée sont : la participation à un groupe criminel organisé, le

¹⁷⁰ Ces sanctions sont : emprisonnement à temps, emprisonnement à perpétuité, une amende et la confiscation des biens.

¹⁷¹ Article 38 du Statut de la Cour Internationale de Justice.

blanchiment du produit du crime, la corruption et l'entrave au bon fonctionnement de la justice.

Il apparaît de ce qui précède que le droit pénal dur a deux déclinaisons : le droit pénal national ou interne et le droit international pénal. Par sa genèse et sa substance, le droit pénal dur se distingue du droit de la criminalité transnationale organisée. L'examen préalable de cette distinction va permettre d'explorer le postulat de l'éclosion d'un droit pénal souple à l'observation du droit de la criminalité transnationale organisée.

II. L'éclosion d'un droit pénal souple avec le droit de la criminalité transnationale organisée

Un droit pénal souple peut s'averer comme un oxymore ; car la sanction est au cœur du droit pénal. Mais, l'exploration du droit de la criminalité transnationale organisée, et le recours à la théorie du droit souple persuade du bien fondé d'achever cette intuition. Il sera question dans cette articulation de s'appesantir sur les fondements (A) et les caractéristiques (B) de ce droit pénal souple en s'inspirant du droit de la criminalité transnationale organisée.

A. Les fondements d'un droit pénal souple issu du droit de la criminalité transnationale organisée

Par fondements, il faut entendre les raisons pour lesquels une idée peut être avancée. L'observation du droit de la criminalité transnationale organisée conforte l'idée d'un droit pénal souple pour deux raisons. La première raison est que qu'avec le droit de la criminalité transnationale organisée, la logique du droit souple entre dans le champ

pénal (1). La seconde raison est une évolution paradigmatique¹⁷² de l'obligation de punir au devoir moral de punir (1).

1. La logique du droit souple dans le champ pénal

Le droit souple¹⁷³ a des synonymes : droit tendre¹⁷⁴, droit vert¹⁷⁵, droit assourdi¹⁷⁶, droit mou ou soft law¹⁷⁷. Il a intéressé la doctrine¹⁷⁸ et le Conseil d'Etat en France en 2013. Ce dernier propose une définition du droit souple dans une étude. L'étude propose une définition du droit souple, qui regroupe l'ensemble des instruments répondant à trois conditions cumulatives : - ils ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant, dans la mesure du possible, leur adhésion ; - ils ne créent pas par eux-mêmes de droits ou d'obligations pour leurs destinataires - ils présentent, par leur contenu et leur mode d'élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit¹⁷⁹. Le lexique des termes juridiques a défini le droit souple comme l'expression

¹⁷² Un paradigme est un ensemble de théories, de croyances et de valeurs constituant une grille de lecture commune de la science, partagée par une même communauté de chercheurs. C'est l'épistémologue Thomas Kuhn qui montre, dans son fameux ouvrage *La structure des révolutions scientifiques*, comment les sciences évoluent par changement de paradigmes successifs. (Kuhn (T.), *La structure des révolutions scientifiques*, 1962, postface 1969, Flammarion, coll. « Champs », 1983, p. 238). Il s'agit d'un paradigme inclusif et non alternatif.

¹⁷³ V. CE, *Le droit souple. Etude annuelle 2013*, Paris, La Documentation française, 297 pages.

¹⁷⁴ Abi-Saab (G.), « Eloge du droit assourdi. Quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 60.

¹⁷⁵ Dupuy (P.-M.), « Le fait générateur de la responsabilité internationale des Etats », *RCADI*, vol. 188, 1984, p. 71.

¹⁷⁶ Rigaux (F.), « Cours général de droit international privé », *RCADI*, vol. 213, 1989, pp. 362-375.

¹⁷⁷ Pellet (A.), « Les raisons du développement du soft law en droit international : choix ou nécessité ? », in P. Deumier (P.), Sorel (J.-M.) (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ/Lextenso, Paris, 2018, p 181.

¹⁷⁸ Pellet (A.), « Les raisons du développement du soft law en droit international : choix ou nécessité ? », in P. Deumier (P.), Sorel (J.-M.) (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ/Lextenso, Paris, 2018, pp. 177-192.

¹⁷⁹ Conseil d'Etat, Etude annuelle 2013, « Le droit souple », résumé, pp. 3-4. ; Actes de colloque, *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009.

nouvelle employée pour désigner un ensemble disparate de dispositifs d'origines diverses (directives, circulaires, recommandations, déclarations, résolution, guides de déontologie, codes de conduite...) qui ont en commun de ne pas avoir de valeur normative impérative, n'étant créateur ni de droits ni d'obligations, mais qui n'exercent pas moins une influence régulatrice sur les comportements en cause¹⁸⁰. La doctrine mobilise comme synonyme du droit souple le droit mou¹⁸¹. Il est même défini dans une étude comme étant « une norme de portée générale non obligatoire et non contraignante », mais qui cependant serait dotée d'une certaine efficacité juridique de fait¹⁸². Il semble prudent de se limiter à l'expression consacrée dans un dictionnaire juridique, pris comme une notion validée et définie par une communauté de scientifiques. C'est pour cette raison que droit souple sera préféré à droit mou. le droit souple a pour synonyme en anglais « soft law ».

L'expression de « soft law » a été employée, dès 1930, en droit international qui apparaît comme un milieu propice à l'émergence du droit souple, en raison des difficultés qu'y rencontre en opportunité le droit dur¹⁸³. Le droit souple est identifiable en droit interne et en droit international. C'est en droit international que l'analyse va se focaliser ; car la source du droit de la criminalité transnationale organisée est rattachable au droit international.

En droit international, le droit souple se développe du fait des fragilités du droit international dur d'une part, et les avantages du droit souple d'autre part. Les sources

¹⁸⁰ Guinchard (S.), Debard (T.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Editions Dalloz, 25ème édition, 2017-2018, p. 826.

¹⁸¹ Il existe une certaine incertitude quant à la définition précise de ces termes. Ainsi, peut-on par exemple citer C. Thibierge qui distingue, pour sa part, trois possibles « facettes du droit souple : droit flou (sans précision), droit doux (sans obligation) et droit mou (sans sanction) [...] » « Le droit souple », *RTDC* 2003. Selon Mme. Thibierge « les manifestations d'un droit mou [...] ne cessent de se multiplier depuis deux ou trois décennies, conférant à ce phénomène une ampleur croissante [...] » ; C. Thibierge, « Le droit souple », *RTDC* 2003 p. 599.

¹⁸² Emilia von Bardeleben, « Illustration du droit mou : les avis de la cour de cassation, une concurrence à la loi ? », www.glose.org » CEDCACE2.

¹⁸³ Conseil d'Etat, *op.cit.*, p. 2.

du droit international dur sont prévues par l'article 38 du statut de la Cour Internationale de Justice¹⁸⁴. Ce sont des normes obligatoires et assorties de sanctions. La première fragilité des normes dures de droit international est qu'une fois la norme adoptée (pour les traités), créée (pour la coutume) ou consacrée (pour les principes généraux de droit), elle rigidifie les situations et rend les évolutions plus difficiles¹⁸⁵. La deuxième fragilité est que le respect ou la violation d'une obligation internationale dure soit aléatoire ; et dépende de la bonne volonté de l'Etat. Une exception est faite concernant les mesures du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies¹⁸⁶. Enfin, les normes dures ne sont pas respectées parce que leur violation entraîne une sanction ; mais parce que leurs destinataires ont la conviction qu'ils doivent s'y plier et rien ne se passe s'ils ne le font pas¹⁸⁷. Par contre, les avantages du droit souple en font un pôle d'attraction. En droit international les normes souples sont : une recommandation ou une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unie, les avis consultatifs d'une juridiction internationale¹⁸⁸, etc. Il existe des raisons d'opter pour le droit souple. La première raison est le moindre degré d'obligatorité peut rassurer les partenaires et faciliter l'adoption d'un instrument normatif. En effet, il ne faut pas effrayer trop vite les participants par la rudesse des obligations¹⁸⁹.

¹⁸⁴ Ce sont des normes sur lesquelles la CIJ peut s'appuyer pour trancher un litige et condamner un sujet du droit international. Il en est ainsi : des conventions internationales, de la coutume, des principes généraux de droit, de la jurisprudence et la doctrine des publicistes les plus qualifiés.

¹⁸⁵ V. Pellet (A.), « L'adaptation du droit international aux besoins changeants de la société internationale », *RCADI*, 2007, p. 23.

¹⁸⁶ Pellet (A.), « Les raisons du développement du *soft law* en droit international : choix ou nécessité ? », *op.cit.*, p. 184.

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ La Cour l'a relevé : « Une distinction doit ainsi être établie entre le caractère consultatif de la fonction de la Cour, et les effets particuliers que les parties à un différend existant peuvent souhaiter attribuer, dans leurs relations mutuelles, à un avis consultatif de la Cour, qui, comme tel (...) ne saurait avoir d'effet obligatoire » (CIJ, avis consultatif, 29 avr. 1999, *Immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, CIJ Rec., p. 77.)

¹⁸⁹ Ascencio (H.), « *Soft law* : cinquante nuances de gris », in *Dictionnaires des idées reçues en droit international*, Paris, Pédone, 2017, p. 541.

Jaloux de leur souveraineté, soucieux de ne pas se voir imposer d'obligations qu'ils n'auraient pas volontairement acceptées, les Etats voient dans le recours au soft law une possibilité de manifester des positions, ou des aspirations, sans se lier juridiquement. Comme le note à très juste titre le Conseil d'Etat dans son superbe rapport de 2013, « *en droit international plus encore que dans les autres branches du droit, l'application effective d'un instrument juridique ne dépend guère de son appartenance au droit dur ou au droit souple...* »¹⁹⁰.

Les développements précédents permettent de mettre en exergue la logique du droit souple. C'est un droit qui construit sa pertinence sur la négociation et la libre adhésion des destinataires. Une telle logique en droit pénal s'observe avec le droit de la criminalité transnationale organisée. À l'analyse de son origine, il apparaît indéniablement que les deux piliers du droit souple sont observés. Le premier pilier est la dynamique de négociation. Dans le processus d'élaboration du droit de la criminalité transnationale organisée, la négociation s'observe au regard des acteurs intervenant avant l'adoption de la résolution 55/255 du 31 mai 2001 par l'Assemblée générale. En fait, la Commission pour la prévention du crime et la justice pénale, créée par le Conseil économique et social a recommandé au Conseil d'adopter un projet de résolution concernant la tenue d'une Conférence ministérielle mondiale sur la criminalité transnationale organisée. Le Conseil a adopté cette recommandation dans sa résolution 1993/29 du 27 juillet 1993 et a ainsi prié le Secrétaire général d'organiser une Conférence ministérielle mondiale chargée, entre autres, d'examiner s'il était possible d'élaborer des instruments internationaux, notamment des conventions contre la criminalité transnationale organisée. Dans sa résolution 48/103 en date du 20 décembre 1993, l'Assemblée générale a exprimé son soutien à la Conférence ministérielle mondiale et invité les États Membres à se faire représenter à

¹⁹⁰ CE, *Le droit souple, Etude annuelle 2013*, Paris, La Documentation française, p. 24.

cette conférence au plus haut niveau¹⁹¹. Ce récit ressort clairement la démarche négociée dans l'élaboration du droit de la criminalité transnationale organisée. Et le second pilier du droit souple est la libre adhésion des destinataires. En effet, les normes de droit souple ne sont pas obligatoires ; mais leur mise en œuvre par leurs destinataires témoigne d'une adhésion plus libre¹⁹². Or le droit de la criminalité transnationale organisée est posé par une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies. Les Etats destinataires de cette résolution doivent adhérer librement ; car il n'existe pas au niveau de l'ONU un mécanisme permettant de contraindre les Etats à adhérer à une convention internationale.

Affirmer une logique du droit souple dans le champ pénal, en s'inspirant du droit de la criminalité transnationale organisée, peut se justifier par certaines raisons. Ce droit est élaboré sur fond de négociation ; les Etats destinataires sont libres d'adhérer ou pas ; et la Convention des Nations unies examinée déterminent les incriminations. Une prise en compte de ces arguments rend pertinent le postulat d'une logique du droit souple dans le champ pénal. Par ailleurs, le droit de la criminalité transnationale organisée permet de souligner l'évolution du droit de punir au devoir moral de punir.

2. Du droit de punir au devoir moral de punir

Le droit de punir suppose une prérogative reconnue à une personne d'administrer la sanction. L'expression est utilisée par Cesare Beccaria dans sa critique du droit pénal

¹⁹¹ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et ses protocoles, United Nations Audiovisual Library of International Law.

¹⁹² Pellet (A.), « Les raisons du développement du *soft law* en droit international : choix ou nécessité ? », *op.cit.*, p. 184.

de l'Ancien Régime¹⁹³. En effet sous cette ère, le droit de punir appartenait au Roi en tant représentant de Dieu sur terre. L'arbitraire dans la détermination de la prescription et la barbarie des sanctions prononcées par le Roi ont déterminé les classiques à contester ce droit pénal. Beccaria¹⁹⁴ affirmait que : « *C'est donc la nécessité seule qui a contraint les hommes à céder une partie de leur liberté ; d'où il suit que chacun n'en a voulu mettre dans le dépôt commun que la plus petite portion possible, c'est-à-dire, précisément ce qu'il en fallait pour engager les autres à le maintenir dans la possession du reste. L'assemblage de toutes ces petites portions de liberté est le fondement du droit de punir. Tout exercice du pouvoir qui s'écarte de cette base est abus et non justice ; c'est un pouvoir de fait et non de droit ; c'est une usurpation, et non plus un pouvoir légitime. Tout châtement est inique, aussitôt qu'il n'est pas nécessaire à la conservation du dépôt de la liberté publique ; et les peines seront d'autant plus justes, que le souverain conservera aux sujets une liberté plus grande, et qu'en même temps les droits et la sûreté de tous seront plus sacrés et plus inviolables*¹⁹⁵ ». À sa suite, Montesquieu dans *l'Esprit des lois* a soutenu que « *Pour*

¹⁹³ Cesare Beccaria est un philosophe milanais. Son traité *Des Délits et des peines*, publié anonymement en 1764, en critiquant le droit pénal sous l'Ancien Régime, fonde le droit moderne. Beccaria défend la proportionnalité des peines et leur définition selon le type de délit ou crime commis, pour remédier à la multiplicité des lois existantes et à l'arbitraire des puissants. Il prône l'abolition de la torture et de la peine de mort, fort courantes à l'époque. Son ouvrage a eu une influence décisive dans l'Europe des Lumières, en témoignent l'article « Torture » de Voltaire dans son *Dictionnaire philosophique* en 1769, la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789 et le nouveau code pénal de 1791 qui abolit la torture et réduit de 115 à 32 les cas possibles de peine de mort.

¹⁹⁴ Beccaria s'inscrit pleinement dans la philosophie politique des Lumières qui fonde la légitimité du droit de punir sur le principe de nécessité. Ce lien entre nécessité et droit de punir résulte du « contrat social » conceptualisé par Rousseau selon lequel le droit de punir est fondé sur le « don » d'une portion de sa liberté individuelle par chaque citoyen au souverain afin de garantir la sécurité collective des biens et des personnes et ainsi de satisfaire le bien commun. C'est donc l'ensemble de ces portions de liberté qui forme le droit de punir et non la force de l'État. Or, la liberté étant pour les philosophes des Lumières l'un des biens les plus précieux de l'Homme, on ne peut en faire le sacrifice que pour des raisons d'impérieuse nécessité. Pour reprendre Beccaria, « tout ce qui s'y ajoute est abus et non justice »

¹⁹⁵ Beccaria (C.B), *Des Délits et des peines*, 1764, Chapitre II, « Le fondement du droit de punir ».

qu'on ne puisse abuser du pouvoir; il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir¹⁹⁶ ».

Il ressort de ces développements que le titulaire du droit de punir était le Roi. Il cumulait le pouvoir d'élaborer la loi pénale et de l'appliquer. Avec les Classiques, le droit de punir est revenu à l'Etat législateur¹⁹⁷. Ce dernier élabore un droit pénal dur. Sur le plan national, le droit pénal dur comprend les infractions. Et à l'échelle internationale, les Etats légifèrent pour créer les crimes supranationaux. Ce droit de punir se transforme en devoir moral de punir avec le droit de la criminalité transnationale organisée. Il importe de rappeler, qu'il existe un devoir de punir à ne pas confondre avec le devoir moral de punir. Le devoir de punir consiste en une obligation imposée à l'Etat de punir. Cette obligation peut être imposée par un juge ou un législateur supranational. Le juge, pris en exemple ici, est la Cour Européenne des Droits de l'homme¹⁹⁸. Et le législateur supranational visé ici est le législateur

¹⁹⁶ Montesquieu, *Citation de célébrité*, Artiste, Ecrivain, Philosophe, 1689-1755.

¹⁹⁷ Naturellement pour Beccaria « ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social » (§ 3 du traité). La nécessité comme fondement matériel du droit de punir suppose donc une source législative comme fondement formel du droit pénal. On retrouve là les deux aspects de l'exigence de légitimité du droit pénal découlant du principe de la légalité criminelle : la légitimité formelle des sources du droit pénal (légitimité politique) et la légitimité matérielle de son contenu (nécessité sociale) V. Conte (Ph.) & Maistre du Chambon (P.), *Droit pénal général*, A. Colin, 7^e éd., 2004, n° 89.

¹⁹⁸ Dans le sillage de sa théorie dite « des obligations positives », la Cour européenne a parfois considéré le droit pénal comme un « instrument prioritaire » de protection de certains droits fondamentaux faisant du droit pénal, d'ailleurs, le révélateur du « noyau dur des droits fondamentaux ». Elle impose ainsi aux États partis à la Convention un « devoir de punir » au nom du droit à la vie (art. 2) du droit à ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants (art. 3) , du droit de ne pas être tenu en esclavage (art. 4) , ainsi que du droit à la liberté sexuelle découlant du droit au respect de la vie privée (art. 8). Le développement de ce devoir de punir, en particulier sur le fondement du droit à la vie, a permis progressivement d'identifier trois types d'obligations positives : une obligation positive d'incriminer et d'instituer des peines dissuasives contre les atteintes aux droits de la personne ; une obligation de ne pas dépénaliser ces atteintes par des mécanismes de justification pénale trop souples ou extensifs ; une obligation procédurale d'enquête et de poursuite à la suite de telles atteintes. V. Rousseau (F.), « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *Revue de Sciences criminelles et de droit pénal comparé*, N° 2, 2015, p. 22.

communautaire européen¹⁹⁹. L'Etat qui n'exécute pas le devoir de punir prescrit par le législateur communautaire s'expose donc à la sanction du juge communautaire. Toutefois, le devoir moral de punir consiste en une recommandation qu'un législateur international adresse à un Etat sans force contraignante. Le législateur en question est l'Assemblée générale des Nations Unies. La résolution adoptée et invitant les Etats à prendre les mesures contre la criminalité transnationale interpelle leur conscience. C'est pour ces raisons que l'analyse postule une dynamique évolutive après examen du droit de la criminalité transnationale organisée. Elle consiste en un passage du droit de punir au devoir de punir, puis le devoir moral de punir.

B. Les caractéristiques d'un droit pénal mou issu du droit de la criminalité transnationale organisée

Le droit pénal souple issu du droit de la criminalité transnationale organisée se pose comme un droit en transition (1). Son effectivité est tributaire d'une réelle coopération internationale (2).

¹⁹⁹ Depuis l'adoption du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, entrée en vigueur en décembre 2009, l'Union européenne dispose désormais formellement d'une compétence en matière pénale. Plus précisément, l'article 83.1 du TFUE autorise le Parlement européen et le Conseil à adopter par voie de directives « des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière », à savoir « le terrorisme, la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants, le trafic illicite de drogues, le trafic illicite d'armes, le blanchiment d'argent, la corruption, la contrefaçon de moyen de paiement, la criminalité informatique et la criminalité organisée ». Cette compétence de l'Union européenne en matière pénale est dite « autonome » en ce qu'elle permet au législateur communautaire de se saisir à titre principal de la matière pénale pour imposer des règles minimales d'incrimination et de sanction aux États membres. En outre, l'Union européenne dispose d'une autre compétence en matière pénale dite « accessoire », prévue à l'article 83.2 TFUE, lorsque le recours au droit pénal est nécessaire à la mise en œuvre d'une politique commune de l'Union européenne ayant déjà fait l'objet de mesures d'harmonisations. Cette compétence communautaire en matière pénale confère ainsi un spectaculaire « droit de punir » aux institutions européennes constituant en miroir « un devoir de punir » s'imposant aux États membres, dont la France. V. Rousseau (F.), *op.cit.*, p. 28.

1. Un droit pénal en transition

En littérature, l'expression « transition » signifie : Manière de passer de l'expression d'une idée à une autre en les reliant dans le discours²⁰⁰. En droit, une disposition transitoire est un élément d'un texte de loi (ou d'une ordonnance, d'un décret, d'un arrêté, d'un jugement, d'un arrêt, etc.) qui prévoit les conditions d'entrée en vigueur de celle-ci et comment elle s'insère dans le droit existant²⁰¹. L'analyse ne confond pas droit transitoire et droit en transition. Le droit transitoire est évocateur du conflit des lois dans le temps²⁰². C'est l'ensemble des règles gouvernant l'application de la loi dans le temps qui déterminent le domaine respectif de la loi ancienne et de la loi nouvelle et qui résultent soit des dispositions spéciales de cette dernière, soit du système de solution des conflits largement tributaire des recherches doctrinales²⁰³. Le droit transitoire s'entend aussi au sens large, ensemble des règles destinées à résoudre les *conflits de lois dans le temps*, telles que le principe de *non-rétroactivité* de la loi nouvelle et la règle de *l'effet immédiat de la loi nouvelle*. Au sens strict, règles spécialement créées, dans une situation légale particulière, pour s'appliquer à la période intermédiaire entre l'abrogation d'une loi ancienne et l'entrée en vigueur de la loi nouvelle²⁰⁴. Or le droit en transition peut être défini comme une normativité élaborée mais en attente d'une condition supplémentaire pour être complète. Elle est systématisée par le mécanisme du renvoi législatif. La figure du droit en transition est perceptible dans le droit de la criminalité transnationale organisée. Dans ce cadre le législateur internationale²⁰⁵ élabore

²⁰⁰ Rey (A.), *Le Robert. Dictionnaire d'aujourd'hui*, Paris, Avenue d'Italie, 1991, p. 1032.

²⁰¹ V. Héron (J.), *Principes du droit transitoire*, Paris, Dalloz, 1996, 168 pages.

²⁰² Lire sur la question : ZAMBO ZAMBO (D. J.), *Le droit applicable au Cameroun : essai sur les conflits de lois dans le temps et dans l'espace*, Thèse de Doctorat, F.S.J.P., Université de Yaoundé II, 2009, 620 pages.

²⁰³ Cornu (G.), (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 10^e édition, 2014, p. 1035.

²⁰⁴ Guinchard (S.), Debard (T.), *Lexiques des termes juridiques*, 2017-2018, op.cit., p. 827.

²⁰⁵ Assemblée Générale des Nations Unies.

l'incrimination et le législateur national doit adopter la sanction²⁰⁶. Les incriminations posées par le législateur international sont en transition parce qu'elles manquent de sanctions. Et la transition prendra fin quand le législateur national va adopter la sanction. L'incrimination va devenir l'infraction. Ce processus permet aussi d'illustrer la théorie de l'incrimination à deux temps.

Il convient de s'appesantir sur les incriminations du droit de la criminalité transnationale organisée pour asseoir concrètement la figure d'un droit pénal en transition. Le droit pénal matériel visé comporte quatre incriminations. La première incrimination est relative à la participation à un groupe criminel²⁰⁷. Deux actes sont visés par cette qualification : l'entente²⁰⁸ et l'association des malfaiteurs²⁰⁹. La deuxième incrimination concerne le blanchiment du produit d'un crime²¹⁰. Quatre types d'actes sont visés : la conversion ou le transfert du produit du crime, la dissimulation ou le déguisement du produit du crime, l'acquisition, la détention ou l'utilisation du produit du crime, et la participation au blanchiment du produit du crime. La troisième incrimination correspond à la corruption²¹¹. Les actes que les Etats doivent incriminer sont : la corruption active, la corruption passive et le fait de se rendre complice d'une infraction de corruption. La dernière incrimination est relative à l'entrave au bon fonctionnement de la justice²¹². Plusieurs actes sont visés ;

²⁰⁶ La Convention n'exige pas que l'incrimination comprenne une sanction particulière, par exemple un certain nombre d'années d'emprisonnement. La détermination du niveau de sanction appropriée est laissée à l'appréciation de chaque Etat, au vu de sa politique pénale générale. V. Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONDC), *Application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant : outils d'évaluation des besoins*, New York, 2017, p.1.

²⁰⁷ Article 5 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant (CNUCTO).

²⁰⁸ Article 5 alinea 1 a i) (CNUCTO).

²⁰⁹ Article 5 alinea 1 a ii) (CNUCTO).

²¹⁰ Article 6 (CNUCTO).

²¹¹ Article 8(CNUCTO).

²¹² Article 23(CNUCTO).

mais leur finalité est commune : obtenir un faux témoignage ou empêcher un agent de la justice d'agir.

Le point commun à toutes ces incriminations est l'absence de sanction. Toutefois, la figure du droit pénal est réelle. En effet, la Convention des Nations Unies sur la criminalité transnationale organisée mobilise le terme « incrimination ». Elle mobilise aussi les qualifications²¹³ comme qui sont propres au champ pénal. Ce droit pénal est en transition parce qu'il a pour destinataires les Etats, seul garant de son effectivité. C'est pourquoi, l'analyse postule un droit pénal tributaire de la coopération internationale.

2. Un droit pénal tributaire de la coopération internationale

La coopération est l'action de coopérer, de participer à une œuvre, à un projet commun²¹⁴. La coopération est la capacité de collaborer à cette action commune ainsi que les liens qui se tissent pour la réaliser. La coopération internationale serait une action conjointe et coordonnée de deux ou plusieurs Etats ou d'Etats et de personnes privées dans un domaine déterminé (militaire, scientifique, technique, culturel, national ou financier, fiscal, monétaire, commercial, maritime, international, spatial, judiciaire, etc), en vue de parvenir à des résultats communs dans un ou plusieurs domaines de la vie internationale ; cette coopération peut se réaliser soit dans le cadre de l'exécution d'un traité ou d'une organisation internationale, soit en dehors de tout cadre contractuel ou institutionnel²¹⁵. Postuler que le droit pénal souple soit tributaire de la coopération internationale revient à admettre que sans une collaboration entre sujets du droit international, ce droit ne saurait être effectif. Et le droit de la criminalité transnationale organisée épouse cette figure. C'est un droit, qui

²¹³ La participation à un groupe criminel organisé, le blanchiment du produit du crime, la corruption et l'entrave au bon fonctionnement de la justice.

²¹⁴ Rey (A.), op. cit., p. 218.

²¹⁵ Cornu (G.), op. cit., p. 272.

ne peut être effectif, que si une double coopération est activée. La première coopération doit exister entre l'Assemblée générale des Nations Unies et l'Etat. Et la seconde coopération doit exister entre les Etats.

La première coopération concerne l'Assemblée générale des Nations Unies et l'Etat. L'idée de coopération peut être mise en difficulté en prenant en compte la rhétorique du texte. Les formules suivantes sont lisibles : « *les Etats parties doivent conférer, le caractère d'infraction pénale en droit interne* ²¹⁶», « *les Etats parties doivent incriminer deux types d'actes*²¹⁷», « *les Etats parties doivent incriminer deux types d'actes*²¹⁸ », « *les Etats doivent incriminer les actes*²¹⁹ », « *les Etats doivent établir leur compétence*²²⁰ », « *les Etats doivent établir la responsabilité des personnes morales*²²¹». Ces formules sont chapeautées de l'intitulé « *Dispositions obligatoires* ». La logique aurait voulu que la Convention des Nations Unies indique dans les dispositions finales les sanctions qui pèsent sur les Etats en cas de violation de cette obligation internationale. Or ces sanctions n'existent pas. Et l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté le texte par une résolution, qui n'a pas une valeur contraignante sur les Etats. Ce qui revient à dire que seule la bonne volonté de l'Etat de recevoir les incriminations onusiennes par une sanction nationale garantie leur effectivité. Il s'observera une coopération législative. Elle consiste pour l'Etat législateur de reprendre l'incrimination onusienne et de l'accompagner de sanction. Puis l'Etat doit mettre en œuvre les mesures de lutte contre la criminalité transnationale organisée et les mesures procédurales que la Convention

216 Office des Nations Unies contre la Drogue et le Crime (ONDC), Application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des Protocoles s'y rapportant : outils d'évaluation des besoins, op.cit., p. 2.

217 Ibid, p.7.

218 Ibid, p. 14.

219 Ibid, p. 21.

220 Article 15 CNUCTO.

221 Article 10 CNUCTO.

recommande²²². En un mot la coopération de l'Etat doit permettre d'avoir un droit pénal matériel et procédural de la transnationale organisée complet.

La seconde forme de coopération est interétatique. La Convention des Nations Unies recommande aux Etats de se mettre ensemble pour lutter contre la criminalité transnationale organisée. Le style n'est plus impératif, mais incitatif. Les formules suivantes constituent des illustrations : « *les Etats parties sont également invités à envisager de*²²³ », « *les Etats parties sont encouragés à conclure des accords*²²⁴», « *les Etats parties doivent envisager de conclure des accords*²²⁵». Ces formules sont conformes à la valeur juridique des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, qui ne sont pas contraignantes. Il est recommandé aux Etats de conclure les traités pour renforcer la coopération internationale²²⁶. Les développements précédents confortent le postulat que le droit pénal souple issu du droit de la criminalité transnationale organisée est tributaire de la coopération internationale.

Conclusion

En dernière analyse, cette étude a questionné le produit obtenu au terme de la confrontation entre le droit pénal et le droit de la criminalité transnationale organisée. En mobilisant la théorie du droit dur juxtaposée à la théorie du droit souple, une transposition a été effectuée dans le champ pénal. Le droit pénal national et le droit international pénal ont validé leur appartenance au droit dur ; alors que le droit de la criminalité transnationale organisée s'est rapproché du droit souple. Toute chose qui a permis l'émergence du droit pénal souple. Toutefois, ce droit pénal souple doit être lu sous le prisme de la relation entre le temps et le

²²² Ces mesures sont comprises dans les articles 7, 9, 15.

²²³ Article 13 CNUCTO.

²²⁴ Article 20 CNUCTO.

²²⁵ Article 19 CNUCTO.

²²⁶ Article 13 CNUCTO.

droit d'une part, et le volontarisme étatique d'autre part. En clair le droit pénal souple existerait avant sa réception par le droit national ; et cette réception est tributaire de la volonté ou de la bonne foi de l'Etat. Une autre analyse peut s'appesantir sur la bonne foi de l'Etat et le droit pénal.

Regards croisés sur les pactes d'actionnaires à la lumière des droits ohada et français

Interview du chercheur Guillaume N'Guetta
nguiyou@yahoo.fr

Q.1 : Bonjour Guillaume. Vous avez récemment soutenu une thèse à l'Université Alassane Ouattara de Bouaké (en Afrique, précisément en Côte d'Ivoire). Pouvez-vous nous rappeler votre sujet de thèse et nous exposer les raisons qui vous ont poussé à choisir une telle thématique ?

Réponse.1 : Mes réflexions ont porté sur le sujet suivant : « Les pactes d'actionnaires en droit OHADA : Essai d'étude comparée avec le droit français ». J'ai retenu cette formulation de mon sujet de thèse suite aux conseils avisés de mon directeur de thèse. En effet, j'envisageais initialement de travailler sur « les pactes d'actionnaires en droit OHADA - Comparaison avec le droit français ». Mais, à l'issue de mon master recherche, je n'avais pas une idée suffisamment claire de l'art du raisonnement en droit comparé.

Mon directeur de thèse m'a donc suggéré de la modestie dans mon approche du sujet en me proposant un simple essai d'étude comparée ; j'ai donc adhéré à cette proposition qui témoignait de plus de prudence dans la démarche.

Mon intérêt pour les pactes d'actionnaires est né avec la réforme de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique du 30 janvier 2014. Cette loi uniforme qui régit la constitution, le fonctionnement et la dissolution des sociétés commerciales au sein des États parties à l'OHADA (l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires), a fait peau neuve, en reconnaissant notamment dans son corpus légal, le recours aux pactes d'actionnaires qualifiés de conventions extrastatutaires.

Cette reconnaissance légale est venue conforter le recours aux pactes d'actionnaires dont la validité était jusque là souvent discutée en dépit de leur indéniable utilité pratique.

Il m'a donc semblé opportun de mener une réflexion à propos de ce précieux outil d'aménagement des relations entre actionnaires.

Cette réflexion ne pouvait se faire en ignorant le droit français car dans ce système juridique non seulement la pratique des pactes d'actionnaires est vieille de plus d'une vingtaine d'années, mais également parce que le droit des affaires de l'OHADA entretient des liens très étroits avec ce droit.

Question. 2 : Quel est l'intérêt de traiter un tel sujet ?

Réponse.2 : L'intérêt d'une étude sur les pactes d'actionnaires en droit OHADA à l'aune du droit français réside dans le fait que ce précieux instrument juridique est confronté à une incertitude juridique qui entoure tant sa formation que son exécution.

Cet environnement juridique relativement incertain dans lequel évoluent les pactes d'actionnaires, s'explique par le fait que ces conventions sont à la fois assujetties au droit des contrats mais également aux principes découlant du droit des sociétés. Ainsi, ces pactes d'actionnaires sont des conventions de type sociétaire au confluent du droit des contrats et du droit des sociétés.

Mes réflexions ont donc eu pour objectif de contribuer aux efforts de clarification, voire de construction d'un régime juridique des pactes d'actionnaires dans l'espace OHADA tout comme en France ; ce qui contribuera certainement à les rendre plus efficaces.

Q. 3 : Où avez-vous préparé votre thèse et sous quelle direction ?

Réponse.3 : J'ai préparé ma thèse de doctorat à l'Université Alassane Ouattara de Bouaké ; une université située en Afrique, précisément en République de Côte d'Ivoire. À ce jour, l'Université Alassane Ouattara de Bouaké est la deuxième université du pays en termes de capacité d'accueil et d'étendue géographique.

J'ai eu le privilège de rédiger cette thèse sous la direction du Professeur Nanga SILUÉ, Agrégé des facultés de droit et de sciences criminelles. Il est l'actuel Doyen de l'UFR des Sciences Juridiques, Administratives et de Gestion (SJAG) de l'Université Alassane Ouattara de Bouaké. Le Professeur Nanga SILUÉ est un encadreur bienveillant, disponible et rigoureux. Sous son magistère, j'ai appris que le savoir rime avec savoir-faire et savoir-être. Je lui suis infiniment reconnaissant de m'avoir permis de rédiger et de soutenir une thèse sous sa direction. Ce qui n'est toujours pas évident sous nos tropiques.

Question.4 : Quels sont les principaux apports de votre thèse ?

Réponse.4 : Au moins deux apports de ma thèse, me semble-t-il, méritent d'être rappelés

D'une part, l'étude des pactes d'actionnaires en droit OHADA a permis de mettre à jour l'insuffisance manifeste des conditions de formation de ces mécanismes juridiques. Au regard de ces insuffisances, il convient de veiller davantage à un équilibre contractuel dans la formation de ces pactes et à une vigilance accrue des parties contractantes et du juge dans la prise en compte de l'environnement sociétaire ; ce qui implique, notamment, un respect scrupuleux de la primauté des statuts sur les pactes entre associés ou actionnaires.

D'autre part, outre les conditions de formation des pactes d'actionnaires qui ne rassurent pas toujours, l'exécution de ces conventions extrastatutaires recèle une véritable faiblesse congénitale qui remet profondément en cause l'utilité de ces mécanismes juridiques. En effet, que l'on soit en droit OHADA ou même en droit français, il ne faut pas perdre de vue que les pactes d'actionnaires demeurent parfois malheureusement des instruments juridiques d'une faible portée tant à l'égard des tiers que des parties signataires elles-mêmes ; et ce, en dépit des efforts louables mais inachevés du législateur OHADA. Ainsi, en l'état actuel des choses, en droit OHADA tout comme en droit français, le recours aux sanctions conventionnelles et la mise en œuvre de mécanismes qui permettent de faire rayonner les pactes à l'égard des tiers, doivent encore constituer des moyens pratiques pour restaurer toute l'utilité de cet aménagement conventionnel.

Q.5 : Vous l'avez dit précédemment, soutenir une thèse en Afrique n'est pas chose évidente. Quelles sont les difficultés auxquelles vous avez dû faire face lors de la préparation de votre thèse ?

Réponse.5 : Il convient de relever que peu importe l'endroit où elle est préparée, l'élaboration d'une thèse est une véritable ordalie de laquelle survivent seulement ceux qui ont de l'endurance, du courage et du mérite.

Pour ma part, j'aimerais relever deux difficultés majeures : le financement de la recherche et l'accès à la documentation récente.

En effet, le financement de la recherche est une denrée rare en Afrique. Nous ne disposons pas de contrat doctoral comme en France. Je n'en ai donc pas bénéficié. J'ai dû dès lors financer mes recherches avec des ressources obtenues grâce à des travaux dirigés dispensés dans une université privée.

Quant à l'accès à la documentation récente, c'est un véritable luxe que je n'ai pas pu souvent m'offrir. Nos bibliothèques n'en sont pas vraiment fournies. J'ai tenté peu ou prou de combler ce déficit d'une part, avec l'aide de mon directeur de thèse qui nous faisait parvenir chaque fois qu'il en avait l'occasion de la documentation en rapport avec nos sujets de thèse ; d'autre part, j'ai dû acheter certains ouvrages nécessaires à la réflexion. C'est ainsi que j'ai acquis les mélanges en l'honneur du Professeur Jean- Jacques DAIGRE. À l'intérieur de cet ouvrage, j'ai eu le bonheur de m'inspirer d'une réflexion menée par le Professeur Jacques MESTRE sur les pactes d'actionnaires au lendemain de la réforme du droit des obligations en France.

En dépit de toutes ces difficultés, je ne regrette pas d'avoir rédigé et soutenu une thèse en Afrique.

Q.6 : Votre enthousiasme est assez surprenant. Quel est alors l'intérêt de l'obtention du doctorat en Afrique ?

Réponse.6 : L'obtention d'une thèse en Afrique présente plusieurs intérêts. J'aimerais en relever au moins deux.

Le premier intérêt réside dans le fait que l'obtention d'une thèse en Afrique permet de rester très proche du système universitaire que l'on se prépare à intégrer. En effet, le contact avec les chercheurs confirmés de ce système universitaire est une source d'inspiration qui motive à achever ses travaux dans les plus brefs délais.

Le second intérêt de l'obtention d'une thèse en Afrique réside dans l'émergence d'une réflexion originale menée sur la base des sources juridiques majoritairement africaines. Ce qui permet à nos travaux d'être assez proches de nos réalités et de tenter d'apporter des solutions concrètes aux difficultés typiquement africaines.

Néanmoins, la diversité étant une source d'enrichissement mutuel, je reste donc favorable à une collaboration avec des chercheurs d'autres espaces juridiques tels que la France.

Q.7 : Quelles sont les relations qui prévalent entre jeunes docteurs ?

Réponse.7 : Il faut relever que sous l'impulsion du Professeur Nanga SILUÉ, l'UFR SJAG de l'université Alassane OUATTARA de Bouaké, réussit l'exploit de faire soutenir des docteurs relativement jeunes qui ont soif de contribuer à l'évolution d'une doctrine locale assez proche de nos réalités africaines en général et ivoiriennes en particulier.

Les relations que nous entretenons sont des plus conviviales bien qu'elles baignent dans une atmosphère de saine émulation.

Q.8 : Les écoles doctorales sont-elles actives en Afrique ?

Réponse.8 : Pour ce qui est de la Côte d'Ivoire, le projet de création des écoles doctorales est en cours de réalisation. Mais dans l'attente, il existe des laboratoires dans lesquels les jeunes chercheurs sont formés et apprennent à travailler sur des projets.

C'est le cas du Laboratoire d'Etudes sur le Droit et le Développement de Côte d'Ivoire (LEDD-CI) dirigé par le Professeur Nanga SILUÉ auquel j'appartiens. Ce laboratoire mène plusieurs activités telles que des études, des séminaires et des colloques. Deux des projets phares de ce laboratoire sont en cours de réalisation. Il s'agit de l'annotation du Code du travail ivoirien et d'une étude sur la jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) qui est l'organe juridictionnel de l'OHADA.

Q.9 : Votre thèse présente-t-elle des liens avec la doctrine et la jurisprudence française ?

Réponse.9 : Ma thèse est étroitement liée à la doctrine et à la jurisprudence française.

Comme je le disais précédemment, les réflexions menées à propos des pactes d'actionnaires en droit OHADA, sont fortement inspirées de l'expérience française en la matière qui date de plus d'une vingtaine d'années. Ce faisant, les réflexions menées par de grands auteurs français ont inspiré et nourri mes réflexions. Toutefois, il convient relever une certaine originalité des réflexions des auteurs de l'espace OHADA à propos des pactes d'actionnaires qui pourraient intéresser certains auteurs français.

Il en est de même de la jurisprudence française qui est assez abondante sur la question des pactes d'actionnaires. Ce qui n'est pas le cas du contentieux quasi-inexistant de l'espace OHADA relatif aux pactes d'actionnaires.

Q.10 : Votre thèse présente-elle un intérêt pour d'autres Pays ?

Réponse.10 : Outre la Côte d'Ivoire, ma thèse relative aux pactes d'actionnaires intéresse plusieurs États de l'espace OHADA. Il faut souligner qu'à ce jour, le droit OHADA fédère dix-sept (17) États parties de l'Afrique et a vocation à embrasser tous les États de ce continent.

Mes réflexions relatives aux pactes d'actionnaires comptent parmi les premiers travaux d'ordre général depuis la reconnaissance légale des instruments juridiques en droit OHADA. Elles devraient donc pouvoir intéresser tous les États parties à l'OHADA et les investisseurs d'autres États désireux de recourir aux pactes d'actionnaires pour structurer leurs investissements.

Q.11 : Quel avenir souhaitez-vous pour votre thèse ?

Réponse.11 : Mon souhait le plus ardent est de voir ma thèse être publiée par une maison d'édition française afin d'en assurer la vulgarisation tant en France qu'en Afrique.

Ce serait une belle occasion pour moi d'assurer la vulgarisation de mes travaux tout en leur garantissant une certaine crédibilité.

J'envisage poursuivre également la réflexion sur les pactes d'actionnaires en envisageant d'autres aspects qui n'ont pas été suffisamment développés dans ma thèse. Ainsi, je projette, dans de futurs articles, de mettre les pactes d'actionnaires en relation avec la responsabilité sociétale des entreprises ; ou encore avec des difficultés rencontrées par les entreprises.

Q12. Quelles sont à présent vos ambitions professionnelles ?

Réponse.12 : À ce jour, mon ambition principale est de pouvoir m'investir dans la recherche en bâtissant d'abord une carrière d'universitaire. Pour ce faire, nous attendons la

fin du confinement afin de pouvoir débiter la procédure de recrutement dans une université publique.

Ensuite, mon projet d'investissement dans la recherche implique une activité d'écriture et de participation à des manifestations scientifiques telles que des colloques, séminaires, conférences, etc. À ce propos, ce serait un honneur pour moi de participer aux activités organisées par l'Association française des Docteurs en Droit (AFDD) et de collaborer de près ou de loin avec ses membres.

Enfin, mon projet d'investissement dans la recherche suppose une évolution dans ma carrière d'universitaire. En effet, l'évolution de cette carrière nécessite que je puisse me préparer à gravir les échelons du Conseil Africain et Malgache de l'Enseignement Supérieur (CAMES) et à me présenter notamment à son prestigieux concours d'Agrégation.

Pour terminer cet entretien, j'aimerais remercier Monsieur Sylvio QUNICEY, animateur du Forum AFDD, ainsi que Monsieur le Professeur Jacques MESTRE, pour cette opportunité qu'ils m'offrent de faire connaître mes travaux à l'Association Française des Docteurs en Droit et, au-delà, aux juristes français.



AFDD