

Horizons du Droit

The background features a series of overlapping, organic, wavy shapes. At the top is a solid teal color. Below it, a large red shape flows across the middle. A smaller, teal-colored shape is tucked under the red one on the left. A wide, pale yellow shape flows from the bottom left towards the center. Finally, a large, vibrant orange shape dominates the bottom right corner.

N°42

Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Directeur
scientifique

Jacques Mestre

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

Comité
scientifique

Patrick de Fontbressin

Avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich

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

Sandie Lacroix-de Sousa

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

Marie-Eve Pancrazi

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

Béatrice Parance

Professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

David Richard

Avocat au Barreau de Paris.

Rédacteur en
chef

Sabrina Dupouy

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

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

Sommaire

Bulletin n° 42 – janvier 2023

Page 5 L'arbitrage en matière de révision du prix de l'énergie : question de clause, problèmes de clauses

Samir ZIME YERIMA

Page 36 Révocation des dirigeants sociaux et justes motifs : vers une portée décuplée de l'intérêt social ?

Clara GRUDLER

Page 50 La conduite des sociétés d'extraction canadiennes dans la zone OHADA à l'épreuve du devoir de vigilance

Reagan INTOLE

Page 84 La mission du médiateur OHADA

Cédric Carol TSAFACK DJOUMESSI

Page 116 La justice constitutionnelle en République Centrafricaine : les exigences juridiques face aux impératifs de paix et de réconciliation

Arnaud YALIKI

Page 145 Le pacte comissoire en droit OHADA : garantie efficace de recouvrement ou mirage ?

W.Carine Pamela KOLEGBE

**L'ARBITRAGE EN MATIÈRE DE RÉVISION DU PRIX DE L'ÉNERGIE :
QUESTION DE CLAUSE, PROBLÈMES DE CLAUSES**

**Samir ZIME YERIMA - Doctorant contractuel en droit public - Ecole de Droit de la
Sorbonne, ISJPS, Paris I**

INTRODUCTION

Alors qu'ils s'étaient jusque-là nichés dans la pénombre de leur ésotérisme, les arbitrages en matière de révision du prix contractuel de l'énergie ont fait l'objet d'un regain d'intérêt à la faveur de la hausse généralisée des prix en Europe. Pourtant, ces contentieux comptent parmi les plus impressionnants aussi bien du point de vue des montants en jeu¹ que des implications géopolitiques. Dans le paysage spécifique de l'arbitrage, ils constituent également une espèce rare dont les caractéristiques s'éloignent des schémas traditionnels, en ce qu'ils portent non pas sur la violation d'une disposition du contrat, mais sur le maintien des relations contractuelles à travers la modification d'un de ses aspects clés, le prix. On peut dès lors s'interroger sur la rareté des études relatives au recours à l'arbitrage en matière de révision du prix de l'énergie. Il est vrai qu'au-delà de la réputation rébarbative dont il est l'objet, cet arbitrage est marqué par une certaine confidentialité qui n'aide pas au foisonnement des études sur le sujet. D'ailleurs, les rares sentences qui servent jalousement de pâture aux commentateurs sont celles qui ont dû se plier aux règles de la publicité devant les juridictions étatiques ou encore celles dont de courts extraits anonymisés ont été publiés à des fins pédagogiques. Mais le caractère clairsemé de ce champ d'étude ne saurait se justifier par la seule technicité de ce type de contentieux ou par la difficulté d'accès aux ressources jurisprudentielles, d'autant plus qu'outre-Atlantique, une littérature non insignifiante prospère en la matière. Remarquons toutefois, qu'historiquement, par comparaison au continent américain, l'Europe a connu tardivement la pratique de l'arbitrage dans le domaine de la révision des prix de l'énergie.

C'est, en effet, la libéralisation et l'ouverture des marchés européens des gaz, marquées par la séparation des activités de distribution et de transport, ainsi que

¹ A titre illustratif, la sentence *Naftogaz c. Gazprom* (II) rendue en 2018 dans un différend relatif au prix du gaz avoisinant 125 milliards de dollars. Voir Sentence SCC n° V2014/129. Voir aussi M.-A. EYL MAZZEGA, « The Gazprom Naftogaz Stockholm Arbitration Awards: Time for Settlements and Responsible Behaviour », *Édito Énergie*, Ifri, 13 Mars 2018.

le développement de hubs gaziers européens, qui ont entraîné l'émergence et le développement du contentieux de la révision des prix de l'énergie sur le Vieux continent. Contrairement à la majorité des contrats internationaux où règne le principe du prix fixe, les contrats passés dans le domaine du marché de gros de l'énergie appellent généralement un ajustement des prix. En raison de leur longue durée et du caractère fluctuant du marché, ces contrats prévoient en leur sein des clauses permettant aux parties, soit d'ajuster automatiquement le prix contractuel, soit de se retrouver pour définir un nouveau prix quand certaines conditions sont réunies. Même s'il est vrai que ces clauses figurent également dans les contrats du marché de détail, seuls les contrats du marché de gros seront l'objet de notre étude. En cas d'absence d'accord, lesdites clauses prévoient le recours à l'arbitrage pour trancher le différend. Il en découle que la compétence du tribunal arbitral dans ce domaine repose très rarement sur une convention d'arbitrage. Toutefois, même si les clauses de révision demeurent la voie courante de révision du prix, d'autres possibilités s'offrent aux parties en leur absence. Qu'elles soient spécifiquement dédiées à la révision du prix ou plus « traditionnelles », les clauses constituent l'élément central de l'arbitrage en matière de révision du prix de l'énergie. De leur rédaction dépendent non seulement la possibilité de la révision, mais également, la réussite de l'office arbitral.

Dans tous les cas de figure, cet arbitrage est animé par la quête d'un équilibre entre deux principes en tension. D'une part, la règle *pacta sunt servanda* qui rend compte du caractère sacré des termes du contrat et, d'autre part, le principe *rebus sic stantibus* qui traduit la nécessité d'adapter le contrat aux changements de circonstances. Au regard de la nature et des spécificités des contrats dont il est question, le rôle des arbitres s'avère très délicat. Et, si la jurisprudence arbitrale en la matière laisse entrevoir qu'ils bénéficient d'un pouvoir très large, il n'en demeure pas moins que celui-ci est exercé dans un contexte de difficultés multiples.

Dans les lignes qui vont suivre nous présenterons les différents mécanismes de changement du prix dans les contrats d'énergie. Nous montrerons que si les

clauses spéciales de modification du prix demeurent les voies traditionnelles et les plus appropriées (II), il est également possible de parvenir à la révision même en l'absence de clauses dédiées (I). Mais, dans les deux cas, en dépit du pouvoir dont ils disposent dans le contentieux de la révision du prix des contrats d'énergie, les arbitres doivent faire face à certains obstacles propres à ce domaine et qui peuvent interroger sur l'opportunité du recours à l'arbitrage (III).

I. CHANGER LE PRIX EN L'ABSENCE DE CLAUSES DEDIEES : L'APPORT RELATIF DES CLAUSES TRADITIONNELLES

L'absence d'une clause spécifique de modification n'écarte pas toute possibilité de faire évoluer le prix contractuel. Il est toujours envisageable d'activer certaines clauses traditionnelles. Par « clauses traditionnelles », nous entendons les clauses courantes dans les contrats internationaux de commerce dont deux nous importent en l'espèce : la clause de force majeure et la clause de *hardship*. Si dans des hypothèses très rares, la clause de force majeure peut être utilisée (2.1), la clause de *hardship* reste, quant à elle, la clause classique la plus efficace pour la révision du prix (2.2). Enfin, dans certaines situations extrêmes, où aucune clause d'adaptation n'est envisagée, la révision reste toujours possible (2.3).

A. La clause de force majeure ou comment forcer la révision

A l'instar de la majorité des contrats commerciaux, les contrats de vente et d'achat d'énergie prévoient la clause classique de force majeure. Souvent, ces contrats définissent eux-mêmes la force majeure et procèdent à une énumération des situations qui peuvent être considérées comme telle. Généralement conçue comme un évènement imprévisible, insurmontable, extérieur aux parties et dont la conséquence est l'exonération des obligations contractuelles, la force majeure peut découler d'une variété de situations dont, au regard de leur actualité, les pandémies et les conflits.

Le contentieux arbitral mettant en rapport les clauses de force majeure et la question du prix de l'énergie a principalement porté sur l'invocation de l'augmentation ou de la diminution des prix comme cas de force majeure. Durant le premier choc pétrolier des années 70, cet argument a été invoqué par les compagnies pour s'exonérer de leurs obligations contractuelles². Mais la jurisprudence arbitrale n'est pas allée dans ce sens. Telle est la portée de l'affaire CCI 2216³ de 1974 dans laquelle le tribunal arbitral a rejeté les demandes d'une société norvégienne qui se fondait sur la diminution substantielle du prix du pétrole et sur une intervention des autorités de change norvégienne, pour refuser de prendre la livraison d'une quantité donnée de pétrole. Dans une autre affaire CCI n° 2508⁴ rendue en 1976, le vendeur a été condamné par le tribunal arbitral pour avoir refusé de livrer le pétrole au motif de l'augmentation du prix de ce produit. Plus récemment, dans l'affaire *SCC Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. The Republic of Latvia*⁵ qui concernait un arbitrage d'investissement, les modifications tarifaires ont été considérées comme étant hors du champ de la clause de force majeure. Dans toutes ces sentences arbitrales, le principal motif de rejet paraît lié au caractère inopérant des moyens tirés de l'imprévisibilité de l'évolution des prix de l'énergie. Cela est d'autant plus fondé que le souci de la volatilité des prix constitue l'une des caractéristiques communes des contrats d'énergie. On peut donc conclure sur ce point que l'invocation de la clause de force majeure dans le contexte actuel de hausse généralisée des prix de l'énergie ne saurait prospérer devant les tribunaux.

Si l'invocation de la force majeure pour s'exonérer de ses obligations contractuelles entre dans le sillage des usages traditionnels de cette clause, sa mobilisation à des fins de modification des prix contractuels demeure inusuelle.

Un facteur majeur rend *a priori* la clause de force majeure inopérante dans une telle hypothèse. Alors que le processus de révision des prix est irrigué par l'idée

² N. BARYSHEVA, « Force Majeure in Energy Arbitration: Predicting the Unpredictable », *International Commercial Arbitration Review*, 2018, n° 2, juillet-décembre 2018, p. 71.

³ Sentence CCI n° 2216/1974, *Clunet* 1975, pp. 917 et s.

⁴ Sentence CCI n° 2508/1976, *JDI*, 1977, p. 939.

⁵ Sentence SCC n°118/200, *Nykomb Synergetics Technology Holding AB c. The Republic of Latvia*

de maintenir les relations contractuelles, la clause de force majeure intervient généralement pour sonner le glas des obligations contractuelles, sa caractéristique principale étant de rendre le contrat inexécutable ou difficilement exécutable dans certaines situations. C'est justement ce dernier relativisme qui offre la possibilité de mettre cette clause au profit de l'adaptation du contrat et accessoirement de la révision du prix. En effet, comme l'ont noté certains auteurs⁶, en matière de contrats d'énergie comme ailleurs, la clause de force majeure reste et demeure une clause de droit commun, autrement dit, tributaire de la conception que les parties s'en font, et la seule terminologie utilisée pour rédiger la clause de force majeure peut suffire parfois à mettre en œuvre le processus de révision de prix. Tout repose alors sur la rédaction de la clause, sa définition et les conséquences que les parties lui assignent. Car, en définitive, ce sont bien les termes contractuels qui prévaudront. A titre illustratif, dans l'affaire *Total contre EDF*⁷, la Cour d'appel de Paris a fait prévaloir la définition contractuelle de la force majeure, rejetant au passage la prétention de l'une des parties qui tentait de faire valoir une supposée conception « classique »⁸ de ladite clause. Rien ne s'oppose dès lors à ce que les parties adoptent une conception de la force majeure dont l'effet peut servir de mécanisme d'adaptation du contrat selon des conditions convenues. D'ailleurs, le tribunal arbitral l'a expressément reconnu dans la sentence CIRDI *Enron c. Argentine* quand il a considéré que « *Force majeure and unjust enrichment are also mechanisms that would allow for renegotiation and rebalancing of contractual obligations* »⁹.

Mais en l'absence d'une définition contractuelle de la force majeure, le tribunal n'hésitera pas à se référer au sens de droit commun. Dans une telle hypothèse, il faut bien admettre que les principes d'UNIDROIT font autorité. La partie

⁶ N. BARYSHEVA, *op. cit.*, p. 81.

⁷ CA Paris, 28/07/2020, n° 20/06689.

⁸ Article 1218 du Code civil.

⁹ Sentence CIRDI n° ARB/01/3 *Enron Creditors Recovery Corporation (anciennement Enron Corporation) et Ponderosa Assets, L.P. c. République d'Argentine*.

défenderesse l'a compris à ses dépens dans l'affaire CCI n° 11265¹⁰. En l'espèce, le contrat de fourniture de produits pétroliers s'était contenté d'énumérer de manière non limitative les cas de force majeure sans la définir pour autant. Se fondant sur cette ouverture, la partie concernée a voulu y intégrer les difficultés de transport. Mais le tribunal a considéré que « l'article 7 du Contrat contient essentiellement une énumération non limitative d'événements relevant de la force majeure, mais ne donne pas de définition de la force majeure, se limitant à renvoyer dans le cadre de l'énumération qu'il contient aux usages. L'article 7.1.7 des Principes UNIDROIT contient quant à lui une définition générale de la force majeure. Aussi convient-il, de l'avis du Tribunal, de lire l'article 7 du Contrat à la lumière de la règle posée par l'article 7.1.7 des Principes UNIDROIT »¹¹. En vérité, en raison des accrocs liés aux conditions de sa mise en œuvre, les prétentions de révision des prix fondées sur cette clause aboutissent rarement. Et les tribunaux arbitraux demeurent très prompts à rejeter de telles prétentions¹². C'est la raison pour laquelle, le recours à la force majeure pour mettre en œuvre une révision du prix contractuel reste très rare.

En revanche, la seconde clause classique, dite « *hardship* », peut constituer un outil intéressant de modification des prix contractuels.

B. Le *hardship* : une clause de secours

La clause de *hardship* met davantage l'accent sur l'équilibre économique du contrat. Aux termes de l'article 6.2.2 des Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : « Il y a *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et a) que ces événements sont survenus ou ont

¹⁰ Sentence CCI n° 11265, in *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Vol. 20, n° 2, 2009, p. 89.

¹¹ *Ibid.*, p. 90.

¹² *Himpurna California Energy Ltd c. PT. PLN (Persero)*, CNUDCI, Arbitrage ad hoc, 4 mai 1999, *Yearbook Commercial Arbitration*, XXV, 2000.

été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat; b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération; c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée; et d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée ».

Si certaines conditions du *hardship* rappellent les exigences relatives à la force majeure, contrairement à cette dernière, le *hardship* vise à maintenir les relations contractuelles. C'est la raison pour laquelle, il n'est pas requis que l'évènement déclencheur ait un effet radical. Toutefois, la condition de la « fondamentale » du déséquilibre est primordiale. L'évènement déclencheur ne doit pas avoir pour effet une simple augmentation du coût de la prestation. Encore faut-il qu'il fasse peser sur la partie lésée une charge excessive qui change sensiblement le visage originel du contrat. Ces conditions sont la contrepartie de son effet qui demeure une atteinte au principe *pacta sunt servanda*. On comprend alors la prudence des tribunaux arbitraux quand ils font face à l'invocation du *hardship* par les parties¹³. Ainsi, au-delà de la condition récurrente de l'imprévisibilité et de l'absence de contrôle par les parties, le tribunal arbitral s'évertuera à contrôler que la partie lésée n'avait pas dès le départ entendu assumer le risque des événements en cause. C'est dans cette perspective que le tribunal arbitral a considéré dans la sentence CCI n° 11265 qu'« outre la condition d'altération fondamentale de l'équilibre des prestations, l'article 6.2.2 précité requiert que soient réunies les 4 conditions mentionnées aux points a), b), c) et d). En vertu de cette dernière condition, il n'y a pas de « *hardship* si le débiteur de l'obligation a assumé le risque du changement de circonstances. En l'occurrence [...] le Tribunal est d'avis que [la Défenderesse], en s'engageant à avoir à disposition 30 wagons/semaine de façon à respecter le calendrier des livraisons, a assumé le risque de se voir confrontée à des problèmes de transport »¹⁴.

¹³ Dans l'affaire CCI n° 8486, par exemple, le tribunal arbitral a, en des termes très durs, exprimé l'idée que les clauses de *hardship* et toutes les clauses apparentées devaient être mobilisées avec prudence.

¹⁴ Sentence CCI n° 11265, in *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Vol. 20, n° 2, 2009, p. 93.

Quand les conditions du *hardship* sont remplies, sa mise en œuvre constitue, pour les parties, une issue globale à l'enlisement des relations contractuelles d'autant plus que son esprit s'accorde à celui des contrats d'achat/vente d'énergie, car ceux-ci sont conclus sur le long terme¹⁵. Pouvant être déclenché en général à tout moment, le *hardship* s'applique à tous les droits et obligations découlant du contrat, y compris les prix¹⁶. C'est ainsi qu'il offre la possibilité de contourner une paralysie du prix contractuel tout en gardant les contreparties équivalentes à celles qui existaient quand les parties ont conclu leur accord. Celles-ci peuvent cependant expressément spécifier au sein de la clause de *hardship* que cette dernière ne s'applique pas au prix¹⁷. Dans ce cas, le rééquilibrage du contrat ne saurait passer par l'adaptation des dispositions relatives au prix. Il appartiendra aux arbitres de se saisir des autres dispositions contractuelles pour parvenir à rééquilibrer les relations.

Il peut arriver que le contrat ne prévoie ni une clause de *hardship*, ni une clause de modification du prix.

C. En l'absence de toute clause d'adaptation : l'importance du droit applicable

Bien que cette situation soit rare, il n'est pas impossible que le contrat soit vide de toute clause d'adaptation. L'arbitre unique de l'affaire CCI n° 5953 a eu le « privilège » d'y être confronté¹⁸. Le contrat portait sur la livraison de charbon par une société américaine à une société espagnole. Il y était convenu que le prix serait fixé tous les six mois par négociation. Mais au quatrième rendez-vous, aucun accord n'a pu être trouvé entre les parties. Or, le contrat ne prévoyait aucune disposition de nature à autoriser une adaptation du contrat par l'arbitre. Le premier mouvement de celui-ci a été de souligner le caractère inhabituel d'une

¹⁵ M. POLKINGHORNE & S.-M. VOLKMER, « Price Re-openers in Long Term Gas Supply Agreements », in J. GAITS (dir.), *The Leading Practitioners' Guide to Oil and Gas Arbitration*, Huntington, JurisNet LLC, 2015, p. 525.

¹⁶ S. DOLEA, *Gas Price Arbitration Handbook*, Chisinau, Cartea Juridica, 2020, p. 17.

¹⁷ G. BLOCK, « Arbitration and Changes in Energy Prices: A Review of ICC Awards with respect to Force Majeure, Indexation, Adaptation, and Take-or-Pay Clauses », *ICC Dispute Resolution Bulletin*, vol. 20, n° 2, p. 56.

¹⁸ Sentence CCI n° 5953, *Clunet* 1990, pp. 1056 et s.

telle démarche : « Ce qui est vrai, observe-t-il, c'est que dans l'exécution de contrats à long terme dont le prix est fixé, il est fréquent de prévoir une renégociation (...) Mais, en l'absence d'une telle clause, (...) [les parties] ont nécessairement exclu la possibilité d'une renégociation telles qu'on les trouve dans les clauses de "hardship" »¹⁹. L'arbitre se garde alors de procéder à une modification du prix en estimant « qu'il est douteux qu'un arbitre, même amiable compositeur, puisse parfaire l'accord des parties en ce qui concerne le prix »²⁰. Cette position de l'arbitre s'insère en réalité dans un mouvement ancien d'interprétation stricte par les tribunaux arbitraux du principe de l'intangibilité des contrats auquel ils ne dérogent que dans des cas très rares.

En effet, en l'absence d'une clause la prévoyant dans le contrat, la possibilité pour l'arbitre d'adapter le contrat et d'en réviser éventuellement le prix dépendra de la loi de l'arbitrage (*lex arbitri*) et de la loi substantielle applicable au contrat (*lex causae*). La question de savoir si le pouvoir d'adaptation de l'arbitre relève des éléments procéduraux ou substantiels n'a pas trouvé une réponse définitive. Toutefois, on peut s'accorder pour dire qu'en présence d'une *lex causae* reconnaissant un pouvoir d'adaptation à l'arbitre, celui-ci peut dans l'hypothèse d'une *lex arbitri* silencieuse adapter ou réviser le contrat.²¹ Le droit applicable au fond est donc déterminant.

La sentence CCI n° 4761²² offre une très bonne illustration de l'importance du droit applicable dans un tel contexte. Dans ce litige qui opposait une entreprise italienne à une entreprise libyenne, le tribunal devait se prononcer dans une sentence partielle sur la question de la révision du prix. Le droit applicable était le droit libyen. La singularité de l'affaire résulte de ce que le contrat a dans un premier temps expressément exclu la révision du prix en disposant que « le prix de l'ouvrage sera fixe pour toute la durée du contrat et ne sera sujet à aucune révision ». Mais, après la survenance de quelques turbulences dans la vie du

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

²¹ W. BEN HAMIDA, « L'imprévision et l'arbitrage après la réforme du droit des contrats en France », *ASA Bulletin*, 2021, Vol. 39, n° 2, pp. 394-395.

²² Sentence CCI n° 4761, *Clunet* 1987, p. 1012 et s.

contrat, le principe d'une révision du prix fut admis par les parties à travers un avenant dans lequel la défenderesse s'est engagée à donner effet à une augmentation du prix. Seulement, la défenderesse n'a jamais respecté son engagement. Devant le tribunal arbitral, elle fit valoir que le droit libyen interdisait la révision du prix. Le tribunal a au contraire estimé que s'il « est vrai que l'article 657 ch. 1 du Code civil libyen exclut en principe toute révision du prix contractuel lorsque celui-ci a été fixé à forfait, le chiffre 4 de cette même disposition confère au juge le pouvoir d'augmenter le prix ou de résilier le contrat en cas de bouleversement des bases économiques de la convention dû à la survenance d'événements exceptionnels et imprévisibles à la conclusion du contrat ». Et le tribunal de conclure qu'en « conséquence, et contrairement à ce qu'a soutenu la défenderesse, le droit libyen n'interdit nullement l'adaptation ou la révision d'un prix stipulé à forfait, en cas de survenance de circonstances extraordinaires et imprévisibles ; bien plus, dans de telles circonstances, il autorise expressément le juge à augmenter le prix fixé dans le contrat ou à résilier la convention, et ne se distingue par là en rien d'autres systèmes juridiques, tel le droit suisse ou le droit allemand, qui reconnaissent expressément la théorie de l'imprévision »²³.

L'absence de la France de cette liste ne saurait être considérée comme discriminatoire. Elle a pendant longtemps été rangée dans la catégorie des systèmes qui ne reconnaissent ni au juge ni à l'arbitre un pouvoir d'adaptation du contrat. Mais la réforme du droit des contrats a signé la fin de cette tradition en 2016, en introduisant en droit privé²⁴ français, la théorie de l'imprévision à travers le nouvel article 1195 du code civil. S'il est vrai que l'article ne mentionne que le juge, rien n'empêche un arbitre de disposer des mêmes pouvoirs en vertu du principe de l'alignement de la compétence de l'arbitre sur celui des juges. D'ailleurs, en présence d'une clause compromissoire, en théorie, le juge étatique s'efface pour laisser place à l'arbitre. Toutefois, il n'est pas inenvisageable que,

²³ *Ibid.*

²⁴ En droit public, la théorie de l'imprévision a été admise de longue date par le juge administratif. Voir sur le sujet E. LABROT, *L'imprévision : étude comparée droit public-droit privé des contrats*, Paris, L'Harmattan, 2016, 690 p.

dans les faits et notamment dans des situations d'urgence, une partie s'adresse unilatéralement au juge pour demander la révision du contrat²⁵.

Si le recours à l'arbitrage pour la révision des prix de l'énergie est possible même en l'absence d'une clause spécifique de modification, le schéma le plus courant reste celui de l'insertion dans le contrat, d'une clause spécifique destinée à rendre possible la modification du prix en fonction de circonstances déterminées.

II. CHANGER LE PRIX A TRAVERS DES CLAUSES DEDIEES : UNE VOIE PRATIQUE MAIS EXIGEANTE

Même si le langage courant tend à évoquer, principalement et sans souci de nuance, les « clauses de révision » ou la « révision du prix », la modification du prix s'effectue en réalité par le biais de deux types de clauses : la clause d'indexation ou d'ajustement et la clause de réouverture ou de révision *stricto sensu* (3.1). La mise en œuvre de ces clauses est assujettie à l'établissement de l'effectivité d'un évènement déclencheur (3.2).

A. Ajustement ou révision du prix ?

Les clauses d'ajustement²⁶ permettent aux parties d'introduire une sorte d'automatisation dans le processus de modification du prix. Elles engendrent une modification du prix par application automatique d'une formule du prix alors que les clauses de révision obligent les parties à négocier la modification du prix quand certaines conditions sont réunies, plus précisément, en cas d'avènement d'un élément déclencheur ou à intervalles réguliers. La clause d'ajustement est animée par l'idée de refléter des changements plutôt prévisibles et généralement propres au secteur de l'énergie. Il en découle qu'elle comporte très souvent des détails propres audit secteur et qui rendent compte des différents facteurs pouvant nécessiter une modification du prix durant toute la vie du contrat. On retrouve ainsi dans une clause typique d'ajustement de prix les deux éléments

²⁵ W. BEN HAMIDA, « L'imprévision et l'arbitrage après la réforme du droit des contrats en France », *ASA Bulletin*, 2021, Vol. 39, n° 2, p. 387.

²⁶ L. AGOSTI & al., « Natural gas price review arbitrations: issues in adopting hub indexation », in J. FREEMAN & M. LEVY (dir.), *Gas and LNG Price Arbitrations*, op. cit., p. 181.

suivants : l'effet d'une potentielle inflation ou déflation sur les coûts de production et de livraison du produit énergétique et la fluctuation de la valeur du produit par rapport aux autres produits concurrents.²⁷ L'affaire *Esso* fournit une clause typique d'ajustement. L'article 12.2 du contrat qui liait les deux parties prévoyait que « la redevance énergétique est revue et ajustée tous les six mois par référence à quatre repères : (i) le prix du gasoil (30%), (ii) le prix du fioul bas soufre (30%), (iii) le prix du gaz naturel (30 %) et (iv) le taux d'inflation en Irlande tel que reflété dans l'indice des prix de gros industriels (10 %) »²⁸.

Pendant longtemps, dans le marché du gaz, l'indexation s'est faite en référence au prix du pétrole et de ses produits dérivés. Concrètement, le prix contractuel est composé de deux éléments : une valeur de base fixe (P 0) et une composante d'indexation arrimée aux variations des produits pétroliers²⁹ qui servent d'indice. C'est cette seconde composante qui constitue le rouage central de la mécanique d'ajustement du prix pendant toute la durée du contrat à long terme.

Les clauses d'ajustement permettent de modifier l'index ou la manière dont le prix est calculé si l'index disparaît ou n'est plus pertinent³⁰. Du fait du caractère très évolutif et dynamique du secteur de l'énergie, lié entre autres à la disparition ou à l'apparition de certaines sources d'énergie, certains indices deviennent inopérants ou ne reflètent pas la réalité du secteur. En dépit de son caractère automatique et de ses paramètres relativement objectifs, la clause d'indexation n'échappe pas à des situations de manipulation³¹ et donc au contentieux. En cas de litige, il s'agit alors toujours de garder comme repère l'objectif de l'indice

²⁷ P. GRIFFIN, « Principles of price reviews and hardship clauses in long-term gas contracts », in P. GRIFFIN (dir.), *Liquefied Natural Gas: The Law and Business of LNG*, Londres, Globe Law and Business, 2017, p.

²⁸ Haute Cour de Justice (Angleterre et Pays de Galles) 31 mars 2004, *Esso Exploration & Production UK Ltd. c. Electricity Supply Board*.

²⁹ S. ANWAY & al., « The Evolution of Natural Gas Price Review Arbitrations », in W. ROWLEY (dir.), *Guide to Energy Arbitration*, Londres, Law Business Research Ltd, 2022, 5^{ème} éd., p. 195.

³⁰ Voir M. LOREFICE, « Gas Price Review Arbitrations: Changing the Indexation Formula », in William ROWLEY (dir.), *The Guide to Energy Arbitrations*, GAR, 2018, 3^{ème} éd., p. 207.

³¹ V. BONETTI & al., « The potential for price disputes in hub-indexed gas contracts », in J. FREEMAN & M. LEVY (dir.), *Gas and LNG Price Arbitrations*, op. cit., p. 208.

original et il appartient à l'arbitre, le cas échéant, de trouver un nouvel indice se rapprochant autant que possible des objectifs de l'indice d'origine³². D'une manière générale, deux possibilités s'offrent aux arbitres. La première, celle la plus en vogue dans le marché du gaz³³, consiste pour les arbitres à supprimer la valeur de base P 0, à établir eux-mêmes un prix fixe qui est le fruit de l'ajustement du prix pivot qu'ils augmentent ou réduisent. La deuxième, au contraire, consiste, non pas à supprimer P 0 mais à la changer et surtout à modifier l'indexation afin de parvenir à un prix qui puisse s'adapter aux évolutions futures³⁴. Une troisième possibilité existe toutefois. Laissée à la discrétion des parties, elle consiste à changer la nature de l'indexation, en substituant par exemple l'indexation des hubs à l'indexation pétrolière. Elle ne peut cependant se faire que sur la demande des parties et en l'absence de dispositions contractuelles l'interdisant expressément.

C'est justement en raison de la volatilité et du caractère instable de la valeur des produits pétroliers que l'indexation des hubs prend de l'ampleur en Europe à la faveur de leur développement. Aujourd'hui, plusieurs hubs européens jouent dans leurs marchés respectifs, le rôle d'instruments de fixation des prix. En raison de l'accroissement des échanges sur les hubs européens³⁵ et de la « liquidité »³⁶ qui s'ensuit, leurs indexations prennent une place de plus en plus importante dans les contrats énergétiques sur le continent. C'est ainsi que des fournisseurs d'envergure tels que Gazprom ont, depuis quelques années, commencé à inclure

³² D'ailleurs, en France, la réforme du droit des contrats est allée dans ce sens à travers l'article 1167 du code civil qui prévoit que : « Lorsque le prix ou tout autre élément du contrat doit être déterminé par référence à un indice qui n'existe pas ou a cessé d'exister ou d'être accessible, celui-ci est remplacé par l'indice qui s'en rapproche le plus ».

³³ M. LOREFICE, « Gas Price Review Arbitrations », in William ROWLEY (dir.), *Guide to Energy Arbitration*, Londres, Law Business Research Ltd, 2022, 5^{ème} éd., p. 232.

³⁴ M. LOREFICE, « Gas Price Review Arbitrations », *op. cit.*, p. 232.

³⁵ Principalement : TTF (Pays-Bas), ZEE (Belgique), NCG et Gaspool (Allemagne), PEG Nord, PEG Sud et TIGF (France), Baumgarten (Autriche) et PSV (Italie) .

³⁶ La liquidité renvoie au niveau d'activité sur un marché de gros en matière de transactions. Elle est mesurée généralement grâce aux indicateurs suivants : le rapport entre les quantités échangées et celles physiquement livrées (churn index) ; les volumes et le nombre d'acteurs et enfin l'écart entre l'offre et la demande (tradability index). Voir B. DESBOIS, *PANORAMA : le marché du gaz en France*, Courtrai, E&C bvba, 2014, p. 81.

l'indexation des hubs gaziers dans leurs contrats de fourniture³⁷. De nombreux observateurs voient d'ailleurs dans le hub hollandais TTF, le futur centre de référence pour l'indexation des prix en Europe au même titre que Henry Hub aux Etats-Unis³⁸.

Dans le même esprit, dans certains contrats, les prix sont indexés aux formules utilisées par certaines sociétés indépendantes ayant pour office d'analyser les prix des matières premières et de publier leurs indices. Quand ces sociétés disparaissent ou modifient leurs méthodes de calcul, cela engendre parfois une nécessité de modifier l'index sur lequel le prix avait été fixé par les parties. C'est ce qui ressort de la sentence CCI n° 10351³⁹ de 2001. Dans cette affaire, le contrat contenait en plus d'une clause de révision, une clause d'ajustement qui prévoyait que le prix du gaz naturel serait fondé sur le prix d'un panier de pétrole brut publié par Platts, une société indépendante fournissant des données sur le cours du pétrole. Mais la formule de Platts pour le calcul du prix du pétrole brut ayant été modifiée, un litige est né. Le tribunal arbitral a procédé dans cette affaire à une analyse minutieuse de tous les éléments lui permettant d'apprécier l'intention des parties dans le choix du référentiel pour fixer le prix du gaz. Il en vient à la conclusion selon laquelle, même s'il y a un changement effectif du prix du fait de la nouvelle formule, celle-ci ne fait en réalité que refléter l'évolution normale du marché et qu'en plus, cette nouvelle formule était conforme à la volonté originelle des parties. Il n'y avait donc pas de raison de procéder à une modification.

C'est pendant les années 1980 que la pratique d'intégration des clauses de révision des prix dans les contrats gaziers a émergé. A la différence de la clause d'ajustement, la clause de révision n'intervient que dans l'hypothèse de changements imprévisibles. De plus, ces changements s'étendent au-delà des seuls paramètres tarifaires pour prendre en compte des circonstances

³⁷ A titre illustratif, son contrat d'approvisionnement avec ENI est indexé entièrement sur les hubs.

³⁸ M. HAFNER & al., *Les nouvelles configurations des marchés du GNL et leurs implications géopolitiques.. [Rapport de recherche] 3*, IRIS. Observatoire de la sécurité des flux et des matières énergétiques, 2020, p. 46.

³⁹ Sentence CCI n° 10351, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Vol. 20, n° 2, 2009, pp. 76-86.

économiques plus globales, même si l'effet visé est au final d'aboutir à la révision du prix. C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont pu ranger la clause de *hardship* dans la catégorie des clauses de révision⁴⁰. S'il est vrai que le même esprit les anime, nous inclinons à penser qu'elles constituent des espèces bien différentes, autant par leurs conditions de mise en œuvre que par leur portée⁴¹.

De même, contrairement à la clause d'ajustement qui est irriguée par un certain automatisme, la clause de révision appelle une action primesautière de la partie demanderesse. C'est l'application ici du principe « *actori incumbit probatio* » que le tribunal arbitral a eu à rappeler dans la sentence CCI n° 3344. La différence entre les clauses de révision et celle d'indexation a été précisée dans la même sentence où le tribunal a argué que : « la clause de révision (...) impose dans son principe le droit d'exiger une modification à la hausse ou à la baisse du prix provisoire. Mais contrairement à l'indexation, - qui doit comporter pour son application l'énoncé préalable des paramètres, de nature objective, dont le jeu entraîne automatiquement modification du résultat originaire et aboutit à la seule solution mathématique possible - la révision ne consacre que le droit à l'ouverture de nouvelles négociations.»⁴². Il ressort de cette décision que la principale différence entre les deux réside dans l'automatisme de la modification du prix. Dans le cadre de la clause d'indexation, les paramètres d'adaptation ou d'indexation sont contenus dans le contrat, sont objectifs et devraient conduire à une solution univoque. Dans les faits, les deux clauses sont complémentaires et concomitantes dans les contrats de vente et d'achat d'énergie à long terme. Avant que la procédure de révision du prix ne puisse être mise en œuvre, le requérant doit établir la preuve de l'existence d'un évènement déclencheur.

B. La question épineuse de l'évènement déclencheur

⁴⁰ P. GRIFFIN, « Principles of price reviews and hardship clauses in long-term gas contracts », *op. cit.* p. 95.

⁴¹ Le *hardship* s'applique sauf stipulations contraires à toutes les dispositions contractuelles alors que les clauses de révisions ne sont valables que pour des dispositions bien précises. Il en découle que le pouvoir de modification du juge ou de l'arbitre quand sa compétence découle de la clause de révision est limitée aux dispositions de révision du prix.

⁴² Sentence CCI n° 3344, Clunet 1982, n° 983 et s., note E. GAILLARD.

La nature de cet évènement déclencheur varie d'une clause à l'autre. Il en existe deux types : l'un, périodique et l'autre, circonstanciel. Dans le premier cas, c'est le temps qui commande le déclenchement de la procédure. S'agissant des contrats de gaz naturel à long terme, cette durée est généralement de 4 ans. Le contrat entre Sonatrach et Distrigaz en est une illustration typique⁴³.

Dans le second cas, la clause exige un changement de circonstances de nature économique affectant le marché⁴⁴. Ce changement de circonstances doit revêtir certaines caractéristiques dont la substantialité, l'imprévisibilité et l'absence de contrôle des parties. En la matière, la clause de référence est celle contenue dans le contrat de l'affaire *Atlantic LNG c. GNA*. A ce titre, elle servira de point de départ à notre analyse. Ladite clause est ainsi formulée : « *[i]f at any time either Party considers that economic circumstances in Spain beyond the control of the Parties, while exercising due diligence, have substantially changed as compared to what it reasonably expected when entering into this Contract or, after the first Contract Price revision under this Article 8.5, at the time of the latest Contract Price revision under this Article 8.5, and the Contract Price resulting from application of the formula set forth in Article 8.1 does not reflect the value of Natural Gas in the Buyer's end-user market, then such Party may, by notifying the other Party in writing and giving with such notice information supporting its belief, request that the Parties should forthwith enter into negotiations to determine whether or not such changed circumstances exist and justify a revision of the Contract Price provisions and, if so, to seek agreement on a fair and equitable revision of the above-mentioned Contract Price provisions in accordance with the remaining provisions of this Article 8.5* »⁴⁵.

⁴³ Contrat conclu en 1976 entre Sonatrach et Distrigas Corporation LNG SPA. La clause de révision est disponible en entier à l'annexe de ce document : M. POLKINGHORNE, « Stabilization clauses and periodic review outline », https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Events/CCNG_2015_Michael_Polkinghorne.pdf [Consulté le 20 septembre 2022].

⁴⁴ M. LEVY, « Drafting an effective price review clause », in J. FREEMAN & M. LEVY (dir.), *Gas and LNG Price Arbitrations*, op. cit., p. 10.

⁴⁵ *Atlantic LNG Company of Trinidad & Tobago c. Gas Natural Aproveisionamientos SDG SA, CNUDCI*, Arbitrage ad hoc, sentence finale datée du 17 janvier 2008.

Pour détaillée qu'elle puisse paraître, cette clause répandue⁴⁶ n'en soulève pas moins des difficultés liées notamment à l'appréciation des critères du changement de circonstances.

Il en est ainsi d'abord du caractère significatif ou substantiel du changement. Quelle est la frontière entre le dérisoire et le significatif ? Si on peut convenir avec Marnix Leijten pour dire que « *the term 'significant' seems to serve as a minimal threshold, ensuring that the change has sufficient weight to justify an adjustment of the price provisions* »⁴⁷, il n'en demeure pas moins que les clauses de révision n'indiquent pas des éléments quantitatifs d'appréciation de cette frontière. Même à supposer que la référence aux dispositions tarifaires conduise à apprécier cette substantialité au regard de l'évolution de la valeur du produit, une différence du moindre centime d'euro peut prendre des proportions importantes au regard des volumes impressionnants de produits vendus et du long terme qui caractérisent les contrats d'énergie⁴⁸. Le risque d'une surévaluation de ce critère, d'un autre côté, est d'aboutir à une forme déguisée de clause de *hardship*⁴⁹.

La condition liée à l'imprévisibilité n'en est pas elle-même moins sujette à évanescence. On pourrait s'accorder sur ce qu'un évènement aussi commun que la fluctuation du cours du pétrole ait, *a priori*, peu de chance d'aboutir du point de vue d'un argument fondé sur l'imprévisibilité. Pourtant, une sentence CCI de 2010⁵⁰ vient nuancer une telle considération. Alors que l'une des parties y invoquait la fluctuation du Brent, le tribunal a estimé que la condition n'était pas « *the fluctuation of the Brent in general, as such event is foreseeable per se, but rather the intensity of this fluctuation, or, put in another way, whether the price increase of the Brent was of such a magnitude as to exceed considerably the Parties' expectations* »⁵¹. Il en découle que la prévisibilité, ici, n'est pas relative à

⁴⁶ Voir par exemple, Sentence CCI n° 9812 et n° 13504.

⁴⁷ M. LEIJTEN & *al.*, « The trigger phase », in J. FREEMAN & M. LEVY (dir.), *Gas and LNG Price Arbitrations*, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ P. ROBERTS, *Gas Sales and Gas Transportation Agreements, Principles and Practice*, Londres, Sweet & Maxwell/Thomson Reuters, 2011, p. 189.

⁵⁰ Sentence CCI n° 15051, in *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Vol. 25, n° 2, 2014, p. 74.

⁵¹ *Ibid.*

l'évènement en lui-même, mais plutôt à son intensité qui était telle que les parties n'auraient pu raisonnablement la prévoir malgré leur précaution. En outre, cette approche traduit la délicatesse des liens entre le critère de l'imprévisibilité et celui de la substantialité.

Une certaine ambivalence ressort également du critère relatif à l'absence de contrôle par les parties. D'abord, cette absence de contrôle peut renvoyer aussi bien à l'hypothèse d'un changement de circonstances non influencé par les parties qu'à celle où il serait indépendant de la volonté des parties. Ensuite, si l'on s'accorde sur la seconde interprétation, celle la plus plausible, c'est-à-dire un changement de circonstances indépendant de la volonté des parties, une objection logique émerge aussitôt. L'absence de contrôle ne devrait-elle pas être relative à la seule partie requérante ? Une lecture littérale de cette clause sans considération de la nature de la partie concernée aurait en effet pour conséquence le rejet de la demande de révision de la partie requérante alors même que la partie adverse se trouve à l'origine du changement de circonstances. Cette remarque est surtout vraie dans les situations où une personne publique est partie au contrat. En dépit du caractère libéralisé du secteur, dans certaines situations, les personnes publiques peuvent avoir une certaine mainmise, par voie réglementaire, sur les changements du marché et notamment en matière de fixation de prix.⁵² Dans l'affaire CCI n° 13504, le tribunal arbitral a estimé que les changements indépendants de la volonté des parties doivent s'apprécier notamment comme ceux étant « hors de la zone d'influence de l'une des parties »⁵³. Le tribunal donne comme exemples typiques de changements de circonstances indépendants de la volonté des parties, l'apparition de nouveaux concurrents, de nouvelles sources d'énergies concurrentes mais aussi des mesures gouvernementales dont l'adoption de nouvelles législations⁵⁴. Toutefois, « sont exclues les circonstances influencées ou auto-infligées par l'une des Parties, par exemple résultant d'achats par

⁵² M. LEIJTEN & *al.*, *op. cit.*, pp. 27-28.

⁵³ Sentence CCI n° 13504, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, Vol 20, n° 2, 2009.

⁵⁴ *Ibid.*

l'Acheteur de fournitures de gaz supplémentaires auprès d'autres fournisseurs »⁵⁵. De toutes les manières, l'appréciation des changements de circonstance indépendants de la volonté des parties se fait aussi sur la base de leurs comportements respectifs. Le tribunal arbitral s'évertuera à déterminer si, en dépit de la relative extériorité de l'évènement, ses conséquences négatives sur la demanderesse n'auraient pas pu être évitées par un comportement plus alerte. Il est ainsi courant que les tribunaux arbitraux vérifient si les parties ont fait preuve de pratiques commerciales saines et agi en entreprise prudente et efficace.

Quand la partie demanderesse estime que l'existence de l'élément déclencheur est établie, elle doit porter à la connaissance de l'autre partie sa volonté d'engager la procédure de révision du prix à travers un « avis de révision ». Cet avis de révision obéit parfois à certaines modalités strictes qui impliquent par exemple pour la partie demanderesse de préciser dans ce document sa proposition du nouveau prix ou de la nouvelle formule, de justifier à travers des informations détaillées le caractère significatif des changements de circonstances qui ont présidé à l'introduction de la procédure de révision du prix. Quand il est requis, cet élément doit être argumenté avec le plus grand soin, car si l'évènement déclencheur mentionné par la partie requérante dans son avis ne correspond pas aux critères définis au sein du contrat, l'avis de révision sera invalidé et conduira *ipso facto* à l'arrêt pur et simple de la procédure de révision du prix⁵⁶. L'affaire *Esso*⁵⁷ en est l'illustration la plus instructive. Dans ce litige relatif à un contrat d'approvisionnement de gaz d'une durée de 15 ans, le juge étatique a en considéré que l'utilisation par l'une des parties, dans son avis, d'une référence autre que celle prévue dans la clause de révision pour proposer son prix ne pouvait servir à démontrer l'effectivité de l'élément déclencheur de la révision du prix qui est censé figurer dans l'avis de révision et dont la validité

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ J. BAILY & R. LIDGATE, « LNG price reviews: a sign of the times », *Journal of World Energy Law and Business*, 2014, Vol. 7, n° 2, p. 144.

⁵⁷ Haute Cour de Justice (Angleterre et Pays de Galles) 31 mars 2004, *Esso Exploration & Production UK Ltd. c. Electricity Supply Board*.

constitue elle-même une condition de la compétence du tribunal arbitral. La conséquence est donc l'incompétence de ce dernier⁵⁸.

Quand le tribunal s'estime compétent, il dispose d'un pouvoir bien plus étendu que dans les arbitrages traditionnels. Toutefois, ce pouvoir s'exerce dans un contexte tumultueux.

III. HEURS ET MALHEURS DU POUVOIR ARBITRAL EN MATIERE DE REVISION DU PRIX DE L'ENERGIE

Dans ce domaine, le pouvoir des arbitres est marqué par un contrôle subjectivisé et téléologique rendu possible par la rédaction des clauses de prix (4.1). Un tel pouvoir semble être en définitive la contrepartie de l'environnement de l'arbitrage dans ce domaine (4.2).

A. Un pouvoir marqué par un contrôle subjectivisé et téléologique

L'étendue du pouvoir de l'arbitre est tributaire de la rédaction originelle des clauses de modification du prix du contrat. Plus les clauses paraissent vagues, plus les pouvoirs de l'arbitre sont importants. Pourtant, et paradoxalement, les clauses de révision des prix de l'énergie sont rédigées en des termes souples laissant une grande marge de manœuvre et un pouvoir d'interprétation accru au tribunal arbitral. Mais, en vérité, le paradoxe n'est qu'apparent, car, derrière cette posture, se cache une démarche prudente. En raison de la longue durée des contrats et de la nature instable du secteur de l'énergie, les parties se gardent en général de recourir à des clauses excessivement précises qui, par nature, ne peuvent prendre en compte le temps long et risqueraient d'être prématurément en décalage avec la réalité du marché⁵⁹.

Il est vrai que dans certaines situations, ainsi qu'en témoigne l'affaire *Esso*⁶⁰, la rédaction laconique des clauses a pour conséquence de réduire la marge de

⁵⁸ *Ibid.*, p. 246.

⁵⁹ S. ANWAY & al., « *The Evolution of Natural Gas Price Review Arbitrations* », *op. cit.*, p. 192.

⁶⁰ Haute Cour de Justice (Angleterre et Pays de Galles) 31 mars 2004, *Esso Exploration & Production UK Ltd. c. Electricity Supply Board*.

manœuvre des arbitres. Cependant, dans la grande majorité des cas, la rédaction imprécise des clauses conduit à concéder des pouvoirs exorbitants aux arbitres, au point où ceux-ci semblent aller parfois au-delà de la volonté des parties.

Référons-nous à cet effet à la tristement célèbre sentence *Atlantic LNG*⁶¹ dans laquelle le tribunal arbitral a lui-même modifié la formule du prix d'une manière qui n'a convenu à aucune des parties⁶². Les couleurs furent annoncées dès les premiers paragraphes relatifs à l'examen de sa compétence. Il y soutient qu'une « *A price reopener proceeding imposes on the Tribunal obligations that are broader than a traditional arbitration proceeding because the Tribunal is instructed to make commercial decisions based on very general standards and criteria* »⁶³. Dans ce litige, le contrat comportait expressément dans la clause de révision, une disposition prévoyant la compétence des arbitres en cas de désaccord relatif à la révision du prix, mais ne précisait pas outre mesure l'étendue de leur pouvoir et surtout celui de modifier ou non les dispositions tarifaires. L'article 8.5(f) s'était borné à disposer qu'en cas de désaccord entre les parties sur la révision, l'une ou l'autre pouvait « soumettre la question à l'arbitrage », conformément aux critères énoncés par les parties. Pourtant, partant de cette disposition, les arbitres ont conclu que « *The Tribunal is required not just to determine whether there is a basis to reopen the price, but to actually decide what the new price should be - in effect revising a key provision of the Contract* »⁶⁴. La position du tribunal appelle également à remarquer qu'il n'a guère abordé la question de la *lex arbitri* ou de la *lex causae* pour juger de son pouvoir de réviser les dispositions contractuelles⁶⁵. La loi applicable dans cette affaire était celle de New York. Or, celle-ci⁶⁶, ni d'ailleurs la loi fédérale sur l'arbitrage,

⁶¹ *Atlantic LNG Company of Trinidad & Tobago c. Gas Natural Aproveisio namientos SDG SA, CNUDCI*, Arbitrage ad hoc, sentence finale datée du 17 janvier 2008.

⁶² Une situation similaire (arbitres allant au-delà de la volonté des parties) dans l'affaire ayant opposé RWE à Gazprom dans la Sentence CCI, n° 17468, *RWE Transgas v. Gazprom Export LLC*, (sentence non publiée).

⁶³ Sentence *Atlantic LNG*, par. 20.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ On retrouve la même démarche dans la sentence CCI n° 9812.

⁶⁶ Article 75 du *New York's Civil Practice Law and Rules* qui est une codification de l'ancienne loi de New York sur l'arbitrage de 1920.

encore moins le règlement de la CNUDCI, ne traitaient de la question du pouvoir de révision du contrat par les arbitres. Le tribunal a déduit l'étendue de son pouvoir de l'intention originelle des parties à laquelle il donne une autorité absolue. Dans cet élan téléologique, il a précisé que « *the Tribunal believes that it should honor the original intent of the parties in 1995, to the extent that such intent can be deduced from the language chosen at that time, as clarified during the hearings* »⁶⁷. En effet, les deux parties avaient convenu que tout nouveau prix devrait satisfaire au critère « juste et équitable » tel qu'énoncé dans le contrat. C'est au regard de tous ces éléments que le tribunal arbitral en est venu à établir une tarification en deux parties à travers l'introduction, de son propre mouvement, d'un nouvel élément d'ajustement qui n'avait été préconisé par aucune des parties. S'en est suivie une contestation de la sentence auprès des juges étatiques américains, plus précisément le tribunal de district des États-Unis pour le district sud de New York qui a confirmé la sentence arbitrale. Le juge américain a en effet estimé que la clause de révision n'imposait pas de « limites structurelles » au pouvoir de révision des arbitres au-delà de l'obligation pour les arbitres de parvenir à une révision « juste et équitable ». Or ce critère lui-même reste profondément subjectif.

De manière plus problématique, cette subjectivisation peut être parfois le fait des arbitres eux-mêmes. Par exemple, dans la sentence arbitrale CCI n° 9812, les arbitres ont introduit de manière prétorienne, le critère de la « pertinence » du changement des circonstances économiques dans les conditions de révision du prix. Mais, comme on peut le constater, le caractère « pertinent » constitue un critère évasif dont l'appréciation implique un certain pouvoir discrétionnaire. D'ailleurs, dans cette affaire, le défendeur a échoué à démontrer que le changement remplissait les conditions requises pour entraîner une révision des prix. Finalement, en dépit de l'existence de critères objectifs⁶⁸, les critères subjectifs se révèlent très souvent déterminants dans l'appréciation de l'évènement déclencheur de la révision du prix.

⁶⁷ Sentence *Atlantic LNG*, par. 20.

⁶⁸ En l'espèce, prise en compte des « niveaux et des tendances du prix des fournitures de GNL et de gaz naturel ».

D'un autre côté, même dans l'hypothèse des clauses d'indexation, l'approche téléologique adoptée par les arbitres leur offre les moyens d'accroître leur marge de manœuvre. Dans la sentence CCI n° 13504 de 2007⁶⁹, le tribunal arbitral a eu l'occasion de le manifester. Il y était question d'une augmentation automatique du prix du fait des stipulations contractuelles en raison de l'indexation sur les cours du gasoil et du fioul. Or, l'acheteur avait dû consentir entre-temps des rabais vis-à-vis des consommateurs finaux afin de maintenir des parts du marché. Il souhaitait à ce titre que le tribunal arbitral diminue ce prix, résultant de la révision automatique fondée sur les indices, afin que le nouveau prix puisse refléter d'autres changements de circonstances économiques du marché et plus précisément la valeur du gaz naturel sur le marché de l'utilisateur final. Les arbitres ont procédé à une analyse minutieuse des clauses et des buts poursuivis par celles-ci et cherché l'intention initiale des parties pour accorder gain de cause au demandeur, sans pour autant s'en tenir aux données et méthodes de calcul de celui-ci et encore moins de celles du défendeur. Le tribunal arbitral a, en réalité, adopté une démarche téléologique en cherchant le but de la clause d'indexation. Selon lui, ce but est de refléter toute hausse ou baisse des prix des principales énergies alternatives avec lesquelles le gaz naturel était en concurrence sur le marché énergétique, de telle sorte que le gaz livré à l'acheteur reste compétitif lors d'une baisse des prix pétroliers et que le vendeur profite du prix le plus élevé lors d'une hausse de prix des énergies concurrentes.

S'agissant du référentiel lié à la valeur du gaz naturel, le tribunal rappelle qu'il lui appartient en l'absence d'une définition contractuelle claire de l'expression « valeur du gaz naturel », de déterminer cette valeur « *on the basis of prices obtained or obtainable in actual transactions in the various market segments constituting the end user market of the Buyer* »⁷⁰. Le tribunal s'attache donc à analyser les transactions réelles pour calculer le nouvel indice et en fonction des informations fournies par les parties, se fait sa propre opinion du meilleur index qui correspond à l'économie globale du contrat.

⁶⁹ Sentence CCI n° 13504, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Vol 20, n° 2, 2009, pp. 105-106.

⁷⁰ *Ibid*, par. 114.

Il faut noter ici, qu'en considérant aussi les rapports de l'acheteur vis-à-vis des utilisateurs finaux, le tribunal arbitral ne se limite pas au contrat principal, mais considère également tout ce qui l'environne. Il a ainsi estimé que lors de la conclusion du contrat, le vendeur savait ce à quoi l'achat du gaz par l'acheteur était destiné et n'ignorait pas qu'il serait revendu à un montant donné aux consommateurs finaux. Cette démarche des arbitres traduit non seulement la prégnance de l'idée d'équilibre, mais également la capacité des arbitres à se détacher de la lettre des contrats pour apporter une solution irriguée par leur propre appréciation de la finalité des dispositions contractuelles, sans qu'il ne soit pour autant question de statuer en amiable compositeur.

B. Un pouvoir exercé dans un contexte de multiples difficultés

Du fait de la multiplicité des clauses touchant à la révision du prix dans certains contrats en matière énergétique, la question de leur articulation peut se poser. Mais loin de constituer toujours un inconvénient, elle peut parfois s'avérer utile pour les arbitres. Ceux-ci peuvent, par exemple, en présence simultanée de clauses traditionnelles et de clauses spécifiques de révision, se saisir des premières pour modifier le prix, quand le contrat ne l'exclut pas explicitement, dans l'hypothèse d'une mauvaise rédaction des secondes. Toutefois, le caractère général des clauses classiques a pu conduire certains auteurs à considérer que ces dernières sont appelées à s'effacer face aux clauses de prix⁷¹. En vertu du principe *lex specialis derogat legi generali*, une clause de portée large telle que le *hardship* ne saurait prévaloir sur une clause aussi précise que celle de l'indexation⁷².

En outre, il arrive que certains contrats prévoient dans leur clause de révision, le recours à l'expertise pour trancher le contentieux relatif à la modification ou à l'établissement d'un nouvel indice⁷³. Une telle disposition pourrait se superposer

⁷¹ S. NESSI, « Price Revision in Long-Term Energy Contracts: When is it possible to Adjust Prices or Modify the Terms of a Long-Term Energy Contract under Swiss Law ? », in C. GONZALEZ-BUENO (dir.), *40 under 40 International Arbitration*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 385-397.

⁷² S. DOLEA, *Gas Price Arbitration Handbook*, op. cit. p. 17.

⁷³ A. MOURRE, « Gas Price Reopeners: Is Arbitration Still the Answer ? », *Dispute Resolution International*, Vol. 9, n° 2, Octobre 2015, p. 144.

à celle relative au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends liés au contrat. Quand la rédaction des clauses n'est pas claire, le problème de l'articulation des deux compétences peut se poser. Il pourrait, par exemple, en jaillir, comme problématique, la question de savoir s'il appartient au tribunal arbitral de déterminer si l'évènement déclencheur s'est produit avant que l'expert n'intervienne ou si l'expert a une compétence d'ensemble sur tout le litige de révision. Certains auteurs penchent pour la deuxième hypothèse en mettant en avant les risques de contradictions entre l'appréciation liminaire du tribunal arbitral et les conclusions ultérieures de l'expert⁷⁴.

En vérité, au-delà de la simple problématique de l'articulation des clauses, la question de l'expertise est centrale dans l'arbitrage relatif à la révision des prix de l'énergie qui reste profondément technique.

Il y est requis souvent une compétence allant au-delà de la seule technique juridique⁷⁵. Dans ce domaine où il est question de statistiques, de risques, de marges ou encore de formules, les arbitres ont généralement besoin d'experts financiers, économistes, ingénieurs et de tant d'autres spécialistes. Leur importance semble d'autant plus manifeste qu'ils interviennent dès la première phase du processus à savoir l'appréciation de l'effectivité de l'évènement déclencheur. Il peut alors être tentant de proposer tout simplement l'expertise conventionnelle comme mode de règlement de tout le différend relatif à la révision du prix. Mais ce serait perdre de vue que la révision des prix n'implique pas que des questions factuelles⁷⁶. Elle appelle aussi une bonne maîtrise du droit tant du point de vue de l'interprétation que des questions juridiques connexes qui se greffent au problème de la révision.

C'est principalement en matière d'administration de la preuve que le rôle des experts est le plus indispensable. Pour déterminer par exemple qu'un changement de circonstances économiques s'est produit, les arbitres devront se

⁷⁴ *Ibid.* pp. 144-145.

⁷⁵ H. ROSEN & M. CAZIER-DARMOIS, « Expert Evidence », in W. ROWLEY (dir), *The Guide to Energy Arbitrations*, GAR, 2018, 3^{ème} éd. p.

⁷⁶ J. FREEMAN, « Current and future trends for price reviews », in J. FREEMAN & M. LEVY (dir.), *Gas and LNG Price Arbitrations*, Woking, Globe Law and Business, 2020, p. 227.

référer à leur analyse économique. La pratique courante en la matière consiste en la désignation par les parties elles-mêmes de leurs experts. Mais dans ce cas de figure - à l'exception des hypothèses très exceptionnelles où elles nomment de manière consensuelle un expert commun -, l'arbitrage peut se transformer rapidement en un champ de bataille⁷⁷ entre experts, où le rôle des arbitres pourrait paraître, somme toute, dérisoire. Parfois, face à la divergence des sources, les arbitres n'ont d'autres choix que de rendre « un jugement de Salomon ». Une lecture de la sentence CCI n° 13504 révèle cette stratégie qui n'est en réalité qu'une manifestation de la difficulté pour les arbitres d'opérer des choix fondés sur une opinion personnellement élaborée dans des situations qui requièrent de profondes connaissances techniques et où les parties par l'intermédiaire de leurs experts les assaillent d'informations et de données. Alors qu'il s'agissait de se prononcer sur l'ampleur des changements de circonstances dont l'appréciation dépendait de plusieurs éléments de preuves techniques, le tribunal a constaté que « *some degree of uncertainty will attach to any precise quantification of the extent of such change on the basis of the evidence submitted by the Parties.* »⁷⁸. Et le tribunal de conclure que « *according to the mathematical theory of statistics, (...) if multiple data from various sources of similar reliability are being used to determine the value loss, the level of substantiation increases* » et donc, la « *The average is within the range represented by the two original submissions of the parties* »⁷⁹. Malgré son effort de légitimer son choix par « la théorie mathématique des statistiques », le tribunal arbitral n'arrive pas à cacher son embarras. La conséquence de cette stratégie du « juste milieu » réside sans doute dans ce que la partie la plus spéculative est celle qui s'en sort le mieux.

Face à cette situation, plusieurs issues s'ouvrent. Il est possible d'envisager la nomination par le tribunal lui-même d'experts, ainsi que le prévoient les

⁷⁷ Dans la sentence CCI n° 13504, le tribunal arbitral a lui-même admis être noyé dans le flot des opinions divergentes des experts mandatés par chacune des parties. Voir Sentence CCI n° 13504, *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, Vol 20, n° 2, 2009 (par. 154), p. 107.

⁷⁸ Sentence CCI n° 13504, (par. 155) .

⁷⁹ *Ibid*, par. 156.

règlements de certaines institutions d'arbitrage⁸⁰. Mais cette solution n'est pas sans inconvénients. En effet, pour assurer au mieux leur fonction, les experts ont besoin d'être en connexion étroite avec les parties, celles-ci étant les dépositaires d'informations et de données servant à effectuer les études. Si pour l'observateur extérieur, notamment l'universitaire, la confidentialité des procédures arbitrales en matière de révision des prix de l'énergie reste un sujet de préoccupation, les secrets entre les parties elles-mêmes ne sont pas inexistantes. Il arrive ainsi qu'au motif du secret des affaires, l'une des parties refuse de divulguer des documents⁸¹ pourtant essentiels à l'instruction du dossier. Dans ce genre de situations, il paraît possible de convenir de la nomination d'un expert en confidentialité qui disposera d'un droit d'accès aux informations sensibles dont l'examen lui permettra de dresser un rapport au tribunal arbitral. Celui-ci peut également, par une ordonnance de procédure, limiter l'accès aux informations sensibles à un nombre restreint et déterminé de membres de l'autre partie dans des conditions définies. Or, il semble difficile d'envisager une collaboration étroite quand les experts ont été désignés à travers un processus dont les parties sentent qu'ils ne sont pas maîtres.

Certains auteurs ont proposé le « protocole Sachs »⁸² qui consiste pour les parties à soumettre une liste d'experts au tribunal, charge à lui d'y choisir ceux qu'ils jugent les plus habilités. Toutefois, il est également permis de douter de l'efficacité de cette solution au regard de la forte probabilité d'un degré moyen d'interactions entre les trois acteurs⁸³. Enfin, le risque ultime que peut engendrer l'intervention des experts réside dans la possibilité que ceux-ci déposent finalement les arbitres en décidant, dans les faits, à leur place.

⁸⁰ Art. 25.3 du règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce International ; art. 29 du règlement d'arbitrage de la CNUDCI ; art. 21.1 du règlement de la Cour d'Arbitrage Internationale de Londres (LCIA).

⁸¹ Les entreprises sont par exemple réputées très réticentes à divulguer les données relatives à leur politique de prix.

⁸² A. ROSS, « A Sachs-y new approach to expert evidence ? », in *Global Arbitration Review*, Mai 2010; S. NESSI, « Expert Witness: Independence », in Christoph MÜLLER & al. (dir.), *New Developments in International Commercial Arbitration 2016*, p. 89.

⁸³ A. MOURRE, « Gas Price Reopeners: Is Arbitration Still the Answer ? », *op. cit.*, p. 145.

D'ailleurs, la technicité et l'intervention des experts dans le contentieux de la révision des prix ne sont pas étrangères à la longueur de ces procédures arbitrales. Et les tendances en la matière ne poussent guère à l'optimisme.⁸⁴ Il faut dire que le retentissement négatif de certaines sentences conduit les arbitres à faire preuve d'une excessive circonspection. La durée de ces contrats est également telle, qu'il n'est pas rare, qu'à peine une procédure arbitrale finit, avec éventuellement son lot de paiement de dommages⁸⁵, une autre procédure arbitrale s'ouvre. Cette situation pourrait poser également des difficultés du point de vue de l'autorité de la première sentence. Sur ce chapitre, l'institution de tribunaux arbitraux permanents dédiés à chaque projet semble constituer une panacée. La présence d'un tel tribunal arbitral favoriserait non seulement l'unité d'interprétation, mais aussi le suivi continu des litiges et donc un gain de temps. Il est également envisageable d'opérer une scission de la procédure arbitrale en deux phases. L'une dédiée à une audience initiale à l'occasion de laquelle le tribunal devra se prononcer exclusivement sur l'évènement déclencheur, son effectivité, ainsi que sur la nécessité de procéder à une révision du prix. L'autre phase, dépendant des résultats de la première, consistera, pour le tribunal, à se prononcer sur le fond de la révision. Cette procédure fractionnée présente au moins deux avantages. Dans l'hypothèse où le tribunal arbitral estime que l'évènement déclencheur s'est produit et aura précisé son ampleur, les parties en gardant à l'esprit l'autorité de la décision du tribunal seront promptes à s'engager dans une renégociation sujette à moins de spéculation, car la position du tribunal laisserait déjà augurer le sens de sa sentence au fond. Inversement, si le tribunal se prononce en faveur de la non-effectivité du ou des évènements déclencheurs, les parties pourront se satisfaire d'avoir évité les frais d'avocats et autres experts pour un litige dont le résultat aurait été le même⁸⁶.

⁸⁴ J. FREEMAN, « Current and future trends for price reviews », *op. cit.*, p. 229.

⁸⁵ A.-J. LEE & *alii.*, « Compensation in Energy Arbitration », p. 232, in William ROWLEY (dir), *The Guide to Energy Arbitrations*, GAR, 2018, 3^{ème} éd., p. 232.

⁸⁶ J. BAILY & R. LIDGATE, « LNG - a minefield for disputes ? » in P. GRIFFIN (dir.), *Liquefied Natural Gas: The Law and Business of LNG*, Londres, 2017, pp. 305 et s.

CONCLUSION

Des esprits chagrins ont pu s'interroger sur l'opportunité de recourir à l'arbitrage dans le cadre du contentieux de la révision du prix de l'énergie⁸⁷. On ne saurait nier les difficultés qui irriguent ce procédé et qui, en réalité, résultent moins de la nature du mode de règlement du litige que de celle du secteur de l'énergie lui-même. Même si en l'absence de clauses dédiées, la modification du prix demeure possible, les clauses spécifiques de révision restent le moyen le plus adapté pour faire évoluer les prix contractuels en fonction des turbulences qui affectent la vie du contrat. Dans un contexte arbitral déjà complexe, la qualité de l'office des arbitres est, en dernière analyse, assujettie au travail des rédacteurs de ces clauses en amont. Le risque, quand ce travail n'est pas effectué avec soin, est d'aboutir, soit, le plus souvent, à une sentence insatisfaisante pour toutes les parties, soit à l'impossibilité pour le tribunal de rendre sa sentence sous peine que celle-ci soit annulée parce qu'il aurait dépassé les limites tracées par la clause. Pourtant, force est de constater que cet arbitrage n'a jamais paru aussi populaire. En vérité, ce mode de règlement du différend du prix de l'énergie concentre tous les avantages traditionnels de l'arbitrage. En plus de sa portée contraignante et exécutoire, qu'il emprunte aux tribunaux étatiques, il offre une efficacité et une confidentialité qui font largement défaut à la justice étatique. Et si en matière de révision du prix de l'énergie, la durée des procédures semble plus importante que dans d'autres domaines, il n'est pas moins vrai que l'arbitrage constitue encore de loin la solution la plus efficace pour les parties. D'ailleurs, même les pays asiatiques⁸⁸, qui passent pour les cultures juridiques les plus rétives à ce mode de contentieux, se sont résolus à adopter l'arbitrage dans les litiges relatifs à la révision du prix dans les contrats gaziers. C'est dire que, dans ce domaine, l'arbitrage a le vent en poupe. Alors, à l'heure où le marché de

⁸⁷ Voir Segun OSUNTOKUN, « Gas price reviews: is arbitration the problem ? », *Global Arbitration Review News*, mars 2014, pp. 1-4. Disponible à l'adresse https://www.bclplaw.com/a/web/150097/3WJp8S/6-3-14_gas_price_reviews-_is_arbitration_the_problem.pdf Alexis MOURRE, « Gas Price Reopeners: Is Arbitration Still the Answer ? », *Dispute Resolution International*, Vol. 9, n° 2, Octobre 2015, p. 144.

⁸⁸ K. TALUS, « Price review arbitration in the Asian LNG markets – “The times they are a-changin” », *The Journal of World Energy Law & Business*, Vol. 14, n° 2, avril 2021, pp. 100-115.

l'énergie n'a jamais été aussi tempétueux, on peut, sans risque de passer pour un oiseau de mauvais augure, subodorer que l'arbitrage en matière de révision du prix de l'énergie a encore de beaux jours devant lui.

Révocation des dirigeants sociaux et justes motifs : vers une portée décuplée de l'intérêt social ?

**Clara GRUDLER - Doctorante contractuelle - Chargée d'enseignement à l'Ecole de Droit
de la Sorbonne**

Introduction

L'intérêt social, « *cette boussole devant constamment guider l'action des dirigeants sociaux* »¹ et appréhendé comme une notion de droit mou² d'origine jurisprudentielle, a fini par connaître une consécration législative à l'article 1833 du Code civil. À l'occasion de la loi Pacte³, cet article a effectivement été modifié afin d'y introduire un alinéa supplémentaire : celui-ci indique que « *la société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

Une telle modification est intervenue sous l'impulsion du rapport Notat-Sénard⁴, remis dans le cadre de la mission « *Entreprise et intérêt général* » lancée le 5 janvier 2018. Dans ce rapport, il était admis qu'il existe « *un intérêt de l'entreprise, relatif à sa pérennité, sa durabilité et sa capacité d'innovation, qui doit être renforcé dans le droit* »⁵. La recommandation consistant en l'ajout d'un alinéa supplémentaire à l'article 1833 du Code civil, « *qui officialise la considération des entreprises pour leurs enjeux - risques et opportunités - sociaux et environnementaux* »⁶, s'imposait dès lors comme l'aboutissement du raisonnement des auteurs du rapport. Ceux-ci se sont également attachés à expliciter le contenu de ce second alinéa : une obligation de moyens serait mise à la charge des sociétés ; les dirigeants devant prendre en considération tant les risques que les opportunités sociales et environnementales de leurs activités, la responsabilité sociale étant appréhendée au sens large⁷.

Depuis plusieurs décennies, la notion d'intérêt social est très régulièrement mobilisée en justice à des fins d'annulation de décisions adoptées par les organes sociaux, considérées

¹ R. Salomon, « Vers un élargissement de l'abus de biens sociaux à l'aune de la définition de l'intérêt social ? », *Droit des sociétés*, n° 6, juin 2019, repère 6.

² J. Carbonnier, « *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur* », LGDJ, 2013.

³ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, JORF n° 0119 du 23 mai 2019.

⁴ Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances et du Travail, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, 9 mars 2018, consultable à l'adresse suivante : https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=FAA5CFBA-6EF5-4FDF-82D8-B46443BDB61B&filename=entreprise_objet_interet_collectif.pdf.

⁵ Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances et du Travail, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, *précit.*, Section 3.3., p. 42.

⁶ *Ibid.*, p. 45.

⁷ Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances et du Travail, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, *précit.*, p. 46 : précisant que « *cette rédaction invite donc à une prise de conscience, une prise de recul de l'entreprise sur les risques et opportunités provoqués par ses décisions et son activité, en matière sociale et environnementale* ».

par certains membres de la société comme contraires à l'intérêt de la société. Une telle notion est notamment appliquée à des décisions de révocation des dirigeants sociaux. À cet égard, la révocation de dirigeants sociaux, ou les décisions prises et demandes formulées dans le cadre d'une éventuelle révocation, peuvent, selon les cas d'espèce, être justifiées au regard de l'intérêt social.

En 2021, la Cour de cassation a admis qu'alors que le gérant et co-associé d'une SARL refuse de convoquer une assemblée générale avec pour ordre du jour la révocation éventuelle du gérant et la désignation d'un nouveau gérant, est conforme à l'intérêt social la décision de nomination d'un mandataire *ad hoc* afin de procéder à la convocation de cette assemblée générale⁸. De même, en 2022, la Cour de cassation a apprécié à l'aune de l'intérêt social la volonté de désigner la nouvelle gouvernance d'une société⁹. La Cour de cassation a admis que la volonté de désigner une nouvelle gouvernance ne constitue pas un juste motif de révocation, à moins qu'une telle volonté soit justifiée par la nécessité de préserver l'intérêt social. En l'occurrence, la Cour d'appel n'avait pas vérifié si la décision de révocation du dirigeant de la SA en cause était justifiée par la nécessaire préservation de l'intérêt social. L'arrêt d'appel a ainsi été partiellement censuré par la chambre commerciale de la Cour de cassation¹⁰.

Ces applications de la notion d'intérêt social à des décisions et des demandes impliquant la révocation de dirigeants sociaux, laquelle peut être justifiée par de justes motifs, amène à se questionner sur l'extension de la portée de l'intérêt social. Il conviendra dès lors de s'interroger sur les interactions entre l'intérêt social et la notion de justes motifs, afin de déterminer si une portée décuplée est conférée par le juge français à l'intérêt social.

Il sera expliqué que le juge a progressivement affirmé un certain nombre de justes motifs de révocation des dirigeants sociaux (Partie 1), tout en renforçant, de manière concomitante et au titre de l'intérêt social, son contrôle sur les décisions et requêtes liées à une telle révocation (Partie 2).

⁸ Cass. com., 15 déc. 2021, n° 20-12.307 ; V. G. Carteret, « SARL : la nomination d'un mandataire chargé de convoquer une assemblée doit être conforme à l'intérêt social », *Wolters Kluwer*, Actualités du droit, 19 janv. 2022.

⁹ Cass. com., 30 mars 2022, n° 20-16.168, M. Z. c/ SA Traqueur

¹⁰ *Ibid.*

Partie 1. L'affirmation de justes motifs de révocation des dirigeants sociaux

Ces dernières années, le juge français a reconnu que plusieurs justes motifs peuvent légitimer la révocation de dirigeants sociaux, ces justes motifs étant liés à des comportements des dirigeants contraires à l'intérêt social. Les indications apportées par le juge quant aux justes motifs ont ainsi contribué à préciser le contenu de l'intérêt social dans le cadre de la révocation des dirigeants sociaux (1.1.). Le juge a toutefois circonscrit la notion de justes motifs, en la distinguant de la faute (1.2.).

1.1. Un contenu de l'intérêt social précisé

La Cour de cassation a pu, de façon plus ou moins indépendante de la notion d'intérêt social, définir ce que constitue un juste motif de révocation des dirigeants sociaux. Dès 1983, le juge a ainsi admis, par une interprétation *a contrario*, que le dirigeant qui commet une faute de gestion peut légitimement être révoqué par les organes sociaux (en l'occurrence, par le conseil de surveillance)¹¹.

De même, la violation de la loi constitue un juste motif de révocation. Le gérant qui faisait fonctionner son compte courant d'associé en position débitrice et qui avait maintenu cette situation dans le temps malgré les avertissements reçus de la part du co-gérant et des co-associés, a contrevenu à l'interdiction édictée par l'article L. 223-21 du Code de commerce¹². Dès lors, la révocation du mandat social du gérant était légitime, puisque fondée sur un juste motif¹³.

Il a également été admis que le non-respect des statuts ou de délibérations sociales puisse justifier la révocation de dirigeants sociaux. Dans le cadre d'une affaire jugée en 1990, le gérant d'une SARL avait soumis aux associés un projet de participation à la constitution d'une société en formation, projet pour lequel les associés avaient émis un vote favorable¹⁴. Ce vote favorable était conditionné à l'approbation des statuts de la future société, en cours d'élaboration. Or, le gérant, sans obtenir l'accord sans réserve des associés et sans les en tenir informés, a procédé à la signature des statuts en qualité de gérant de la SARL. La

¹¹ Cass. com., 7 juin 1983, n° 81-11437.

¹² Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-14540.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ Cass. com., 29 mai 1990, n° 88-12840.

révocation du gérant était alors légitimée par un juste motif, lequel consistait en une faute d'une certaine gravité¹⁵.

En 2022, la Cour de cassation a établi un lien plus étroit entre le concept de juste motif et l'intérêt social, en considérant que la volonté de mettre en place une nouvelle gouvernance ne peut constituer un juste motif si elle n'est pas justifiée par la nécessaire préservation de l'intérêt social¹⁶. En l'espèce, il était question de la révocation du président du directoire d'une SA. La portée de l'article L. 225-61 du Code de commerce, indiquant que les membres du directoire peuvent être révoqués par l'assemblée générale ainsi que par le conseil de surveillance, dans le cas où les statuts le prévoient, a été rappelée. La Cour de cassation a alors affirmé que la révocation décidée sans juste motif peut donner lieu à l'octroi de dommages et intérêts au profit du dirigeant révoqué.

Or, en l'espèce, la Cour d'appel n'avait pas recherché, comme elle y était invitée, si la décision de révocation litigieuse était justifiée par la nécessaire préservation de l'intérêt social. En effet, la Cour d'appel avait jugé que le président du directoire ne rapportait pas la preuve de l'absence de juste motif à sa révocation¹⁷. La demande en paiement de dommages et intérêts formulée par le dirigeant révoqué a ainsi été écartée par le juge de seconde instance, au motif que la société cessionnaire l'avait informé par lettre de sa volonté de mettre en place une nouvelle gouvernance¹⁸. La Cour de cassation, estimant que la Cour d'appel aurait dû vérifier si la révocation du dirigeant était légitimée par un juste motif tendant à la préservation de l'intérêt social, a alors censuré l'arrêt d'appel sur ce point¹⁹.

Comme l'indique le Professeur Hamelin, « *l'absence de juste motif n'empêche pas l'assemblée*

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Cass. com., 30 mars 2022, n° 20-16.168, *précit.* ; V. B. Laborrier, Sociétés anonymes. Changement du mode d'administration et de direction. Commentaires, Fasc. K-195, JurisClasseur Sociétés Formulaire, à jour du 6 juill. 2022, n° 26 : « *Précisons que le juste motif de révocation n'induit par forcément un comportement fautif, mais doit à tout le moins pouvoir se fonder sur l'intérêt social. Tel peut être le cas si le changement de la direction s'avère nécessaire pour redresser la société* ».

¹⁷ CA Versailles, 12e ch., 28 mai 2020, M. Z. c/ SA Traqueur.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Cass. com., 30 mars 2022, n° 20-16.168, *précit.* ; V. J.-F. Barbiéri, « Révocation doublement conflictuelle du président et membre d'un directoire », *Bulletin Joly Sociétés*, 1er mai 2022, n° 5, pp. 23 s., spéc. n° 5 : « *Ainsi, l'éviction du demandeur au pourvoi, en sa double qualité de membre et de président du directoire, aurait dû être justifiée par « la nécessaire préservation de l'intérêt social ». Elle ne pouvait l'être par la simple « volonté de mettre en place une nouvelle gouvernance », comme l'avait jugé la cour de Versailles ; il est vrai que cette motivation s'apparentait trop à un « fait du prince », c'est-à-dire à une révocation discrétionnaire contraire à l'exigence d'un juste motif que vise l'article L. 225-61* ».

de révoquer un membre du directoire, mais justifie l'octroi de dommages et intérêts »²⁰. La révocation du dirigeant social légitimée par un juste motif, lequel cause nécessairement une contrariété à l'intérêt social, permet alors aux organes sociaux de révoquer valablement celui-ci, sans avoir à lui octroyer de dommages et intérêts. Il semblerait dès lors que la notion de juste motif ne soit pas strictement synonyme de celle d'intérêt social, mais que de solides recoupements existent entre elles : le juste motif de révocation peut par nature impliquer une contrariété à l'intérêt social ; sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de cassation, un juste motif de révocation de dirigeants sociaux doit nécessairement occasionner une contrariété à l'intérêt social afin d'écartier le versement d'une indemnisation au dirigeant révoqué.

Une telle approche combinée des notions de juste motif et d'intérêt social semble confirmée par plusieurs jurisprudences récentes. En février 2022, la Cour d'appel de Rennes a précisé que *« le membre et président du directoire de la société anonyme à directoire et conseil de surveillance révoqué de ses fonctions ne peut prétendre être indemnisé au titre d'une révocation sans juste motif »*²¹. En l'occurrence, le dirigeant n'avait pas transmis toutes les données demandées ou utiles au conseil de surveillance ou à l'actionnaire principal, et sa politique de management allait à l'encontre de la tradition au sein du groupe. De tels éléments caractérisaient des divergences de vues à l'origine d'un manque de confiance envers le dirigeant révoqué. Ces divergences permettaient d'identifier des comportements *« de nature à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société en fragilisant son personnel, qui risquait pour partie de quitter la société pour la concurrence, et en faisant douter les actionnaires de la pérennité de la société »*²². Les comportements reprochés au dirigeant constituaient dès lors un juste motif de révocation.

De même, en 2020, la Cour d'appel de Versailles a admis que la décision de paiement d'un gérant prise avant que celui-ci s'assure de l'existence de sommes distribuables s'avère *« contraire à l'intérêt social de la société en ce qu'elle exposait celle-ci au versement aux associés d'un bénéfice non réalisé »*²³. Une telle décision constituait *« par conséquent un motif justifiant la révocation de la gérante de son mandat social »*²⁴.

Ces décisions abondent dans le sens d'un contenu plus précis de l'intérêt social, défini de

²⁰ J.-F. Hamelin, « La nécessaire préservation de l'intérêt social, juste motif de révocation d'un membre du directoire », *L'Essentiel Droit des contrats*, 1er mai 2022, n° 5, p. 7.

²¹ CA Rennes, 3e ch. com., 1er févr. 2022, n° 19/02880.

²² *Ibid.*

²³ CA Versailles, 13 ch., 15 déc. 2020, n° 19/02122.

²⁴ *Ibid.*

manière croissante à partir des justes motifs de révocation des dirigeants sociaux²⁵. En revanche, l'intérêt social tend à se distinguer progressivement de la notion de faute.

1.2. Une distinction opérée entre juste motif et faute

Le juge français a établi une étroite corrélation entre l'intérêt social et la notion de juste motif, mais a, en revanche, distingué le juste motif de la faute. Cela induit qu'un juste motif de révocation de dirigeants sociaux ne consiste pas nécessairement en une faute. La révocation d'un dirigeant peut ainsi être rendue légitime par un juste motif, lequel emporte une contrariété à l'intérêt social, sans que le comportement reproché au dirigeant constitue une faute.

Dès 1990, la Cour de cassation a considéré que le juste motif occasionnant une révocation conforme à l'intérêt social peut être caractérisé en l'absence de toute faute de la part du dirigeant révoqué²⁶. En l'espèce, des négociations menées pour la reprise d'une société n'ayant pas abouti, et l'objectif étant d'adopter une nouvelle gouvernance afin d'améliorer la situation économique de la société en cause, la Cour de cassation a estimé que la révocation du président du directoire reposait sur un juste motif puisque s'avérant conforme à l'intérêt social, nonobstant toute faute commise par le dirigeant²⁷.

La révocation conforme à l'intérêt social, extérieure à toute faute de la part des dirigeants, se manifeste notamment lorsque celle-ci survient suite à un grave désaccord sur le mode de gestion d'une société et d'une forte mésentente opposant deux membres du directoire²⁸. Dans une affaire jugée en 2006, de telles circonstances ne permettaient pas un fonctionnement collégial du directoire, la bonne marche et la pérennité de la société étant ainsi mises en péril. Les désaccords profonds et manifestes entre les membres du directoire causaient des répercussions négatives sur la vie de la société. Dès lors, ces désaccords constituaient un juste motif de révocation des dirigeants pour les actionnaires. Dans la mesure où la révocation d'un des dirigeants « *trouvait un juste motif dans l'existence, entre les deux membres du*

²⁵ En ce sens, pour une mésentente entre deux dirigeants ne pouvant constituer un juste motif de révocation, à défaut de compromettre l'intérêt social, V. Cass. com., 4 mai 1999, n° 96-19.503 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si cette mésentente n'était pas de nature, ainsi que le soutenait la société Natacha, à compromettre l'intérêt social ou le fonctionnement de la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

²⁶ Cass. com., 24 avr. 1990, n° 88-20183.

²⁷ Cass. com., 24 avr. 1990, n° 88-20183, *précit.* : « *par les constatations critiquées à la première branche, la cour d'appel a considéré que la révocation de M. Kauffmann était conforme à l'intérêt social, et, en l'état de ces seules énonciations, a pu décider que cette révocation n'avait pas été faite sans justes motifs* ».

²⁸ Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-15803.

*directoire, d'une mésentente de nature à compromettre l'intérêt social »*²⁹, la Cour d'appel n'avait pas à se livrer à la recherche inopérante relative à l'imputabilité de la mésentente.

Ainsi, le juste motif de révocation ne renverrait pas nécessairement à une faute commise par le dirigeant révoqué. En 2021, la Cour d'appel de Riom a expliqué que le juste motif ne se définit pas seulement en fonction de l'activité ou du comportement du gérant, mais aussi en considération de l'intérêt social³⁰. À cet égard, le juste motif *« n'implique pas nécessairement une faute de l'intéressé, mais peut correspondre au désir des associés d'améliorer la gestion sociale ou de l'orienter dans un sens déterminé auquel le gérant se révèle opposé »*³¹.

En l'occurrence, le gérant de la SARL était peu impliqué dans la gestion de la société, celui-ci étant particulièrement absent. Le gérant prenait uniquement connaissance de l'évolution de la société comme n'importe quel autre associé, mais non comme un co-gérant actif. Or, comme l'indique la Cour d'appel de Riom, *« être gérant d'une SARL n'est pas une fonction honorifique et implique de gérer la société. Un manque d'implication dans la gestion de la société peut parfaitement caractériser un juste motif de révocation, sans nécessairement caractériser une faute de gestion »*³². Il a alors été considéré que le désinvestissement du gérant de la SARL, même sans constituer forcément une faute de gestion, était *« nécessairement contraire à l'intérêt social de la société »*³³. La révocation du gérant était donc intervenue pour de justes motifs, et la décision de révocation ne relevait pas d'un abus de majorité.

Par cette décision, la Cour d'appel de Riom, tout en rapprochant sensiblement les notions d'intérêt social et de juste motif - le désinvestissement du gérant, contraire à l'intérêt social, constituait un juste motif de révocation -, distingue les notions de juste motif et de faute - un juste motif de révocation ne résultant pas systématiquement d'une faute commise par le dirigeant³⁴.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ CA Riom, 3e ch. civ. et com., 19 mai 2021, n° 19/01622.

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ *Contra*, pour des décisions assimilant la faute et le juste motif de révocation, V. CA Rennes, 3e ch. com., 6 avr. 2021, n° 18/03891 : *« même si les modalités de remboursement, partiel, du compte courant sont inhabituelles, s'agissant de prélèvements multiples en numéraire, le contexte et la mésentente entre les associés et gérants ne permettent pas qualifier de fautifs les agissements du co-gérant. La révocation est donc intervenue sans motif légitime »* ; CA Paris, pôle 4, ch. 13, 12 janv. 2021, n° 18/04888 : *« Il résulte ainsi de l'ensemble des éléments sus exposés que le comportement de Mme B. dans sa gérance, caractérisé non seulement par l'inexécution des obligations de sa fonction mais par*

Ainsi, le juge affirme et précise les justes motifs de révocation des dirigeants sociaux, ces justes motifs étant étroitement liés à une méconnaissance de l'intérêt social par les dirigeants. La révocation des dirigeants sociaux pour de justes motifs liés à la contrariété à l'intérêt social s'accompagne d'un renforcement conséquent du contrôle exercé par le juge sur les décisions des organes sociaux, au regard de l'intérêt social.

Partie 2 : Un renforcement notable du contrôle du juge

La précision conférée par le juge à la notion d'intérêt social s'assortit d'une extension croissante du champ d'application de cette notion quant à la révocation des dirigeants sociaux (2.1.). Dans le cadre de certaines décisions par lesquelles le juge a étendu la portée de l'intérêt social, des risques d'exercice d'un contrôle de l'opportunité des décisions liées à la révocation des dirigeants ont pu se présenter (2.2.).

2.1. Une extension du champ d'application de l'intérêt social

Avant la consécration législative de la notion d'intérêt social, l'absence de définition légale de la notion lui conférait un contenu à géométrie variable³⁵. Il était admis que l'intérêt social se distingue de l'intérêt des associés tout en prenant en compte les intérêts des parties prenantes, la jurisprudence ayant à cet effet retenu une acceptation large de l'intérêt social³⁶. Toutefois, il est intéressant de noter que la modification de l'article 1833 du Code civil n'a pas, malgré les précisions notionnelles apportées par le rapport Notat-Sénard³⁷, restreint ou délimité de manière plus précise la notion d'intérêt social.

son déni d'avoir à les accomplir, ne correspond pas à l'intérêt social et compromet le fonctionnement de l'une comme de l'autre des deux sociétés.

Par infirmation du jugement dont appel sur ce point, la révocation de Mme B. en tant que gérante tant de la Sci Lomba quela Sci Morgane sera donc prononcée ».

³⁵ D. Poracchia, D. Martin, « Regard sur l'intérêt social », *Revue. soc.*, 2012, p. 475.

³⁶ Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances et du Travail, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, *précit.*, Annexe 10 - L'interprétation de la notion d'intérêt social dans la jurisprudence française, p. 118.

³⁷ Rapport aux Ministres de la Transition écologique et solidaire, de la Justice, de l'Économie et des Finances et du Travail, L'entreprise, objet d'intérêt collectif, *précit.*, Annexe 10 - L'interprétation de la notion d'intérêt social dans la jurisprudence française, p. 118 : « *La notion d'intérêt social ne se retrouve dans aucun article fondateur du droit des sociétés. On la retrouve cependant de façon éparse dans le Code civil ou le Code de commerce* ».

Les termes volontairement imprécis et vastes utilisés afin d'imposer aux entreprises une prise en compte de leurs intérêts et des enjeux sociaux et environnementaux de leurs activités, sans réellement définir l'intérêt social en tant que tel, permettent au juge de conserver une approche large, voire extensive, de la notion d'intérêt social. Cette approche induit un examen de principe des décisions et des demandes des organes sociaux relatives à la révocation des dirigeants, à la lumière de l'intérêt social.

Tel était le cas dans un arrêt rendu le 15 décembre 2021 par la Cour de cassation³⁸. Alors que l'associé majoritaire d'une SARL avait demandé au gérant et co-associé la convocation d'une assemblée générale ayant pour ordre du jour la décision à prendre sur la révocation éventuelle du gérant et la désignation y afférente d'un nouveau gérant, le gérant a refusé une telle convocation. L'associé majoritaire a alors sollicité en justice la désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé de procéder à une telle convocation. La Cour de cassation a jugé que c'est à tort que la Cour d'appel a considéré que la demande de désignation d'un mandataire *ad hoc* par l'associé majoritaire d'une SARL ne devait pas être appréciée au regard de l'intérêt social. Néanmoins, puisque le gérant et la SARL remettaient en cause une telle demande de l'associé majoritaire uniquement afin de contester les motifs de la possible révocation du gérant, l'arrêt d'appel n'encourait pas la censure sur ce point.

La règle selon laquelle la désignation d'un mandataire *ad hoc* doit s'apprécier au regard de l'intérêt social³⁹ « *se justifie aisément, dès lors que l'intérêt social doit guider toute décision prise pour la société* »⁴⁰. Le Professeur Lafaurie a relevé qu'en l'occurrence, si le domaine du contrôle exercé par le juge sur les décisions prises et les demandes formulées par les organes sociaux apparaît très étendu, l'objet de ce contrôle est en réalité restreint⁴¹. En effet, dans la décision en cause, le contrôle exercé par le juge vise spécifiquement la demande de désignation d'un mandataire *ad hoc*, lorsque celui-ci a pour mission de convoquer l'assemblée générale de la société avec pour ordre du jour la révocation éventuelle du mandat de gérant et la nomination d'un nouveau gérant. Ce faisant, la Cour de cassation « *parvient à un équilibre tout à fait satisfaisant en circonscrivant son objet* »⁴².

³⁸ Cass. com., 15 déc. 2021, n° 20-12.307, *précit.*

³⁹ Cette règle ayant déjà été posée précédemment par la Cour de cassation, mais la portée de celle-ci s'était révélée incertaine, V. Cass. com., 19 juin 1990, n° 89-14.092.

⁴⁰ K. Lafaurie, « L'intérêt social, condition de la désignation d'un mandataire *ad hoc* aux fins de convocation d'une assemblée générale », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 6, 14 févr. 2022, 212.

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibid.*

En imposant un tel contrôle de la demande de désignation d'un mandataire *ad hoc* à la lumière de l'intérêt social, « *la cohérence d'ensemble des droits d'intervention dans le fonctionnement social dont un associé dispose se voit ainsi renforcée* »⁴³. Selon le Professeur Hamelin, il est légitime que le pouvoir exercé par les associés par l'entremise de la justice soit contrôlé au regard de l'intérêt social : « *c'est pourquoi la loi impose la preuve d'une cause légitime, lorsqu'un associé de SCI ou de SARL demande la révocation judiciaire du gérant* »⁴⁴.

Cependant, même si l'objet du contrôle du juge semble circonscrit dans le cas d'espèce, il est à craindre que l'extension du champ d'application de l'intérêt social donne lieu au développement d'un contrôle de l'opportunité des décisions adoptées et des demandes formulées par les organes sociaux. Le juge, au lieu de restreindre son contrôle à la conformité à l'intérêt social d'une décision ou d'une demande des organes sociaux ayant trait à la révocation des dirigeants, pourrait décloisonner son contrôle. Ce décloisonnement pourrait conduire le juge à se prononcer directement sur l'opportunité de ces décisions, et notamment, sur l'opportunité de la révocation des dirigeants sociaux.

2.2. Les risques de dérive vers un contrôle d'opportunité

Une partie de la doctrine a pu craindre que la décision rendue par la Cour de cassation le 15 décembre 2021 laisse présager de l'exercice d'un contrôle d'opportunité des décisions de révocation des dirigeants sociaux. En effet, en l'espèce, le gérant dont la révocation était envisagée se prévalait d'une contrariété à l'intérêt social de la demande de désignation du mandataire *ad hoc*, lequel avait pour mission de convoquer l'assemblée générale de la SARL destinée à se prononcer sur le maintien ou la révocation du gérant. Le juge, en statuant sur le bien-fondé de cette demande au regard de l'intérêt social, aurait pu se prononcer sur l'opportunité même de l'éventuelle révocation du dirigeant, puisque la finalité de la désignation du mandataire consistait justement en l'adoption probable d'une décision des associés en ce sens.

⁴³ J.-F. Hamelin, « Conformité à l'intérêt social de la demande de désignation d'un mandataire *ad hoc* », *Droit des sociétés*, n° 2, févr. 2022, comm. 16.

⁴⁴ J.-F. Hamelin, « Conformité à l'intérêt social de la demande de désignation d'un mandataire *ad hoc* », *op. cit.* ; la Cour de cassation, maintenant un tel contrôle, a exigé qu'un actionnaire sollicitant une expertise de gestion en justice puisse produire des présomptions d'irrégularités affectant des opérations de gestion déterminées, ou un risque d'atteinte à l'intérêt social », V. Cass. com., 16 déc. 2020, n° 18-25.630 : « 6. *La juridiction saisie d'une demande d'expertise de gestion est tenue de l'ordonner dès lors qu'elle relève des présomptions d'irrégularités affectant une ou plusieurs opérations de gestion déterminées, indépendamment de leur montant.*

7. *Pour rejeter la demande d'expertise de M. B., la cour d'appel a retenu que les remboursements forfaitaires de frais intervenus en mai et juin 2016 portaient sur des sommes peu importantes et que le trop-perçu du supplément d'intéressement reçu par M. G. n'était pas significativement préjudiciable à l'intérêt social ».*

Dans un premier temps, la Cour d'appel de Lyon, dans un arrêt rendu sur renvoi après cassation, a refusé d'apprécier cette demande au regard de l'intérêt social⁴⁵. Ce faisant, le juge de seconde instance excluait la réalisation d'un contrôle de l'opportunité de la décision de révocation du dirigeant. Saisie une seconde fois par le gérant et par la société, la Cour de cassation a considéré qu'à l'inverse, une telle demande de désignation d'un mandataire *ad hoc* doit être examinée à la lumière de l'intérêt social. Cette décision laissait donc ouverte le possible exercice d'un contrôle d'opportunité de la décision de révocation du dirigeant.

Cependant, en l'occurrence, la Cour de cassation a rendu une décision particulièrement nuancée. Le raisonnement du juge a permis d'écarter tout risque de dérive du contrôle de la conformité à l'intérêt social vers un contrôle d'opportunité des décisions de révocation des dirigeants. Dans un premier temps, il a été admis que le juge, saisi par un associé détenant au moins la moitié des parts sociales d'une SARL d'une demande de désignation d'un mandataire en charge de la convocation d'une assemblée générale avec pour ordre du jour la révocation du gérant, doit apprécier cette demande au regard de l'intérêt social. Dans un second temps, la portée de ce principe a été atténuée par la circonstance que les allégations du gérant et de la SARL avaient pour unique objet de contester les motifs de la révocation envisagée du gérant.

Cela explique que l'arrêt d'appel n'encourait pas la censure pour n'avoir pas examiné la demande de nomination d'un mandataire *ad hoc* au regard de l'intérêt social⁴⁶. En contestant la demande de nomination d'un mandataire, le gérant n'entendait pas remettre en question une telle nomination au regard de l'intérêt social ayant notamment trait à la tenue des assemblées générales au sein de la SARL et donc, au bon fonctionnement de la société, mais contester sa révocation même. Dès lors, l'appréciation par le juge de la conformité à l'intérêt social de la désignation du mandataire, risquait de dériver vers un contrôle de l'opportunité de la révocation du dirigeant. Afin de prévenir une telle dérive, la Cour de cassation a opéré

⁴⁵ CA Lyon, 1e ch. civ. A, 23 janv. 2020, n° 19/01761, *précit.*

⁴⁶ V. B. Dondero, « Convocation d'une assemblée de SARL : conformité ou non-contrariété à l'intérêt social ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 16, 21 avr. 2022, 1164 : « si des associés représentant la moitié au moins des parts sociales ou 10 % des associés détenant 10 % des parts sociales demandent qu'une assemblée se tienne, on peut déjà avoir égard au fait qu'ils manient une prérogative qui leur est expressément reconnue par la loi, sous réserve de respecter les conditions contraignantes formulées par le législateur. Dans cette hypothèse, on peut présumer que l'intérêt social est satisfait, dès lors que la demande rassemble le nombre requis de parts sociales et éventuellement d'associés. Dans ce cas, il est concevable que le juge qui viendrait à intervenir n'opère qu'un « contrôle léger » de la conformité de la demande à l'intérêt social, ou plus précisément qu'il se contente de constater que la demande n'est pas contraire à l'intérêt social ».

une distinction claire « *entre le contrôle de la finalité d'une demande au regard de l'intérêt social et celui de son opportunité* »⁴⁷.

Par ailleurs, dans le précédent arrêt rendu par la Cour de cassation dans la même affaire, celle-ci avait déjà précisé que « *la cour d'appel, qui était tenue de faire droit à la demande de la société U10 de désignation d'un mandataire chargé de convoquer cette assemblée* »⁴⁸, « *n'avait pas à en apprécier l'opportunité* »⁴⁹. Ainsi, cette référence à l'opportunité de la demande de désignation « *renvoie à l'appréciation, non pas de la convocation elle-même au regard de l'intérêt social, mais de la décision qu'il est question d'adopter à l'occasion de l'assemblée* »⁵⁰.

Toutefois, comme l'indique le Professeur Hamelin, il existe toujours d'importants risques que, « *sous couvert de contrôler la conformité d'une demande à l'intérêt social, le juge finisse par en contrôler l'opportunité* »⁵¹. Une telle analyse pourrait être appuyée par le fait que la distinction effectuée par la Cour de cassation entre le contrôle de la finalité de demandes de désignation d'un mandataire *ad hoc*, et le contrôle de leur opportunité, s'est affirmée de manière relativement récente. Auparavant, la distinction entre les deux types de contrôle, s'imposant en filigrane, n'était pas définie de manière précise⁵². Il s'infère de la distinction plus récente établie par la Cour de cassation entre ces deux contrôles, qu' « *exiger un contrôle du respect de l'intérêt social d'une demande de nomination d'un mandataire ad hoc aux fins de convocation d'une assemblée générale n'implique pas forcément une appréciation de l'opportunité de la demande* »⁵³.

Conclusion

⁴⁷ J.-F. Hamelin, « Conformité à l'intérêt social de la demande de désignation d'un mandataire ad hoc », *op. cit.*

⁴⁸ Cass. com., 6 févr. 2019, n° 16-27.560.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ K. Lafaurie, « L'intérêt social, condition de la désignation d'un mandataire ad hoc aux fins de convocation d'une assemblée générale », *op. cit.*

⁵¹ J.-F. Hamelin, « Conformité à l'intérêt social de la demande de désignation d'un mandataire ad hoc », *op. cit.*

⁵² Par exemple, admettant la légitimité d'une décision de nomination d'un mandataire *ad hoc* afin de convoquer une assemblée générale d'une SARL, dès lors que les juges du fond ont relevé que « *cette demande tendait bien à des fins conformes à l'intérêt social* », V. Cass. com., 19 juin 1990, n° 88-14.092 ; estimant que l'absence de conformité à l'intérêt social justifie le rejet d'une demande de désignation d'un mandataire *ad hoc*, V. Cass. com., 6 nov. 2012, n° 11-25.500 : « *ayant souverainement estimé que la tenue d'une assemblée était inutile en l'absence de faits graves de gestion de la part des dirigeants et n'était pas justifiée par l'intérêt social, la cour d'appel a pu en déduire qu'il n'y avait pas lieu de désigner un mandataire ayant pour mission de convoquer une telle assemblée* ».

⁵³ K. Lafaurie, « L'intérêt social, condition de la désignation d'un mandataire ad hoc aux fins de convocation d'une assemblée générale », *op. cit.*

La notion d'intérêt social appliquée à la révocation des dirigeants sociaux continue à être précisée par le juge, sans bouleversement majeur suite à la modification de l'article 1833 du Code civil. Afin d'être justifiée, la révocation de dirigeants sociaux doit répondre à de justes motifs. La Cour de cassation a admis que ces justes motifs sont tirés de comportements des dirigeants non conformes à l'intérêt social, sans que ces comportements constituent nécessairement des fautes.

La précision conférée à l'intérêt social s'assortit d'un renforcement du contrôle du juge sur les décisions et les requêtes des organes sociaux ayant trait à la révocation des dirigeants sociaux. Dans ce cadre, le juge a accordé une portée large à l'intérêt social, en imposant qu'une demande de nomination d'un mandataire *ad hoc* chargé de convoquer l'assemblée générale d'une SARL avec pour ordre du jour la révocation du gérant, soit contrôlée au regard de l'intérêt social. Cependant, le juge a également circonscrit son contrôle, en refusant que le contrôle de cette demande à la lumière de l'intérêt social, ne dérive vers un contrôle de l'opportunité de la décision de révocation du gérant. L'application de la notion d'intérêt social à la révocation des dirigeants sociaux connaît ainsi une acception théoriquement vaste quant à son champ ou à son domaine, mais une approche plus restreinte ou étroite en pratique, quant à son objet.

**La conduite des sociétés d'extraction
canadiennes dans les pays de la zone OHADA à
l'épreuve du devoir de vigilance**

Reagan INTOLE - Doctorant à l'Université Paris II Panthéon-Assas
ancien ATER en droit privé à l'Université Sorbonne Paris Nord

Le constat, selon lequel la mondialisation permet aux acteurs économiques transnationaux d'échapper à certaines obligations légales dans leur pays d'origine et commettre des violations en toute impunité, constitue un leitmotiv pour une intervention des diverses organisations et du pouvoir public. Il paraît donc nécessaire d'imposer aux grandes entreprises des mesures tant éthiques que contraignantes. Le devoir de vigilance, outil de la RSE⁸⁹, constitue une arme à laquelle les Etats et les organisations internationales recourent pour amener les acteurs économiques à adopter un comportement éthique. Il en est de même de l'obligation de prise en compte des facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance (ESG).

Ces derniers étant affirmé dans le cadre de la RSE, se rapportent aux pratiques environnementales, sociales et de gouvernance d'une société. Sa prise en compte est le fait de les intégrer dans les processus décisionnels. Le devoir

⁸⁹ La RSE, acronyme signifiant « *responsabilité sociale des entreprises* » ou « *responsabilité sociétale et environnementale des entreprises* » est une notion qui dépasse la simple finalité financière en visant l'intégration des préoccupations non-économiques. Son intégration par les entreprises a pour objectif de rendre ces dernières responsables. A cet effet, la Commission européenne a défini, dès 2001, la RSE, en ces termes « *être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aller au-delà et investir davantage dans le capital humain, l'environnement et les parties prenantes* » (voir : Communication de l'UE, Livre vert, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises », COM. (2001) 366 final, 18 juill. 2001, spéc. p. 7). Dix ans plus tard, elle l'a adaptée en ces termes : « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* » (voir : Communication de l'UE, « Responsabilité sociale des entreprises : une nouvelle stratégie de l'U.E pour la période 2011-2014 », COM. (2011) 681 final, 25 oct. 2011, spéc. p.7). Cette définition européenne se rapproche de celle de l'ISO 26000 : « *responsabilité d'une organisation vis-à-vis des impacts de ses décisions et activités sur la société et l'environnement, par un comportement transparent et éthique qui contribue au développement durable, y compris la santé et au bien-être de la société ; prend en compte les attentes des parties prenantes ; respecte les lois en vigueur et en accord avec les normes internationales de comportement ; et est intégrée dans l'ensemble de l'organisation et mise en œuvre dans ses relations* » (voir ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, ISO, 2010, art. 2.18). Pour le gouvernement du Canada, elle est définie comme « *les activités volontaires, au-delà des obligations légales minimales, menées de front par les entreprises d'une manière durable aux points de vue économique, social et environnemental* » (voir : Ressources naturelles Canada, « Renforcer l'avantage canadien : stratégie de RSE pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger, février 2011).

de vigilance ou devoir de diligence raisonnable peut être entendu comme une obligation éthique ou légale pour les acteurs économiques transnationaux de mettre en place des procédures de prévention et de suivi de leurs opérations dans le but d'éviter les violations de droits humains et de l'environnement. Son avantage *sine qua non* réside donc dans la prise en compte des parties intéressées en général et en particulier les partenaires commerciaux (filiales, sous-traitants et fournisseurs) ainsi que celle de facteurs sociétaux et environnementaux dans les processus décisionnels. Il est l'une des traductions variantes de « *due diligence* » ou « *duty of care* » et est au cœur des normes internationales de RSE⁹⁰.

Étant un principe ou outil de la RSE, il n'échappe pas à l'effet de la « *concurrence normative*⁹¹ » reconnue en matière de la RSE. Cette concurrence

⁹⁰ Par exemple, l'ISO 26000 demande aux entreprises dans le cadre du devoir de vigilance d'étudier l'impact négatif de leurs activités, de les gérer de façon à réduire le plus possible ou éliminer le risque de préjudice social et environnemental (ISO 26000, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, ISO, 2010, art. 6). Il en est de même des principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme adoptés en 2011 par le Conseil des droits de l'homme. Ils appellent les entreprises à faire preuve de vigilance dans leurs activités et leurs relations d'affaires, en matière de respect des droits humains et de l'environnement (voir : Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » de l'ONU, 2011 : spéc. principes n°4,7,11,12,13,15). L'OCDE a intégré la notion de devoir de vigilance dans ses principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales en termes de diligence raisonnable (voir : Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, adoptés en 1976 et révisée en 1979, 1984, 1991, 2000 et 2011. Le devoir de vigilance est prévu dans les principes généraux n°10, p. 22). L'OIT a incorporé la notion de diligence raisonnable dans le texte de la déclaration tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale (OIT, Déclaration de principes tripartite sur les entreprises multinationales et la politique sociale, adoptée en 1977 et révisée en 2000, 2006 et 2017. Le devoir de vigilance est prévu dans le §10 points d) et é).

⁹¹ Deux conceptions de la RSE s'affrontent. Les partisans d'une démarche volontariste de la RSE d'une part et d'autre part ceux de la démarche contraignante. Si les uns estiment que le développement d'une telle politique doit relever d'un choix et ne peut résulter que d'une démarche propre à l'entreprise, les autres estiment, quant à eux, que la législation devrait être renforcée. En d'autres termes, pour les uns, la RSE est un mode d'autorégulation incitant les entreprises à dépasser les prescriptions normatives. Pour les autres, elle ne peut pas dépendre exclusivement de la volonté de l'entreprise mais doit être, jusqu'à un certain niveau, exigée et contrôlée par la société, à travers les pouvoirs publics et les instruments dont ils disposent. Voir à ce sujet : R. SEFTON-GREEN et L. USUNIER (dir.), « La concurrence normative : Mythes et réalités », Société de législation comparée, coll. UMR de droit comparé de Paris, vol. 33, Paris, 2013, 298 p., spéc. pp. 19-20, n°5 et pp. 125-147,

normative favorise une « *densification normative* ⁹² », créant, par la même occasion, une « *galaxie des normes* ⁹³ ». Celles-ci revêtent tantôt un rôle alternatif ⁹⁴ puisqu'elles sont issues d'une démarche volontaire tantôt considérées comme des normes formelles puisque saisies par le droit⁹⁵.

Subissant l'effet de cette concurrence normative, il convient de souligner qu'au départ, le devoir de vigilance relevait d'une approche volontaire, par le biais de normes non contraignantes de RSE. Il est aujourd'hui marqué par un interventionnisme de l'État visant à imposer aux entreprises de recourir à ce dernier. La France est le précurseur car elle a adopté l'approche contraignante par la loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et donneuses d'ordre⁹⁶.

n°21-54 ; N. DION, « La densification normative des chartes éthiques (ou le dévoilement de leur face cachée », in *La densification normative. Découverte d'un processus* (dir. C. THIBIERGE et alii), éd. Mare & Martin, Paris, 2013, 1204 p., pp. 783-796 ; V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, « Densification normative et éthique des affaires », in préc., pp. 813-826 ; K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), « La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale », éd. Pedone, Paris, 2016, 717 p.

⁹²C. THIBIERGE et alii (dir.), « La densification normative. Découverte d'un processus », éd. Mare & Martin, Paris, 2013, 1204 p., spéc. pp. 783-879.

⁹³ E. GROULX DIGGS, M. REGAN and B. PARANCE, « Business and human rights as a galaxy of norms », *Georgetown journal of international law*, vol. 50, 2019, pp. 309-362. Les auteurs, en faisant un focus de la loi française sur le devoir de vigilance, identifient un ensemble plus large de normes qualifié de galaxie. Celle-ci se compose de cinq anneaux qui représentent des normes et des attentes allant de la « loi dure » aux principes volontaires générés par des parties privées, des initiatives multipartites et des organisations internationales. Les dispositions de ces anneaux sont liées de manière fluide et dynamique et exercent une influence gravitationnelle plus ou moins forte les unes sur les autres.

⁹⁴ S. ROUSSEAU et I. TCHOTOURIAN, « Normativité et responsabilité sociale des entreprises : l'illustration d'une construction polysémique du droit de part et d'autre de l'atlantique », in *Responsabilité sociale des entreprises. Regards croisés Droit et Gestion* (dir. F-G. TREBULLE et O. UZAN), éd. Economica, coll. Etudes juridiques, Paris, 530 p., pp. 43-90, spéc. pp. 68-82.

⁹⁵ Idem., spéc. pp. 47-67 ; voir aussi : K. MARTIN-CHENUT et R. DE QUENAUDON (dir.), « La RSE saisie par le droit. Perspectives interne et internationale », op. cit.

⁹⁶ L. n°2017-399, 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, JORF n°0074 du 28 mars 2017. Quelques littératures sur le devoir de vigilance en France : S-M. CIONNAITH, G. JAZOTTES, et S. SABATHIER, « Délimiter le périmètre de la vigilance : entre concepts de soft law et de hard law », *Revue Lamy droit des affaires*, 2017/124, n°6168 ; C. MALECKI, « le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : était-ce bien raisonnable ? », *Bulletin Joly Société*, mai 2017, n°116j8, p. 298 ; P-L. PERIN, « Devoir de vigilance et responsabilité illimitée des entreprises : qui trop embrasse mal étreint », *Dalloz*, RTD com. 2015, p. 215; S.

Cette loi française a été créée afin de répondre aux nombreux scandales et catastrophes humaines et écologiques comme celui de Rana Plaza⁹⁷. Elle vise à prévenir des graves dommages sociétaux et environnementaux tout en responsabilisant les grandes sociétés multinationales⁹⁸. Ces sociétés débitrices de la loi sur le devoir de vigilance profitent des vides juridiques et faiblesses institutionnelles et législatives. Elles se cachent derrière des structures juridiques et des chaînes d'approvisionnement complexes à travers des filiales, sous-traitants ou fournisseurs. Cette situation leur permet de produire à bas coût au détriment des conditions de travail des collaborateurs, de l'environnement et de faire remonter les profits tout en échappant à leurs responsabilités.

En effet, les sociétés d'extraction canadiennes exerçant leurs activités à l'étranger n'échappent pas à cette réalité. Le Canada est reconnu sur la scène

SCHILLER , « exégèse de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre », La Semaine Juridique Edition Générale, n°22, mai 2017, doctr. 622. ; X. BOUCOBZA et M-Y. SERINET, « Loi Sapin 2 et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance », Rec. Dalloz 2017, p. 1619 ; M-C. CAILLET, M-L. GUISLAIN et T. MALBRAND, « La vigilance sociétale en droit français », Ritimo, coll. Passerelle, Paris, 2016, 110 p. ; C. COSSART et M-L. GUISLAIN, « le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable », Revue Lamy droit des affaires, 2015/104, n°5587 ; A. DANIS-FATOME et G. VINEY., « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », Rec. Dalloz 2017, p. 1610 ; M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Première assignation d'une entreprise pour non-respect de son devoir de vigilance en matière climatique : quel rôle préventif pour le juge ? », Rec. Dalloz 2020, p. 609 ; Y. QUEINNEC et F. FEUNTEUN, « La preuve de vigilance, un challenge d'interprétation », Revue Lamy droit des affaires., n°137, mai 2018.

⁹⁷ Les auteurs de la proposition de la loi sur le devoir de vigilance motivent au paragraphe 3 de l'exposé de motif : « *Le 24 avril 2013, un immeuble qui abritait plusieurs usines textiles s'est effondré au Bangladesh : 1 138 personnes ont trouvé la mort. Des milliers d'autres se retrouvent handicapées à vie et incapables de travailler à nouveau. Dans les décombres ont été retrouvées des étiquettes de grandes marques de vêtements européennes et françaises pour lesquelles travaillaient ces sous-traitants bangladais. Les donneurs d'ordre ont parfois nié leurs relations avec ces sous-traitants, preuve qu'ils ne contrôlaient pas pleinement leur chaîne de production* ».

⁹⁸ Ces grandes sociétés multinationales représentent, dans le cadre de cette loi française (C. com., art. L. 225-102-4, I), toute société qui emploie à la clôture de deux exercices consécutifs au moins cinq mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège est fixé en France. Aussi, elles concernent celle qui emploie dix mille salariés en son sein et dans ses filiales directes ou indirectes dont le siège social est fixé en France ou à l'étranger.

internationale comme une « *importante nation minière*⁹⁹ » voire « *le chef de file de l'exploitation minière*¹⁰⁰ ». Ses sociétés d'extraction étant présentes dans les pays à faible gouvernance, elles sont reconnues mondialement pour leur implication dans les violations des droits humains ainsi que les dommages environnementaux dont elles sont responsables¹⁰¹. A ce propos, prenant l'exemple du continent africain considéré à juste titre comme « *le lieu de toutes les convoitises*¹⁰² », il est avéré, depuis plus d'une décennie, que les multinationales canadiennes ont commis, en Afrique, des abus en matière de graves dommages sociétaux, environnementaux, et été impliquées dans des cas de financement occulte des guerres civile¹⁰³. Or, plusieurs entreprises canadiennes continuent d'exploiter les mines en Afrique, particulièrement dans l'espace OHADA¹⁰⁴ notamment en République démocratique du Congo (RDC) et dans d'autres pays membres¹⁰⁵.

⁹⁹ B. BARTON, « Canadian Law of Mining », Second edition, LexisNexis, Canada, 2019, 1030 p, spéc. p. 4.

¹⁰⁰ Mines Canada, « Le Plan Canadien pour les Minéraux et les Métaux (PCMM) », Mars 2019, 44 p., spéc. p. 4, consultable en ligne sur https://www.nrcan.gc.ca/sites/www.nrcan.gc.ca/files/CMMP/CMMP_The_Plan-FR.pdf date de la dernière visite : le 23 mai 2022. Il ressort de ce rapport que plus de 50% des sociétés d'exploration et d'exploitation minières mondiales cotées en bourse dans le monde ont leur siège au Canada.

¹⁰¹ A. DENEULT, D. ABADIE et W. SACHER, « Noir Canada : pillage, corruption, et criminalité en Afrique », éd. Eco société, Montréal, 2008, 348 p.

¹⁰² P. LAPORTE, « La compliance en Afrique : état des forces en présence sur un terrain de jeu objet de toutes les convoitises », Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires, LexisNexis, n°4, août 2019, étude 130.

¹⁰³ A. DENEULT, D. ABADIE et W. SACHER, « Noir Canada : pillage, corruption, et criminalité en Afrique », op. cit.

¹⁰⁴ L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, OHADA, est une organisation créée le 17 octobre 1993 par le traité de Port-Louis (Ile Maurice) et révisé le 17 octobre 2008 au Québec. Elle entend favoriser l'intégration régionale et promouvoir l'amélioration de l'environnement des affaires en misant sur la sécurité juridique et judiciaire. Pour ce faire, elle harmonise le droit des affaires par des règles simples, modernes et adaptées à la situation des économies des États parties. Elle regroupe 17 États membres : le Benin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo-Brazzaville, le Congo-Kinshasa, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée Équatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo.

¹⁰⁵ Selon l'organisme canadien « Ressources naturelles canada », en se référant à son tableau d'actifs miniers canadiens (AMC) selon les pays et la région en 2019 et 2020, il est constaté en nombre des sociétés minières canadiennes notamment en 2020 : en Afrique

Dans le présent texte, nous proposons de faire le point sur l'importance du devoir de vigilance et de la prise en compte des facteurs environnementaux, sociétaux et de gouvernance (ESG) par des sociétés d'extraction canadiennes exerçant leurs activités à l'étranger particulièrement dans les pays en développement. Ces pays étant des pays à faible gouvernance, l'outil du devoir de vigilance permet de prévenir, d'identifier et de limiter ou d'atténuer la survenance des risques résultant des activités des sociétés mères ou donneuses d'ordre opérant à l'étranger.

Nous pourrions constater qu'au Canada, plutôt que de s'appuyer sur l'approche contraignante, le gouvernement canadien favorise les approches volontaires. Malgré cette orientation qui, d'un côté démontre ses limites et, d'un autre côté, confirme la léthargie du processus législatif en la matière, nous remarquons, du moins, la volonté de recourir aux devoir de vigilance et prise en compte des facteurs ESG dans pas mal des normes formelles tant en projet qu'en vigueur et une percée jurisprudentielle audacieuse, en la matière, même si elle n'est pas encore acquise.

Afin de mieux comprendre ce constat, nous avons choisi d'aborder ces points à la lumière de la gouvernance canadienne en matière de développement durable ou de RSE. Cette gouvernance étant tant à la fois publique et privée, nous verrons d'une part la percée jurisprudentielle et réglementaire canadienne en matière de devoir de vigilance et ESG pour les entreprises d'extraction opérant à l'étranger (I) et, d'autre part, le revirement du gouvernement canadien d'adopter des stratégies RSE axées sur les processus de diligence raisonnable pour une conduite responsable des entreprises (II).

I. La percée jurisprudentielle et règlementaire canadienne en matière de devoir de vigilance et prise en compte des facteurs ESG

centrale 10 sociétés (dont 8 en RDC et 1 en Centrafrique, tous deux, membres de l'OHADA), et en Afrique de l'ouest 47 sociétés (dont 17 au Burkina Faso, 13 au Mali, 8 en Côte d'ivoire, 5 au Sénégal, 3 en Guinée, et 3 au Niger, tous membres de l'OHADA). Voir : Ressources naturelles canada, Actifs miniers canadiens (AMC) selon les pays et la région, en 2019 et 2020, consultable en ligne sur : <https://www.rncan.gc.ca/actifs-miniers-canadiens-amc-selon-le-pays-et-la-region-2018-et-2019/15407> date de la dernière visite : le 24 mai 2022.

S'il n'existe pas, à l'heure actuelle, une loi en vigueur responsabilisant les sociétés canadiennes pour les effets négatifs de leurs activités à l'étranger, par le biais d'une obligation de vigilance, en revanche, nous pouvons relever l'ouverture de la jurisprudence canadienne **(A)** et les obligations de transparence en matière sociale, environnementale et de gouvernance **(B)**.

A. L'ouverture de la jurisprudence canadienne

Certaines décisions de justice ont une incidence sur toutes les sociétés soumises à la compétence des tribunaux canadiens en particulier les sociétés de ressources naturelles établies au Canada qui ont des activités dans des pays en développement ¹⁰⁶, dont l'espace OHADA. Selon un auteur, ces décisions « *reposent, du moins en partie, sur une théorie de la responsabilité directe de la société mère pour des préjudices causés par les activités de sa filiale à l'étranger* ¹⁰⁷ ». Cette théorie, poursuit l'auteur, « *exige que le demandeur démontre que la société mère était débitrice d'un devoir de prudence envers les victimes à l'étranger et qu'elle a failli à ce devoir par sa faute, ce qui a permis à la filiale d'agir de manière à causer un préjudice aux victimes. Il ne s'agit donc pas d'une responsabilité pour la faute d'autrui (bien que la faute de la filiale puisse exister) mais bien d'une responsabilité pour la faute personnelle de la société mère* ¹⁰⁸ ».

Particulièrement, une décision interlocutoire rendue dans l'affaire « *Hudbay* ¹⁰⁹ » mérite notre attention. Cette affaire non seulement démontre la possibilité de l'utilisation des engagements volontaires des entreprises par les

¹⁰⁶ A. MICHOU, « Mind The (Liability) Gap : The relevance of The Duty of Care to Hold Transnational Corporations Accountable » May 2019, 40 WRLSI, 141.

¹⁰⁷ G. SAUMIER, « L'ouverture récente des tribunaux canadiens aux poursuites dirigées contre les sociétés mères pour les préjudices causés par leurs filiales à l'étranger », Dalloz, Revue critique de droit international privé, 2018/4, n°4, pp. 775-792, spéc. p. 787.

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ *Choc v. Hudbay Minerals Inc.*, 2013 ONSC 1414.

tribunaux mais surtout elle met au centre du litige la question de l'existence d'une faute de la société mère impliquant un devoir de vigilance de sa part.

En l'espèce, ce litige opposait des demandeurs guatémaltèques à la société minière canadienne Hudbay Minerals et à sa filiale guatémaltèque, qui détenaient à l'époque une mine de nickel dans l'est du Guatemala. Les demandeurs, depuis plusieurs décennies, revendiquent le territoire sur lequel est située la mine et leurs tentatives d'occuper ce territoire ont donné lieu à de nombreuses confrontations violentes. Particulièrement, en 2007, onze femmes disent avoir été violées, et ce, durant une évacuation forcée d'un village par les agents de sécurité de la mine, la police et l'armée. Aussi, en 2009, une autre évacuation aurait provoqué la mort violente d'un homme et la blessure par balle d'un autre, prétendues être le fait des agents de sécurité de la mine.

Les demandeurs guatémaltèques ont intenté des recours en responsabilité civile contre la société Hudbay, soulevant des violations aux droits de l'homme commis sous le contrôle de sa filiale guatémaltèque. Pour déterminer si les allégations de fautes devraient être annulées, le tribunal s'est penché sur la possibilité de reconnaître un nouveau tort de négligence.

A ce titre, il a examiné trois critères émanant de la juridiction anglaise (*House of Lords*)¹¹⁰ qui servent de guide pour reconnaître l'existence d'un « *duty of care* ». Il s'agit de la « prévisibilité », la « proximité » et les « considérations ou motifs de politiques (*public policy*) ». Ce qui revient à dire qu'« *un tel devoir est susceptible d'être reconnu si les deux volets du critère élaboré dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council* sont satisfaits. Il faut d'abord en établir l'existence *prima facie* en prouvant que le préjudice allégué est une conséquence raisonnablement prévisible du manquement et qu'il existe une relation de proximité suffisante entre les parties*¹¹¹ ».

Le tribunal a procédé à cet examen en tenant en compte de l'intervention des demandeurs qui ont référé à plusieurs instruments internationaux. Dans cet

¹¹⁰ *Anns v Merton London Borough Council*, AC 728 ; *Kamloops (city of) c Nielson*, 1984 CanLII 21 (SCC)

¹¹¹ J. TCHOTOURIAN, V. DESHAYE et R-M. DROUIN, « Entreprises et responsabilité sociale : évolution ou révolution du droit canadien des affaires », op. cit., spéc., n°37.

examen prima facie, s'agissant de la prévisibilité, le tribunal a conclu que les faits allégués, notamment des tensions entre la population et les agents de la sécurité de la mine, permettaient de soutenir une sorte de prévisibilité des préjudices. Concernant la proximité, le tribunal estime que la société mère avait communiqué avec les communautés autochtones pour exprimer sa volonté de travailler en partenariat, formulant par la même occasion, un engagement à respecter les principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme. Ces deux premiers critères étant établis, le « *duty of care* » ne pouvait être écarté prima facie. En dernier lieu, le tribunal a examiné s'il existait des motifs de politiques pour ne pas donner effet à ce « *duty of care* » au stade interlocutoire. Le tribunal, répondant par la négative, a référé aux arguments des demandeurs selon lesquels la reconnaissance d'un tel « *duty of care* » participerait aux efforts du gouvernement canadien qui encouragent les sociétés à adopter de hauts standards de responsabilité sociale¹¹². Ce faisant, elle a fait écho aux arguments des demandeurs qui citaient l'adhésion du Canada aux différents instruments de soft law.

Concernant cette décision, deux observations peuvent être relevées. Premièrement, nous pouvons remarquer que cette décision signale que les tribunaux canadiens sont ouverts à conférer une juridicité aux dispositions des codes d'éthiques et de conduite¹¹³. Deuxièmement, au-delà de cette reconnaissance, « *la décision Choc v. Hudbay Minerals Inc. traite de manière innovante du devoir de diligence que des sociétés mères pourraient avoir à l'égard des populations touchées par les activités de leurs filiales. Dès lors qu'un devoir sera établi, une société mère pourra être jugée directement responsable de négligence si ses actions directes sont source de dommages, et ce, en vertu des règles de responsabilité civile délictuelle*¹¹⁴ ».

Une autre affaire mérite d'être soulignée. C'est l'affaire « *Araya c. Nevsun Resources* ». Dans cette affaire, les demandeurs sont des réfugiés Érythréens

¹¹² Dont notamment les principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme, le Code de l'OCDE sur les entreprises multinationales et les principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme etc.

¹¹³ Idem., spéc. n°41.

¹¹⁴ Ibid.

qui disent avoir été victimes de sévices graves dans une mine située en Érythrée et exploitée par une filiale de la société canadienne « Nevsun Resources ». Les demandeurs allèguent qu'ils ont débuté leur travail à la mine Erythréenne durant leur service national obligatoire. Ensuite, ils ont été forcés d'y rester employés dans des conditions déplorables. Ils allèguent une nouvelle forme de responsabilité civile fondée sur des violations présumées des interdictions internationales coutumières relatives au travail forcé.

La société mère a cherché à faire rejeter cette nouvelle forme de responsabilité contre elle. Elle a demandé la radiation de la requête des demandeurs. Pour elle, seuls les États sont liés par le droit international coutumier.

Les juges de première instance ont refusé de radier l'allégation relative au droit international coutumier. Ils estiment que la question de la responsabilité des entreprises pour les violations des droits de l'homme à l'étranger est une question en pleine évolution méritant l'évaluation approfondie que seul un procès pourrait assumer¹¹⁵. En appel, cette décision fut confirmée en 2017. Pour les juges d'appel, c'est le moment pour évaluer ce type de prétention et un procès sur la question serait l'occasion de faire avancer le droit¹¹⁶.

En 2020, la Cour Suprême du Canada approuve la position des juges pour définir des nouvelles formes de responsabilité civile fondées sur des violations présumées du droit international coutumier¹¹⁷. C'est une percée jurisprudentielle audacieuse quand bien même elle est au stade interlocutoire.

Ce devoir de vigilance relevant de la jurisprudence ainsi que la possibilité de la reconnaissance d'une responsabilité civile fondée sur des violations présumées des interdictions internationales coutumières, s'ils sont établis, pourront concourir à rendre responsable la conduite des sociétés d'extraction canadiennes à l'étranger, et particulièrement dans les pays en développement.

¹¹⁵ Voir : *Araya et al. C. Nevsun Resources Ltd.*, 2016 BCSC 1856, n°484

¹¹⁶ Voir : *Araya et al. C. Nevsun Resources Ltd.*, 2017 BCCA 401, n°197

¹¹⁷ Voir : *Nevsun Resources Ltd v. Araya*, (2020) SCJ n°5, ACS n°5

La percée n'est pas seulement jurisprudentielle. Elle est également réglementaire. Il convient d'analyser les obligations de transparence en matière sociale, environnementale et de gouvernance.

B. Les obligations de transparence en matière sociale, environnementale et de gouvernance

La RSE vient légitimer la prise en compte d'impératifs relevant de notre société et non de la seule activité économique. Ce qui revient à dire qu'au-delà de l'intérêt des actionnaires, toute entreprise doit poursuivre la satisfaction de l'intérêt commun de toutes les parties qui gravitent dans son rayon d'activité. Il peut s'agir des salariés, fournisseurs, sous-traitants ou encore clients, tout en intégrant des préoccupations sociétales et environnementales dans ses activités. Cette prise en considération des intérêts des parties prenantes se justifie dans la mesure où l'entreprise a nécessairement un impact sur ces derniers. Sous cet angle, la RSE apparaît comme une composante de l'intérêt social. Or, le devoir de vigilance, outil de la RSE, en saisissant l'entreprise dans toute son organisation, implique nécessairement l'élargissement de l'intérêt social.

En effet, le Canada, même s'il n'a pas adopté, à l'heure actuelle, une obligation légale de vigilance, nous pouvons constater que, tant les administrateurs et dirigeants d'entreprise que les investisseurs, même s'ils sont régis par des lois différentes, se voient imposer une obligation de fiduciaire ainsi qu'une obligation de diligence incluant l'obligation de considérer les facteurs ESG. A ce sujet, l'article 122 de la loi canadienne sur les sociétés par action, révisée à cette fin en 2019¹¹⁸ et au Québec, notamment les articles 119 de la loi

¹¹⁸ Cet article dispose désormais :

« (1) Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir :
a) avec intégrité et de bonne foi aux mieux des intérêts de la société ; b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

(1.1) lorsqu'ils agissent au mieux des intérêts de la société au titre de l'aliéna (1) a), les administrateurs et les dirigeants de la société peuvent tenir compte des facteurs suivants,

sur les sociétés par action et 322 alinéas 2 du Code civil, imposent aux administrateurs d'agir avec intégrité et de bonne foi « *aux mieux des intérêts de la société* », et aussi doivent agir avec honnêteté et loyauté « *dans l'intérêt de la personne morale* ». Cela signifie que « *la conception de l'intérêt de la société fondé sur la primauté des actionnaires a été mise au rencart par la Cour suprême dans les arrêts Magasins à rayons Peoples Inc. et BCE (...) le législateur fédéral est venu prendre acte des arrêts de la Cour suprême du Canada en modifiant la Loi canadienne sur les sociétés par action pour expliciter le pouvoir des administrateurs dans la détermination de l'intérêt social*¹¹⁹ ». Autrement dit, « *cette réforme établit clairement que les administrateurs peuvent considérer l'ensemble des intérêts des parties prenantes, incluant l'environnement, et l'intérêt de la société à long terme dans leur prise de décision*¹²⁰ ». Il est clair que le cadre normatif canadien des sociétés par action s'est adapté, à l'instar du droit français¹²¹, alors qu'une inadéquation entre les attentes actuelles qui s'expriment vis-à-vis des grandes sociétés multinationales et son fonctionnement réel sous l'influence des textes de droit qui régissent les sociétés, demeure dans la plupart des législations notamment en droit de l'OHADA¹²².

notamment : a) les intérêts : (i) des actionnaires, (ii) des employés, (iii) des retraités et des pensionnés, (iv) des créanciers, (v) des consommateurs, (vi) des gouvernements ; b) l'environnement ; c) les intérêts à long terme de la société ».

¹¹⁹ E. MACKAAY, S. ROUSSEAU et cie, « Analyse économique du droit », 3^e éd., coll. Méthodes du droit, Dalloz – Les éditions Thémis, Paris, 2021, 906 p., spéc. pp. 715-716, n°2118-2119.

¹²⁰ Idem., spéc. p. 716, n°2119.

¹²¹ Le législateur français, par la loi Pacte, a modifié les articles 1833 et 1835 du Code civil, L.225-35 du Code de commerce en consacrant la notion jurisprudentielle « d'intérêt social » et en affirmant l'obligation pour les entreprises de « prendre en considération les enjeux sociaux et environnementaux ». C. civ., art. 1833 : « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés. La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ».

¹²² C'est le cas de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique en droit OHADA. L'alinéa 2 de l'article 4 de cet acte uniforme affirme que « *la société commerciale est créée dans l'intérêt commun des associés* ».

Si cette adaptation, en France, permet d'étendre désormais l'obligation de divulgation d'information sociale et environnementale à toutes les sociétés¹²³ nonobstant leur activité, taille et forme sociale, au Canada, cette obligation, malgré la récente révision de la loi fédérale susdite, ne concerne uniquement que les sociétés en valeurs mobilières. Celles-ci sont des sociétés cotées en bourse appelées autrement entreprises publiques ou émetteurs assujettis. Elles sont soumises à certaines obligations de divulgation périodique au sujet de leurs activités et leurs affaires internes¹²⁴. Cette obligation n'incombe pas aux entreprises privées ou non cotées.

Principalement, les obligations de divulgation d'information concernent une information de nature financière. Mais avec la montée en puissance du concept de « développement durable » qui n'épargne pas les investisseurs et les marchés financiers, cette divulgation d'information s'étend aujourd'hui à l'information environnementale et sociale. Les administrateurs sont tenus de divulguer ces informations pour protéger les droits des épargnants au nombre desquels les actionnaires ou investisseurs¹²⁵.

Il sied de comprendre que, par rapport au droit français, le droit financier canadien a traditionnellement manifesté peu d'intérêt quant aux dimensions sociétales et environnementales des entreprises¹²⁶ jusqu'à ce que la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario ait manifesté son intérêt de pouvoir étudier la qualité de la divulgation environnementale¹²⁷. Or, l'importance accordée aux

¹²³ La loi Pacte qui modifie l'article 1833 du Code civil introduit l'obligation générale de gestion dans l'intérêt social en considération des enjeux sociaux et environnementaux. Pour rappel, il s'agit d'une disposition générale, rangée dans le Code civil au Chapitre 1er relatif aux dispositions générales du titre IX de la société.

¹²⁴ Loi sur les valeurs mobilières, c. V-1.1, art. 73.

¹²⁵ E. MACKAAY, S. ROUSSEAU et cie, « Analyse économique du droit », op. cit., spéc. p. 764, n° 2228 ; R. CRETE et S. ROUSSEAU, « Droit des sociétés par action », 4ème éd., Edition Thémis, Montréal, 2018, spéc. p. 288, n°638.

¹²⁶ S. ROUSSEAU et I. TCHOTOURIAN, « Obligation de divulgation des informations environnementales à la charge des sociétés canadiennes : la mise au point de l'Ontario Securities Commission », Revue de droit bancaire et financier n°4, juill. 2008, dossier 24, spéc. n°1.

¹²⁷ Ontario Securities Commission (OSC), Staff Notice : 51-716 Environmental Reporting (2008), consultable en ligne sur <https://www.osc.ca/en/securities-law/instruments-rules-policies/5/51-716/osc-staff-notice-51-716-environmental-reporting> date de la dernière visite : le 05 juin 2022.

facteurs ESG peut constituer un avantage concurrentiel pour les organisations. Ces facteurs aident celles-ci à créer de la valeur, à atténuer ou limiter les risques et à devenir plus résilientes. Le fait de ne pas en tenir compte peut compromettre leur succès ou image et entraîner de mauvais résultats commerciaux¹²⁸. Bref, ils aident les organisations à avoir une conduite responsable.

A cet effet, au Canada, les informations ESG proviennent principalement de plusieurs règlements. Il est important de noter qu'au Canada, la réglementation sur la divulgation découle des différentes lois provinciales sur les valeurs mobilières. Cela a pour conséquence que chaque province, en la matière, dispose d'une loi et d'une autorité financière. Afin d'assurer une certaine harmonisation de ces différentes autorités, une organisation dénommée « *Autorités canadiennes en valeurs mobilières, ACVM* », réunissant des organismes de réglementation des valeurs mobilières des provinces, est mise en place. Cette organisation adopte des instruments nationaux harmonisés applicables à toutes les provinces. Cette organisation, n'ayant pas de pouvoir législatif pour imposer des normes réglementaires aux provinces, les instruments nationaux qu'elle produit, sont adoptés comme « règlement » par les provinces¹²⁹.

Soulignons le règlement 51-102 sur les obligations d'information continue accompagné de l'Annexe 51-102A2 (Notice annuelle) et l'Annexe 51-102A1 (Rapport de gestion). Il s'agit d'un des principaux instruments de divulgation auxquels les émetteurs assujettis doivent se soumettre au Canada¹³⁰. Celui-ci

¹²⁸ J. BIRON et V. LAVERGNE, « Vers une plus grande responsabilisation des sociétés canadiennes : le rôle des parties prenantes et la divulgation des facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance », *Les Cahiers de droit*, vol. 62 n°3, sept. 2021, pp. 795-825, spéc. p. 813.

¹²⁹ P-O CHARLEBOIS, D. HEURTEL et M. CARDINAL-BRADETTE, « La divulgation des risques liés aux changements climatiques : la transparence comme moteur de changement et de création de valeur à long terme », in *Développements récents en droit de l'environnement*, vol. 487, *Barreau du Québec, Service de la Qualité de la profession*, éd. Yvon Blais, Montréal, 2022, 354 p., pp.163-213, spéc. p. 186.

¹³⁰ Nous pouvons citer d'autres règlements qui contiennent des obligations de divulgations qui appréhendent d'une manière directe ou indirecte les enjeux de RSE ou facteurs ESG : le Règlement 58-101 sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance et l'annexe 58-101A1 ainsi que l'instruction générale 58-201 relative à la gouvernance ; l'avis 58-101 du personnel des ACVM sur l'information concernant les pratiques en matière de gouvernance; le règlement 51-110 sur le comité d'audit ainsi que l'Avis 52-110 sur le comité d'audit du personnel des ACVM.

édicte des obligations de divulgation d'informations environnementales et, dans une moindre mesure sociale, dans la notice annuelle¹³¹ et le rapport de gestion¹³². Particulièrement, la notice renvoie aux « *risques environnementaux et sanitaires* » parmi les facteurs de risques¹³³ et un focus est dédié concernant les sociétés extractives. Pour ces dernières, elles doivent rendre des informations continues conformes aux Règlements 51-101 (informations concernant les activités pétrolières et gazières) et 43-101 (informations concernant les projets miniers).

Concernant le secteur minier, le Règlement 43-101 accompagné de l'Annexe 43-101A1 a été mis en œuvre en 2001. Reconnaissant l'importance considérable de l'emprise du Canada dans le secteur minier mondial, les ACVM sollicitent les commentaires des parties intéressées sur l'efficacité d'un certain nombre de dispositions clés du Règlement 43-101¹³⁴. Elles précisent, dans leur avis de consultation du 14 avril 2022, que le Canada joue un rôle déterminant en matière de formation de capital dans le secteur minier et le Règlement 43-101 est reconnu mondialement comme étant la norme prépondérante dans ce domaine. Rappelons que selon le rapport publié en 2016 par le Comité de l'ONU pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes concernant le Canada¹³⁵, en 2013, plus de 50 % des sociétés d'exploration et d'exploitation minière cotées en bourse dans le monde avaient leur siège au Canada. Sept ans plus tard, cette statistique est toujours d'actualité¹³⁶.

Les obligations d'informations relatives aux facteurs sociaux et environnementaux pour les sociétés d'extraction n'ont pas tellement changé ou

¹³¹ Annexe 51-102A2, partie 6.

¹³² Annexe 51-102A1, partie 5.

¹³³ Article 5.2 de l'Annexe 51-102A1.

¹³⁴ CSA-ACVM, « Consultation sur le règlement 43-101 sur l'information concernant les projets miniers », Document de consultation 43-401 des ACVM, 14 avril 2022.

¹³⁵ Report to the UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, for its review of the Combined Eighth and ninth periodic reports of Canada, 65th session, oct. 2016, 27 p., spec., pp. 2-3.

¹³⁶ CSA-ACVM, « Consultation sur le règlement 43-101 sur l'information concernant les projets miniers », Document de consultation 43-401 des ACVM, 14 avril 2022, spéc. p. 1. Il est précisé, à ce propos, dans ledit avis que « *S&P Global Market Intelligence a indiqué qu'au cours de l'exercice terminé le 31 décembre 2020, plus de 50 % des activités de formation de capital des émetteurs du secteur minier à l'échelle mondiale provenaient du Canada* ».

elles n'ont pas été mises à jour depuis l'adoption du Règlement 43-101 en 2001¹³⁷. Celui-ci, conformément à son article 3.4, oblige les émetteurs à déclarer « *tout risque connu, notamment juridique, politique ou environnemental, qui pourrait avoir une incidence importante sur le développement potentiel des ressources minérales ou des réserves minérales* ». Aussi, conformément au paragraphe d des rubriques 14 et 15 de l'Annexe 43-101A1, la personne qualifiée doit en outre présenter une description générale de la mesure dans laquelle les facteurs connus liés notamment à l'environnement ou tout autre facteur pertinent pourraient avoir une incidence importante sur l'estimation des ressources minérales ou des réserves minérales. De même, la rubrique 4 de l'Annexe 43-101A1 prévoit l'obligation de déclarer la nature et l'étendue des droits de surface, des droits d'accès et des obligations à remplir pour conserver le terrain et de décrire les autres facteurs et risques importants pouvant avoir des répercussions sur l'accès au terrain, les droits sur le terrain ou le droit ou la capacité d'y effectuer des travaux. Cette mesure reflète celle de tenir compte des droits des autochtones.

Par ailleurs, les ACVM publient plusieurs avis dans le souci de clarifier le type d'information devant être divulgué et la manière dont elle devrait l'être. Il est important de noter que l'avis émis par les ACVM constitue une simple communication qui fournit des indications sur un problème émergent. Il ne modifie aucune obligation légale actuelle ni n'en crée de nouvelles¹³⁸. A cet effet, en 2010, les ACVM ont publié l'Avis 51-333 sur les indications en matière d'information environnementale visant à clarifier les obligations de divulgation prévues dans le règlement 51-102. Cet avis indique que les investisseurs « *souhaitent obtenir de l'information leur permettant d'évaluer si les administrateurs assurent une saine gestion des risques, y compris les risques environnementaux*¹³⁹ ». Ce qui implique qu'un émetteur ayant mis en œuvre des

¹³⁷ Idem., spéc. p. 11.

¹³⁸ Les ACVM rappellent la teneur de leur avis notamment sur : Avis relatif aux obligations d'information en matière d'esclavage moderne, 14 septembre 2018, p. 2 consultable en ligne sur https://lautorite.qc.ca/fileadmin/lautorite/reglementation/valeurs-mobilieres/0-avis-amf/2018/2018sept04-avis_esclavage_moderne-fr.pdf date de la dernière visite : le 05 juin 2022.

¹³⁹ Avis 51-333, p. 17

politiques environnementales doit décrire ces politiques ainsi que les mesures prises pour les mettre en application dans sa notice annuelle¹⁴⁰. Aussi, nous pouvons relever les deux avis 51-334 « rapport sur le projet de divulgation de l'information relative aux changements climatiques » de 2018 et 51-358 « divulgation des risques liés aux changements climatiques » de 2019. Le premier démontre une insuffisance de la divulgation des entreprises en matière de risques liés aux changements climatiques et le second dénote des pratiques de divulgation incohérentes. Dans le même ordre d'idées, un avis relatif aux obligations d'information en matière d'esclavage moderne de 2018 encourage les sociétés à tenir compte des risques associés à l'esclavage moderne, et ce, au regard notamment de la rubrique 5.2 de l'Annexe 51-102A2 (Notice annuelle) et le paragraphe g de la rubrique 1.4 de l'Annexe 51-102A1 (Rapport de gestion).

Malgré cette percée réglementaire, nous ne pouvons que remarquer une incertitude sur l'étendue de l'information devant être divulguée. Cette incertitude est nourrie du fait que le cadre de divulgation n'est pas intégré. Aussi, nous pensons que ces exigences demeurent purement imprécises. Pour les renforcer et les rendre claires, il sied de s'inspirer de la déclaration de performance extra-financière (DPEF)¹⁴¹ française, issue de la directive européenne¹⁴², qui met en place une démarche purement proactive tournée vers l'approche risques en matière de reporting. Ce qui revient à dire que cette DPEF doit présenter, pour

¹⁴⁰ Annexe 51-102A2, partie 5, 1 (1) k et 5, 1 (4).

¹⁴¹ Ord. n° 2017-1180, 19 juill. 2017 relative à la publication d'informations non financières par certaines grandes entreprises et certains groupes d'entreprises, texte n°13, JORF n°0169 du 21 juill. 2017. Pour un résumé sur l'intégration de la directive européenne par cette ordonnance, voir : R. INTOLE, « Le reporting extra-financier dans les entreprises françaises à l'aune de la directive n° 2014/95/UE », Lettre des Juristes de l'environnement, 01 mai 2018, consultable en ligne sur http://www.juristes-environnement.com/article_detail.php?id=3866 date de la dernière visite : le 05 juin 2022.

¹⁴² Dir. n°2014/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 oct. 2014 modifiant la dir. n°2013/34/UE en ce qui concerne la publication d'informations non financières et d'informations relatives à la diversité par certaines grandes entreprises et certains groupes, JOUE n° L 330/1 du 15 nov. 2014. Comme annoncé dans le « Green Deal pour l'Europe », cette directive est actuellement en cours de révision, dans le cadre de la stratégie visant à renforcer les bases de l'investissement durable. La Commission de l'Union européenne a publié une proposition le 21 avril 2021. Aussi, la directive prévoit l'élaboration de normes européennes pour l'information non financière.

chaque catégorie d'information¹⁴³, des principaux risques suscités par l'activité de la société ou de l'ensemble de société y compris les risques créés par ses relations d'affaires¹⁴⁴. La DPEF doit aussi présenter pour chacun des risques une description des politiques appliquées par la société ou l'ensemble de société incluant, le cas échéant, les procédures de diligence raisonnable mises en œuvre pour prévenir, identifier et atténuer la survenance des risques mentionnés ainsi que les résultats de ces politiques incluant des indicateurs clés de performance. Nous pouvons constater que cette DPEF prévoit un renvoi au plan de vigilance exigé par la loi sur le devoir de vigilance¹⁴⁵. A ce titre, la DPEF ne constitue qu'une dimension des procédures de diligence raisonnable pour les sociétés soumises à l'obligation légale de vigilance.

Le Canada, même s'il n'a pas adopté une obligation légale de vigilance, doit adapter son obligation de divulgation d'information ESG. Il devrait inclure les procédures de diligence raisonnable. Par ailleurs, il est nécessaire que cette obligation de divulgation soit étendue aux sociétés privées c'est-à-dire celles qui ne sont pas cotées en bourse. Cela favorisera le développement de la culture d'éthique des affaires au Canada.

De surcroît, la non mise à jour de ces obligations de divulgation pour les entreprises extractives depuis 2001 ne peut que confirmer la divulgation timide et inadéquate des facteurs ESG au Canada¹⁴⁶. Celle-ci trouve un terrain propice

¹⁴³ Concernant les listes d'informations, une distinction est faite entre les sociétés cotées et les sociétés non cotées. Il y a donc deux listes d'informations à fournir en fonction de la provenance des fonds de la société. Concrètement, une liste d'informations qualifiée de « tronc commun », c'est-à-dire une liste qui doit être diffusée par toutes les sociétés concernées par l'obligation et une autre liste d'information supplémentaire diffusée exclusivement par les sociétés cotées. Concernant le tronc commun, il y a des informations précises en matière sociale, sociétale, et environnementale (liste intégrale voir : C.com., art. R. 225-105, II. A). La liste pour les sociétés cotées dans la DPEF requiert des informations relatives aux actions engagées pour prévenir la corruption ainsi que des actions engagées en faveur des droits de l'homme (C. com., art. R. 225-105, II, B).

¹⁴⁴ C. com., art. R. 225-105. I; C. com. art. L. 225-100-1, 3°

¹⁴⁵ C. com., art. L. 225-102-1, III.

¹⁴⁶ « Explorez la maturité des rapports ESG des plus grandes entreprises canadiennes. Perspectives canadiennes sur les rapports ESG en 2022 », consultable en ligne sur <https://www.pwc.com/ca/fr/today-s-issues/environmental-social-and-governance/esg-reporting-insights.html> date de la dernière visite : le 05 juin 2022. Dans son rapport, PwC Canada, selon une analyse effectuée en 2021, observe que, sur 150 plus grandes

car le gouvernement canadien depuis longtemps mise sur les approches volontaires quand bien même l'on peut remarquer sa timide volonté d'opérer un revirement.

II. La stratégie gouvernementale de RSE axée désormais sur les processus de diligence raisonnable pour une conduite responsable des entreprises

La nouvelle stratégie RSE du gouvernement canadien publiée en 2021 dénote un changement de paradigme. Même si elle maintient l'approche équilibrée du Canada en la matière, c'est-à-dire l'approche volontaire ou non contraignante, elle apporte plusieurs changements aux stratégies précédentes dont notamment la reconnaissance et la mise en place du devoir de diligence raisonnable au cœur de son action pour une conduite responsable non seulement des sociétés d'extraction mais aussi de toutes les entreprises canadiennes **(A)**. Il s'agit d'une belle étape de franchie en faveur d'une véritable responsabilisation des entreprises canadiennes exprimée par le gouvernement du Canada qui compte le poursuivre sur le plan législatif. Néanmoins, cette timide volonté se heurte au constat de léthargie du processus législatif en la matière **(B)**.

entreprises canadiennes, seulement 41% publient un rapport ESG. Autrement dit, « 59% des entreprises ne tiennent pas compte des effets négatifs de leurs activités et ne les communiquent pas ». Il ajoute que 62% des entreprises sondées disent reconnaître les facteurs mais que seulement 30% ont établi des délais d'exécution pour atteindre leurs objectifs ESG. Au près des investisseurs, « près de 80% des répondants ont affirmé considérer les facteurs ESG comme élément important dans leurs décisions de placement. Près de la moitié ont déclaré être prêts à retirer leur investissement des entreprises qui n'agissent pas suffisamment sur ce plan ». Donc, les grandes entreprises demeurent majoritaires à ne pas dévoiler l'attention qu'elles portent au développement durable et les actions qu'elles posent en la matière. Pour les autres, à peine un tiers des investisseurs estiment que la qualité de l'information reçue est adéquate et peu d'entreprises demandent une certification de leur information non financière. Un fait à souligner est que, au Canada, les investisseurs, qu'ils pratiquent l'investissement socialement responsables ou non, s'intéressent de plus en plus aux facteurs ESG. Subséquemment, il y a augmentation des demandes pour des informations plus étoffées à cet égard (voir : J. BIRON et V. LAVERGNE, « Vers une plus grande responsabilisation des sociétés canadiennes : le rôle des parties prenantes et de la divulgation des facteurs environnementaux, sociaux et de gouvernance », Les Cahiers de droit, vol. 62 n°3, sept. 2021, pp. 795-825, spéc. p. 803).

A. Stratégie RSE du Canada axée sur les processus de diligence raisonnable

Rappelons que le gouvernement du Canada définit la RSE comme « *les activités volontaires, au-delà des obligations légales minimales, menées de front par les entreprises d'une manière durable aux points de vue économique, social et environnemental*¹⁴⁷ ». Cette définition confirme la stratégie du gouvernement canadien en matière de développement durable ou de RSE, qui, depuis deux décennies, est basée sur les approches volontaires. Ce qui revient à dire qu'avant même l'adoption de sa stratégie sur le développement durable¹⁴⁸, il faisait déjà la promotion des normes non contraignantes en matière de RSE sur une base volontaire. C'est ainsi qu'en 2001, le gouvernement d'alors a mis en place une politique cadre relative aux ententes sur la performance environnementale¹⁴⁹ dans le but d'arriver à des engagements négociés de performance entre Environnement Canada et des entreprises ou des associations d'entreprises. En 2006, le gouvernement a rédigé un guide de mise en œuvre de la RSE à l'intention des entreprises canadiennes¹⁵⁰. De plus, depuis l'entrée en vigueur de la norme

¹⁴⁷ Ressources naturelles Canada, « Renforcer l'avantage canadien : stratégie de RSE pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger ».

¹⁴⁸ A l'issue du Sommet de Johannesburg de 2002, le Canada a adopté la loi sur le développement durable en 2008 (Loi fédérale sur le développement durable, LC 2008, ch. 33.). Le Québec l'a adopté en 2006 après une consultation en 2004 (Loi sur le développement durable, RLRQ, ch. D-8.1.1.). Ces deux lois reprennent la définition du développement durable énoncé dans le rapport Brundtland : « *un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à satisfaire les leurs* ». Voir : A. M. MANIRABONA et I. TCHOTOURIAN, « Une évaluation critique de la première loi canadienne sur le développement durable », *Revue de droit d'Ottawa*, vol. 42, n°1, 2011.

¹⁴⁹ Canada, Environnement Canada, Politique cadre relative aux ententes sur la performance environnementale, Environnement Canada, 2001, consultable en ligne sur <https://www.canada.ca/fr/environnement-changement-climatique/services/ententes-performance-environnementale/publications/politique-cadre.html> date de la dernière visite : le 20 juin 2022.

¹⁵⁰ Canada, Gouvernement du Canada, Responsabilité sociale des entreprises – Guide à l'intention des entreprises canadiennes, Ottawa, Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, 2006, consultable en ligne sur <https://publications.gc.ca/collections/Collection/lu23-12-2006F.pdf> date de la dernière visite : le 20 juin 2022.

ISO 26000, le gouvernement ne cesse d'encourager les entreprises à s'y conformer¹⁵¹.

Dans cette perspective, le gouvernement du Canada a également fourni des efforts particuliers pour que l'industrie minière canadienne se dote d'un encadrement en matière de RSE dans le cadre de ses activités à l'étranger. Ainsi, après des Tables rondes nationales sur la responsabilité sociale et l'industrie dans les pays en développement¹⁵², le gouvernement a adopté une série des stratégies de RSE pour les sociétés extractives canadiennes présentes à l'étranger.

En effet, un rapport unanime du groupe de consultation rendu public en 2007 comprenait de nombreuses recommandations parmi lesquelles l'adoption d'un cadre de référence canadien en matière de RSE bâti à partir des standards internationaux¹⁵³. Ce cadre devant inclure à moyen terme des obligations basées sur les droits humains, l'adoption d'un mécanisme de reddition de compte fondé sur le GRI (*Global Reporting Initiative*) et la création d'un poste d'ombudsman ou médiateur afin de recevoir et de traiter de manière rapide et neutre les plaintes contre des entreprises canadiennes¹⁵⁴.

Deux ans plus tard, en 2009, la réponse du gouvernement canadien est venue sous la forme de la stratégie « *renforcer l'avantage canadien, stratégie de RSE pour les sociétés extractives canadiennes présente à l'étranger*¹⁵⁵ ». Cette stratégie repose sur quatre piliers : la création d'un centre d'excellence en RSE; la nomination d'un conseiller à la RSE plutôt que d'un ombudsman comme le

¹⁵¹ Canada, Industrie Canada, Responsabilité sociale des entreprises : Guide de mise en œuvre à l'intention des entreprises canadiennes (2014), consultable en ligne sur <https://ised-isde.canada.ca/site/responsabilite-sociale-entreprises/fr/guide-mise-oeuvre-lintention-entreprises-canadiennes> date de la dernière visite : le 20 juin 2022.

¹⁵² Canada, Tables rondes nationales sur la responsabilité sociale et l'industrie extractive minière dans les pays en développement, Rapport du groupe consultatif, 29 mars 2007, consultable en ligne sur https://cooperation.uqam.ca/IMG/pdf/CSR_reportFR.pdf date de la dernière visite : le 20 juin 2022.

¹⁵³ Canada, Tables rondes nationales sur la responsabilité sociale et l'industrie extractive minière dans les pays en développement, Rapport du groupe consultatif, 29 mars 2007.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ Canada, Gouvernement du Canada, La Responsabilité sociale des entreprises : Renforcer l'avantage Canadien : stratégies de responsabilité sociale des entreprises (RSE) pour les sociétés extractives Canadiennes présentes à l'étranger, mars 2009.

recommandait le rapport unanime; l'encouragement aux entreprises canadiennes à adopter des standards élevés en matière de RSE; et le renforcement de la capacité des pays en développement à gérer les redevances qu'ils perçoivent de l'exploitation de leurs ressources extractives et à tirer profit pour réduire la pauvreté.

Cette stratégie gouvernementale de RSE de 2009 est améliorée en 2014¹⁵⁶ visant à renforcer les industries extractives du Canada à l'étranger. Cette stratégie améliorée se résume au soutien accru aux initiatives de RSE proposées par le réseau de missions diplomatiques du Canada à l'étranger ; la réorientation du rôle du Bureau du conseiller en RSE ainsi que le renforcement de son mandat de promouvoir des lignes directrices de RSE aux industries extractives canadiennes; l'encouragement aux entreprises par l'entremise du conseiller en RSE à se tourner vers le Point de Contact National (PCN) et assurer la concordance entre les opérations des sociétés et les lignes directrices de RSE, critère d'éligibilité à l'obtention de services de promotion économique de la part du gouvernement du Canada ; enfin le recours aux référentiels de RSE tels que les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme des Nations Unies, le Guide de l'OCDE sur le devoir de diligence pour des chaînes d'approvisionnement responsables en minerais provenant de zones de conflit ou à haut risque, les principes volontaires sur la sécurité et les droits de l'homme.

La stratégie gouvernementale de RSE améliorée en 2014 est réorientée en 2021¹⁵⁷. Même si cette réorientation maintienne l'approche équilibrée du Canada en la matière¹⁵⁸, la nouvelle version dénommée « *conduite responsable des entreprises à l'étranger, stratégie du Canada pour l'avenir* » apporte plusieurs changements aux stratégies précédentes.

¹⁵⁶ Canada, Gouvernement du Canada, Le Modèle d'affaires canadien : Stratégie améliorée du Canada relative à la responsabilité sociale des entreprises , visant à renforcer les industries extractives du Canada à l'étranger, 14 novembre 2014, consultable en ligne sur <https://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/topics-domaines/other-autre/csr-strat-rse.aspx?lang=fra> date de la dernière visite : le 22 juin 2022.

¹⁵⁷ Canada, Gouvernement du Canada, Conduite responsable des entreprises. Stratégie du Canada pour l'avenir, 2021, consultable en ligne sur <https://www.international.gc.ca/trade-commerce/rbc-cre/strategy-2022-strategie.aspx?lang=fra> date de la dernière visite : le 22 juin 2022.

¹⁵⁸ Idem., spéc. p. 8.

Tout d'abord, ce titre appelle une observation. Orientée « *pour l'avenir* », cette stratégie n'étonne pas et ne peut qu'insister sur l'atténuation, l'anticipation, la prévention des risques et la préservation des intérêts des générations futures. Ce qui revient à dire qu'elle s'inscrit dans le débat actuel sur la vigilance raisonnable dont devraient faire preuve les entreprises canadiennes qui déploient leurs activités à l'étranger. Or, l'obligation de vigilance a le mérite d'instituer une responsabilité, investie d'une fonction d'anticipation, tournée vers les générations futures, en matière environnementale et sociétale¹⁵⁹. Elle vise, avant tout, non seulement, à réparer les dommages sociétaux et environnementaux, mais surtout, à prévenir les risques de ces dommages. C'est ainsi que, même si cette nouvelle stratégie gouvernementale de RSE n'est pas mordante¹⁶⁰, elle affirme ainsi qu'une de ses composantes est de mettre l'accent sur la diligence raisonnable et la responsabilisation¹⁶¹.

Des lors, cette nouvelle stratégie étend sa portée et ne concerne pas uniquement les sociétés d'extraction comme les versions précédentes. Elle vise l'ensemble des entreprises canadiennes, et ce, peu importe leur taille, leur secteur d'activité ou la portée de leurs activités. A ce propos, la « *conduite responsable des entreprises* ou CRE ¹⁶² », étant donc « *une priorité pour le Canada*¹⁶³ », celui-ci attend désormais des entreprises « *peu importe leur statut juridique, leur taille, leur propriété ou leur secteur d'activité, qu'elles contribuent au développement durable, tout en évitant les répercussions négatives de leurs opérations et en y remédiant, et qu'elles reconnaissent que les sociétés peuvent tirer parti de leur chaîne d'approvisionnement et de leurs relations commerciales pour promouvoir ces valeurs*¹⁶⁴ ».

¹⁵⁹ B. PARANCE, « Les entreprises face au principe de précaution », in *Développement durable et entreprise* (dir. L. FONBAUSTIER et V. MAGNIER), Dalloz, coll. Actes thèmes & comm., Paris, 2013, 169 p., pp. 59-71, spéc. pp. 60 et 68.

¹⁶⁰ Elle privilégie, comme ses prédécesseurs, les mécanismes non judiciaires.

¹⁶¹ Ibid., spéc. p. 11.

¹⁶² Définie par la nouvelle stratégie comme « *le processus d'intégration de la gestion des risques pour l'environnement, les personnes et la société aux activités principales d'une entreprise* ». Voir : *ibid.*, spéc. p. 18.

¹⁶³ Ibid., spéc. p. 2.

¹⁶⁴ Ibid., spéc. p. 4.

Toutefois, cette nouvelle stratégie gouvernementale de RSE conserve les tares des versions précédentes en privilégiant les mécanismes non judiciaires. Dans le contexte de la diligence raisonnable promue, il faut se contenter de recours à des mécanismes non judiciaires de règlement des différends comme le Point de Contact National et l'Ombudsman Canadien de la responsabilité des entreprises (OCRE). Le premier connaît des recours pour des questions, y compris celles liées à la divulgation, au travail, aux droits de la personne, à l'environnement et à la corruption, à l'étranger ou au Canada¹⁶⁵. Le second est saisi pour les violations des droits de la personne découlant spécifiquement des secteurs minier, pétrolier et gazier et de l'habillement, et ce, commis à l'étranger¹⁶⁶. Or, nous savons que les mécanismes non judiciaires ont leurs limites et sont, souvent, peu utilisés dans les faits¹⁶⁷.

En effet, l'OCRE a été introduit en janvier 2018 par le gouvernement fédéral canadien¹⁶⁸. Son mandat est défini dans un décret de 2019¹⁶⁹. Celui-ci crée également un organe consultatif sur la conduite responsable des entreprises, composé d'experts issus du monde des affaires et de la société civile pour conseiller l'OCRE sur ses procédures¹⁷⁰. Les objectifs et les fonctions de l'OCRE sont définis dans ses procédures opérationnelles¹⁷¹. Sur le sujet, il a pour mission

¹⁶⁵ Ibid

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Voir par exemple : Communiqué de Presse DH/238, le Comité relève des faiblesses dans la procédure de recours en cas de violation des droits de l'homme et dans l'application du droit à l'autodétermination au Canada, 26 mars 1999, consultable en ligne sur <https://www.un.org/press/fr/1999/19990326.dh238.html> date de la dernière visite : le 22 juin 2022.

¹⁶⁸ Affaires mondiales Canada, Le gouvernement du Canada fait preuve de leadership quant à la conduite responsable des entreprises à l'étranger, Communiqué de presse, 17 janvier 2018, consultable en ligne sur https://www.canada.ca/fr/affaires-mondiales/nouvelles/2018/01/le_gouvernement_ducanadafaitpreuvedeleadershipquantalaconduite.html date de la dernière visite le 27 juin 2022.

¹⁶⁹ Décret CP 2019-1323 du 06 septembre 2019 remplaçant l'annexe du décret CP 2019-299 du 8 avril 2019.

¹⁷⁰ Idem., voir point 9 (1).

¹⁷¹ Sheri MEYERHOFFER, Procédures opérationnelles du Mécanisme de responsabilisation des droits de la personne de l'ombudsman canadien de la responsabilité des entreprises (OCRE), consultable en ligne sur https://core-ombuds.canada.ca/core_ombuds-ocre_ombuds/operating_procedures-procedures_exploitation.aspx?lang=fra date de la dernière visite le 27 juin 2022.

de promouvoir le respect par les entreprises des principes directeurs de l'OCDE et des principes directeurs des Nations Unies afin de prévenir les droits de l'homme, ainsi que de traiter et de remédier à ces abus lorsqu'ils se produisent¹⁷². Il peut conseiller les entreprises canadiennes sur les meilleures pratiques en matière de droits de l'homme et faire des recommandations au gouvernement, telles que des mesures commerciales contre les entreprises canadiennes et l'examen du financement et des services fournis aux entreprises canadiennes¹⁷³. Parmi ces meilleures pratiques, les diligences raisonnables ou devoir de vigilance occupent une place considérable, comme le relève à juste titre la nouvelle stratégie gouvernementale de RSE en ces termes : l'OCRE peut « (...) *faire des recommandations pour l'examen de la CRE et des politiques de diligence raisonnable en ce qui concerne le financement et les services offerts aux entreprises canadiennes par le gouvernement du Canada*¹⁷⁴ ». En outre, il examine les allégations de violations des droits de l'homme, qu'elles lui soient soumises par des plaignants ou de sa propre initiative¹⁷⁵. A cela, il offre des processus de résolution des conflits aux parties.

Même si l'OCRE et le PCN constituent les tares dans cette nouvelle stratégie gouvernementale de RSE, néanmoins, elle ouvre la porte à de possibles futures contraintes. Nous pouvons relever par exemple l'annonce faite par la stratégie en ces termes : « *en collaboration l'Office des normes générales du Canada avec d'autres partenaires, et en complément de l'engagement du Canada à adopter une loi pour éliminer le travail forcé des chaînes d'approvisionnement canadiennes, le gouvernement du Canada élaborera une norme de diligence raisonnable en matière de CRE*¹⁷⁶ ». Et la stratégie de rajouter que « *la stratégie – et le plan d'action des activités et des outils clés qui produiront des résultats – complète la législation actuelle et future en matière de CRE dans de nouveaux domaines comme la diligence raisonnable dans les chaînes*

¹⁷² Idem, voir point 1.1.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Ibid., point 1.1 paragraphe 5.

¹⁷⁵ Ibid, voir point 3.3.

¹⁷⁶ Ibid., spéc. p. 12.

*d'approvisionnement*¹⁷⁷ ». Même si nous remarquons cette volonté timide du gouvernement canadien d'adopter l'approche contraignante, il importe de relever cette question qui demeure confrontée à celle de la léthargie du processus législatif en la matière.

B. La léthargie du processus législatif eu égard aux effets négatifs des activités des entreprises à l'étranger dans le domaine minier

Il convient de signaler que le Canada est un État fédéral¹⁷⁸. Cette forme du système politique a une incidence sur l'édiction des normes formelles au Canada. A cet effet, un auteur note que « *ce qui fait qu'un État est vraiment fédératif, c'est le partage des compétences législatives entre les deux ordres de gouvernement*¹⁷⁹ ». Au Canada, conformément à la loi constitutionnelle de 1867¹⁸⁰, la division des champs de compétence législative est prévue aux articles 91 et 92. Ces derniers prévoient les champs de compétence qui sont dévolus au Parlement fédéral et aux législatures des provinces¹⁸¹. Il importe de comprendre que l'exercice des pouvoirs liés à un champ de compétence est exclusif à un seul

¹⁷⁷ Ibid., spéc. p. 9.

¹⁷⁸ G. REMILLARD, « Le fédéralisme canadien. La loi constitutionnelle de 1867 », Tome I, éd. Québec-Amérique, Montréal – Québec, 1983, 734 p.

¹⁷⁹ Idem., spéc. p. 164.

¹⁸⁰ Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Victoria, ch. 3 (R-U), reproduite dans : N. DUPLE, « Droit constitutionnel : principes fondamentaux », 7^e éd., Wilson & Lafleur, Montréal, 2018, 862 p., spéc. annexes pp. 751-799.

¹⁸¹ Il est intéressant de relever leurs compétences respectives ayant trait à la question de développement durable ou de RSE. Pour le Parlement fédéral, il y a, par exemple, la navigation (art 91, n°9, 10, 11) ; les pêcheries (art 91, n°12.) ; les peuples autochtones et les terres qui leur sont réservées (art. 91, n°24) ; le droit criminel (art 91, n°27) ; le transport et commerce international et interprovincial (art 91, n°2, 13 ; art. 92, n°10 a)). Au-delà de ces matières, le gouvernement fédéral jouit d'un « pouvoir de dépenser » qui lui permet de financer des programmes gouvernementaux excédant ses champs de compétence (N. DUPLE, « Droit constitutionnel : principes fondamentaux », op. cit., spéc., pp. 365-369). Concernant le champ de compétence des législatures provinciales, on peut relever, par exemple, la propriété et le droit civil (art 92, n°13) ; les institutions municipales (art 92, n°8) ; les entreprises et ouvrages locaux (art 92, n°6, 7) ; l'éducation (art 93) ; la gestion des ressources forestières, de l'énergie électrique et des ressources naturelles non renouvelables (art 92 A.).

palier législatif¹⁸². Aussi, il ressort de cette liste des champs de compétence le caractère exhaustif¹⁸³.

Par ailleurs, le développement durable comprend trois piliers : la prise en compte du social, de l'économie et de l'environnement. Or, l'environnement, l'un de trois, ne fait pas partie de la liste des champs de compétence. On aurait pu, en se basant au critère d'exhaustivité, penser que la compétence reviendrait au Parlement fédéral. Mais la Cour Suprême du Canada, en 1988, a conclu qu'il s'agit d'un champ de compétence partagé entre les législatures provinciales et le Parlement fédéral¹⁸⁴.

En effet, il n'existe pas, à l'heure actuelle, un dispositif législatif en vigueur, au Canada, qui contraint ses entreprises extractives à surveiller leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs dans l'objectif de prévenir, d'anticiper, de limiter ou d'atténuer les effets négatifs de leurs activités sur l'environnement et les droits humains¹⁸⁵. L'obligation légale de vigilance, comme celle adoptée en France depuis 2017, constitue la réponse la plus ambitieuse à ce jour aux lacunes en matière d'obligation des multinationales à respecter les droits humains et l'environnement.

Rappelons qu'en droit international public, les entreprises ne sont pas considérées comme des sujets de droit. Seuls les États sont considérés comme

¹⁸² Ce qui signifie que « *l'incurie d'un législateur ne permet pas au législateur de l'autre ordre de gouvernement de légiférer à sa place* », sur l'exclusivité des compétences, voir : N. DUPLE, « Droit constitutionnel : principes fondamentaux », op. cit., spéc., p 430.

¹⁸³ L'exhaustivité des matières fait référence au « pouvoir résiduaire » du Parlement fédéral. Ce dernier, en cas d'apparition d'un nouveau champ de compétence qui n'aurait pas été prévu lors de la rédaction de la constitution, hérite donc du pouvoir de légiférer en la matière. Sur le pouvoir résiduaire, voir : Idem, spéc., p. 450.

¹⁸⁴ *R c. Crown Zellerbach Canada Ltd, (1988) 1 RCS 401* : « *Le contrôle de l'environnement ne peut légitimement être incorporé dans la compétence en matière de paix, d'ordre et de bon gouvernement, en vertu de la théorie des dimensions nationales. Toutes les activités physiques ont un effet quelconque sur l'environnement. Les réactions législatives possibles à ces activités visent un nombre important de pouvoirs législatifs énumérés, fédéraux et provinciaux. Attribuer le sujet général du contrôle de l'environnement au gouvernement fédéral en vertu de sa compétence générale aurait pour effet de dépouiller de son contenu la compétence législative provinciale et reviendrait à sacrifier les principes du fédéralisme enchâssés dans la constitution* ».

¹⁸⁵ I. TCHOTOURIAN, V. DESHAYE et R-M. DROUIN, « Entreprises et responsabilité sociale : évolution ou révolution du droit canadien des affaires », Les cahiers de droit, (2016) 57 C, pp. 635-683, spéc., n°26.

« sujet originaire¹⁸⁶ » et les organisations internationales, « sujet dérivé¹⁸⁷ ». Il incombe alors aux États de veiller au respect des droits de l'homme par leurs sujets au nombre desquels il y a notamment les entreprises¹⁸⁸. Or, celles-ci peuvent non seulement se trouver sur leur propre territoire mais aussi externaliser ou internationaliser leurs activités. Dès lors, les États doivent s'assurer, dans cette opération d'externalisation ou internationalisation, que les entreprises relevant de leur juridiction respectent les normes minimales internationales auxquelles ils ont souscrit.

Cette philosophie est bien présente dans les normes de soft law dont les principes directeurs de l'ONU. Ces derniers préconisent aux États d'adopter un « *assortiment judicieux de mesures – nationales et internationales, contraignantes et volontaires – pour favoriser le respect des droits de l'homme par des entreprises*¹⁸⁹ ». Il résulte de ce texte la nécessité d'étendre la protection sur le plan extraterritorial qui, d'ailleurs, se justifie davantage lorsqu'un État est partie prenante ou apporte un soutien à ses entreprises¹⁹⁰. Cependant, il est admis que le gouvernement canadien octroi un soutien sans précédent aux entreprises du secteur extractif¹⁹¹. En conséquence, en réponse efficace à ces recommandations relevant du soft law, la France est considérée comme un

¹⁸⁶ D. ALLAND, « Manuel de droit international public », 3 éd., PUF, Paris, 2016, 304 p., spéc. pp. 37-87, n°21-59.

¹⁸⁷ Idem.

¹⁸⁸ Ibid., spéc., p. 96, n°67, et p. 99, n°70.

¹⁸⁹ Principes directeurs de l'ONU relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme, éd. 2011, 47 p., spéc. I, B. n°3 comm., p. 5.

¹⁹⁰ Idem., spéc., I. B. n°4, p.7

¹⁹¹ Les pratiques par lesquelles le gouvernement canadien octroie un soutien aux entreprises du secteur extractif peuvent être : « *le financement d'Exportation et développement Canada ; la fourniture d'assurance à titre de membre de l'agence multilatérale de garantie en investissements ; le soutien politique et financier des ambassades ; l'intervention diplomatique dans les poursuites contre les entreprises canadiennes ; l'appui et l'assistance par l'entreprise des projets de développement de l'Agence canadienne de développement international ; l'arbitrage commercial international* ». Sur le sujet, voir : M. COURNIER, « Sociétés minières canadiennes et violations des droits de l'homme à l'étranger : le Canada respecte-t-il les prescriptions internationales en la matière ? », Mémoire, Université de Montréal, Faculté de droit, 2013, 187 p., spéc. p. 49.

modèle et précurseur d'avoir édicté une obligation légale de vigilance inspirant aujourd'hui l'UE¹⁹², certains pays européens¹⁹³, et l'ONU¹⁹⁴.

Le Canada a adopté et ratifié beaucoup des conventions et normes internationales en matière notamment des droits de la personne. Cependant, par rapport aux autres États occidentaux qui se sont alignés aux réalités contemporaines en édictant une obligation légale de vigilance, il existe une certaine léthargie dans l'évolution de son processus législatif. Selon le champ de compétence législative, il revient au Parlement fédéral de légiférer sur le commerce international et interprovincial. Dès lors, il paraît plausible pour le Parlement fédéral d'édicter une norme formelle rendant les sociétés canadiennes participant au commerce international responsables des effets négatifs de leurs activités à l'étranger.

Cette léthargie du processus législatif en la matière est due à de nombreuses contraintes de nature politique. Nous pouvons relever, à ce titre, quelques propositions des lois avortées ou restées lettres mortes. Il sied de citer

¹⁹² La Commission de l'UE a présenté une proposition de directive sur le devoir de vigilance. Cette législation en préparation, qui se rapproche de la loi française, tient les entreprises européennes et extra-européennes responsables des effets négatifs sur les droits de l'homme ainsi que l'environnement qu'elles ont causés ou auxquels elles ont contribué. Voir : Proposition 2022/0051 (COD) de directive du parlement européen et du conseil sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 consultable en ligne sur https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:bc4dcea4-9584-11ec-b4e4-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF date de la dernière visite : le 26 mai 2022.

¹⁹³ Nous pouvons citer : l'Allemagne, la Norvège, la Suisse, le Pays-Bas.

¹⁹⁴ Depuis 2014, à la suite de la victoire controversée du groupe Chevron-Texaco face à l'Équateur aux États-Unis, et ce, malgré les graves violations des droits de l'homme de sa filiale Texaco Petroleum, le Conseil des droits de l'homme de l'ONU a adopté la résolution 26 /9 le 25 juin 2014, sur l'initiative de l'Équateur, créant un groupe de travail mandaté pour élaborer un instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme. Lors de sa troisième session en 2018, une première ébauche d'un traité international destiné à encadrer l'action des multinationales en matière de droits humains a vu le jour. (Pour accéder à la version zéro du traité : <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf> date de la dernière visite : le 26 mai 2022). Ce traité reprend en grande partie la loi française sur le devoir de vigilance. On y retrouve par exemple l'obligation de mettre en place des procédures de préventions et de suivi de leurs opérations dans le but d'éviter les violations de droits humains.

le fameux projet de loi PL. C-300¹⁹⁵. Ce dernier proposait des mesures ayant des incidences extraterritoriales en cas de violation des droits de l'homme par des sociétés d'extraction canadiennes à l'étranger. Il avait pour objectif d'assurer que les sociétés qui exercent des activités minières pétrolières ou gazières et qui bénéficient d'un appui du gouvernement du Canada agissent conformément aux pratiques exemplaires internationales en matière d'environnement et respectent les engagements du Canada à l'égard des normes internationales en matière de droits de la personne. Délaissant l'approche judiciaire, il misait plutôt sur un processus d'analyse et de traitement de plaintes relevant du ministère des affaires étrangères et du ministère du commerce international. Soumis un mois avant la publication de la stratégie gouvernementale de RSE dénommée « Renforcer l'avantage canadien », et adopté de justesse en deuxième lecture¹⁹⁶, il est rejeté en troisième lecture dans un vote serré¹⁹⁷.

Dès par son rejet, il en est résulté d'autres propositions dont le plus remarquable est le projet de loi PL. C-354¹⁹⁸. Ce dernier visait à donner compétence à la Cour fédérale pour entendre des recours en responsabilité civile de la part de ressortissants étrangers pour des préjudices causés par des entreprises canadiennes opérant à l'étranger et ayant porté atteinte aux droits de la personne tels que reconnus par le droit international ou des traités internationaux dont le Canada est signataire. Étant restée lettre morte, il va être repris un an plus tard et porté le nouveau numéro C-323¹⁹⁹. Malheureusement, il n'a pas atteint la deuxième lecture.

¹⁹⁵ Loi sur la responsabilisation des sociétés à l'égard de leurs activités minières, pétrolières, ou gazières dans les pays en développement, PL. C-300, 40^{ème} législature, 3^{ème} session, 3 mars 2010 au 26 mars 2011.

¹⁹⁶ Il y a eu 137 voix pour et 133 voix contre le PL.

¹⁹⁷ La Chambre des communes a rejeté, en troisième lecture, le PL à la marge étroite de 134 voix pour et 140 voix contre. Le sort du PL fut scellé le 27 octobre 2010.

¹⁹⁸ Loi modifiant la loi sur les Cours fédérales (promotion et protection des droits de la personne à l'échelle internationale), PL. C-354, 40^{ème} législature, 2^{ème} session, 2009.

¹⁹⁹ Loi modifiant la loi sur les Cours fédérales (promotion et protection des droits de la personne à l'échelle internationale), PL. C-323, 1^{ère} session, 41^{ème} législature, 2 juin 2011 au 13 sept. 2013.

Nous ne pouvons que regretter le non-aboutissement de ces tentatives, et ce, malgré un large soutien de l'opinion publique²⁰⁰. Le Canada, avec ses projets de loi avortés, était sur la bonne voie et a manqué d'éclairer le monde en devenant le chef de file.

Néanmoins, nous saluons l'initiative actuelle du Parlement fédéral particulièrement les deux projets de loi : PL. S-211²⁰¹ (loi sur la lutte contre le travail forcé et le travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement) adopté le 28 avril 2022 au Sénat en troisième lecture et renvoyé à la Chambre des communes; et PL. C-262²⁰² (loi concernant la responsabilité des entreprises de protéger les droits de la personne) en première lecture à la Chambre des communes.

Concernant le PL. S-211, il s'agit d'une version modifiée et améliorée des projets de loi déposés par la sénatrice Miville-Dechéne en 2020 et du projet de loi C-423²⁰³ déposé par le député John McKay en 2015. Il a pour objet²⁰⁴ de proposer une approche de transparence. Celle-ci obligerait dorénavant toutes les entreprises canadiennes y compris les entreprises extractives à faire rapport annuellement sur le risque de travail forcé et de travail des enfants dans leurs chaînes d'approvisionnement. Également, ce qui est intéressant, elles devraient faire rapport des politiques et processus de diligence raisonnable qu'elles ont mis en place pour détecter et limiter ces abus²⁰⁵. Les rapports seraient accessibles

²⁰⁰ Sur le sujet, voir : communiqué de presse « Le projet de loi C-300 : une défaite serrée malgré un large soutien à la responsabilité sociale des entreprises minières et aux droits humains », Le Réseau canadien sur la reddition de comptes des entreprises (RCRCE), Ottawa, 28 octobre 2010, consultable en ligne sur <https://halifaxinitiative.org/node/3284> date de la dernière visite : le 04 juin 2022.

²⁰¹ Loi édictant la loi sur la lutte contre le travail forcé et le travail des enfants dans les chaînes d'approvisionnement et modifiant le tarif des douanes, PL. S-211, 44^{ème} législature, 1^{ère} session, 22 novembre 2021 à aujourd'hui (date de la dernière visite : 04 juin 2022).

²⁰² Loi concernant la responsabilité des entreprises de prévenir les incidences négatives sur les droits de la personne qui sont liées à leurs activités commerciales à l'étranger, d'en tenir compte et d'y remédier, PL. C-262, 44^{ème} législature, 1^{ère} session, 22 novembre 2021 à aujourd'hui (date de la dernière visite : le 04 juin 2022).

²⁰³ Loi concernant la lutte contre certaines formes modernes d'esclavage par l'imposition de certaines mesures et modifiant le tarif des douanes, PL. C-423, 42^{ème} législature, 1^{ère} session, 2015-2016-2017-2018.

²⁰⁴ PL. S-211, art. 3.

²⁰⁵ Idem., art. 5 à 13.

au public et les entreprises qui font défaut seraient passibles d'amendes pouvant aller jusqu'à 250 000 CAD²⁰⁶. De même, il modifie le tarif des douanes pour permettre de bannir l'importation au Canada de marchandises produites par le travail des enfants²⁰⁷. Ce projet de loi, même s'il ne concerne pas l'environnement mais en ce qui concerne la prise en compte des facteurs sociétaux, il constitue un progrès dont l'impact sur le secteur extractif dans les pays en développement dont l'Afrique serait notable. En RDC, par exemple, il est avéré, selon le rapport de l'ONG Amnesty international²⁰⁸ que les enfants sont impliqués dans l'exploitation des minerais. Or, les sociétés canadiennes étant présentes, avec ce projet de loi, une fois en vigueur, elles seront contraintes d'appliquer les diligences raisonnables en la matière afin d'éviter le travail des enfants.

Par ailleurs, le projet de loi PL. C-262 vise à « *prévenir les incidences négatives sur les droits de la personne qui sont liées aux activités commerciales à l'étranger, d'en tenir compte et d'y remédier* ». Non seulement, elle permettrait de mettre en place le devoir de vigilance en vue de prévenir et anticiper les effets négatifs de leurs activités sur les droits humains, mais aussi il nous semble qu'elle a une application matérielle large. Ce qui revient à dire qu'elle reconnaît aussi les risques environnementaux car l'environnement fait partie des droits de la personne²⁰⁹. Ce projet prévoit une obligation de prévenir toute incidence négative sur les droits de la personne découlant d'une entité ou de l'entité de son groupe ou de ses relations d'affaires²¹⁰. Tout comme le devoir de vigilance, en France, se matérialise par un plan de vigilance²¹¹ et la possibilité d'engager la

²⁰⁶ Ibid., art. 19 à 21.

²⁰⁷ Ibid., art. 26.

²⁰⁸ Rapport, « Voilà pourquoi on meurt. Les atteintes aux droits humains en République démocratique du Congo alimentent le commerce mondial du cobalt », Amnesty international, 2016, consultable en ligne sur <https://www.amnesty.org/fr/documents/afr62/3183/2016/fr/> date de la dernière visite : le 04 juin 2022.

²⁰⁹ Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 46.1 : « Toute personne a droit, dans la mesure et suivant les normes prévues par la loi, de vivre dans un environnement sain et respectueux de la biodiversité ».

²¹⁰ PL. C-262, art. 6, (1) et (2).

²¹¹ Conformément à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, les 5 mesures obligatoires du plan de vigilance, en France, sont : 1) une cartographie des risques destinée à leur

responsabilité civile²¹², au Canada, le projet de loi prévoit que l'entité devrait mettre en place les processus de diligence raisonnable²¹³ lui permettant « de recenser et d'évaluer les incidences négatives réelles et potentielles », « de cesser toute activité qui a donné lieu aux incidences négatives », « de prendre des mesures correctives », « d'atténuer les risques », et « d'établir le mécanisme d'alerte interne ». Ce qui impliquerait à l'entité de « surveiller et documenter la mise en œuvre et l'efficacité de ces procédures de diligence raisonnable ». En outre, ce projet affirme « la responsabilité juridique des entités commerciales et l'accès des personnes touchées à une réparation intégrante de l'obligation de protection contre les violations des droits de la personne liées aux activités commerciales qui incombent à l'État²¹⁴ ». A ce titre, les victimes ont le droit d'intenter une action pour avoir subi des pertes ou dommages à la suite du défaut d'une entité de se conformer à ses obligations.

identification, leur analyse, leur hiérarchisation ; 2) des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou des fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, au regard de la cartographie des risques ; 3) des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves ; 4) un mécanisme d'alerte et de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques, établi en concertation avec les organisations syndicales représentatives dans ladite société ; 5) un dispositif de suivi des mesures mise en œuvre et d'évaluation de leur efficacité.

²¹² Le devoir de vigilance en France présente deux facettes « préventives-coercitives ». Elles ne peuvent être complètement dissociés car ils sont éminemment complémentaires. Nous pouvons envisager qu'une société, après avoir été enjointe à mettre en œuvre des mesures de vigilance adaptées afin de prévenir la réalisation de certains risques, se voie ensuite condamnée à réparer le dommage causé par l'absence de mise en œuvre de telles mesures. Ou encore, qu'une entreprise n'ayant publié aucun plan de vigilance se voie, dans la même instance, condamnée à réparer le dommage causé par ses manquements, et enjoindre à mettre en œuvre certaines mesures de prévention pour l'avenir. Voir : S. BRABANT, L. CHATELAIN, O. CLAUDE et Cie, « Loi sur le devoir de vigilance des sociétés mères et entreprises donneuses d'ordre : premières mises en demeure et actions en justice », Cahiers de droit de l'entreprise n°2, mars 2020, entretien 2.

²¹³ PL. C-262, art. 7.

²¹⁴ Idem., préambule, n°5.

La mission du médiateur OHADA

Cédric Carol TSAFACK DJOUMESSI²¹⁵ - Docteur Ph.D en droit privé - Assistant à la
Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université de Dschang (Cameroun)

²¹⁵ tsafackcedric@yahoo.fr

Résumé

L'extraordinaire diversité des modes amiables de règlement des litiges n'est pas anodine. Elle a tout son sens et sa pertinence car elle témoigne de la singularité de l'esprit qui les anime. L'introduction de la médiation dans le droit OHADA donne de nouvelles perspectives à l'offre de justice dans l'espace concerné. L'office du médiateur s'écarte celui du tribunal arbitral en raison du fait qu'il participe à une résolution non juridictionnelle du différend. Mieux encore, le médiateur à la différence du tribunal arbitral n'est pas un juge. À la différence du conciliateur, la mission du médiateur est une tâche ardue. Il ne se limite pas à solliciter des litigants des concessions et/ou compromis mais, il crée une dynamique dans laquelle des accords justes peuvent se conclure. Toutefois, on note une certaine convergence de ces acteurs au niveau du régime de la mission.

Le développement des modes alternatifs de règlement des conflits²¹⁶ correspond à l'émergence d'un nouveau modèle de régulation sociale plus décentralisé et plus déjudiciarisé. Ces modes supposés « *alternatifs* »²¹⁷ et non substitutifs²¹⁸ visent non seulement à désengorger la justice étatique ; corriger ses déficiences et ses carences à la fois institutionnelles²¹⁹ et fonctionnelles²²⁰ mais aussi et surtout à remédier à l'aversion vis-à-vis de cette justice²²¹. En effet, la soif de justice ne peut pas être étanchée par le seul recours au juge étatique²²². Par ailleurs, en dépit des nombreuses qualités attachées à l'office du juge étatique, la volonté d'éviter le procès est partagée par de nombreuses cultures et sociétés humaines. Elles privilégient la balance de la négociation au glaive de la justice. La faveur dont jouit l'arrangement amiable se manifeste par la pratique traditionnelle de la palabre en de nombreux endroits d'Afrique noire et de la

²¹⁶ On pourra aussi parler des modes alternatifs de règlement des conflits (MARC), des litiges (MARL) ou des différends (MARD).

²¹⁷ La doctrine est partagée sur le contenu des MARC, ceux qui en excluent l'arbitrage se fondent sur le caractère contraignant de la sentence arbitrale contrairement à l'accord de médiation et à l'accord de conciliation, proposé aux parties.

²¹⁸ Ils ne peuvent à eux seuls répondre à tous les problèmes. Car dans certains cas, l'éviction du procès public et la contractualisation du litige sont impossibles, quel que soit le mode alternatif envisagé. Lire MAGENDIE (J-C), « La médiation dans les juridictions françaises », in *La médiation*, D. 2009, p. 73.

²¹⁹ Sur ce plan, on déplore son éloignement vis-à-vis du justiciable, la multiplicité des juridictions (administrative/judiciaire/constitutionnelle ou des comptes) qui pourrait égarer le justiciable, l'insuffisance des ressources humaines, matérielles et financières qui conduisent à la démultiplication des délais de procédure.

²²⁰ Sur cet autre plan, on regrette la lenteur des procès, la complexité de la procédure, le formalisme très poussé, la partialité, l'attentisme, le manque d'initiative, le manque d'intégrité des juges et la dépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis de l'exécutif.

²²¹ Les justiciables de l'espace OHADA ont toujours exprimé une certaine méfiance vis-à-vis des tribunaux, soit parce qu'ils n'ont pas confiance au juge, soit en raison d'une méconnaissance véritable du droit.

²²² Le procès n'est pas le mode exclusif de résolution des conflits. Il n'en est même pas le mode normal. La plupart des conflits trouvent leur règlement en dehors des palais de justice, soit que les parties parviennent à trouver spontanément un arrangement entre elles, soit qu'un tiers les aide dans cette démarche. Lire LARRIEU (P.), « La singularité de la médiation parmi les modes alternatifs de résolution des conflits », *Revue juridique de l'Ouest*, 2012-1, pp. 7-20.

conciliation systématique sur le continent asiatique²²³. Un brocard dit à cet effet « *mieux vaut un mauvais arrangement qu'un bon procès* ».

Il serait vain de tenter de retracer une histoire complète de ces méthodes ainsi que leur ordre de consécration. Elles ont toujours existé. En effet, toute vie en société entraîne inévitablement des contestations. L'existence des contestations emporte corrélativement la pratique des modes de règlement desdits différends. Le périmètre des modes alternatifs à la justice étatique est plus ou moins largement défini. On peut relever notamment la conciliation, la médiation, la transaction, le mini-trial et l'arbitrage²²⁴. De tous ces modes, seul l'arbitrage a pendant longtemps retenu l'attention du législateur de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA). Il semblait être non seulement le mode de règlement le plus pratiqué, le plus formel, mais aussi et surtout, le mode qui bénéficiait de la réglementation la plus complète en droit OHADA²²⁵.

Le 23 novembre 2017, l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, s'est enrichie d'un nouvel acte uniforme : l'acte uniforme

²²³ TRICOIT (J-Ph.), *Droit de la médiation et des modes amiables de règlement des différends*, Gualino Lextenso, 2019, 1^{ère} éd. p. 23.

²²⁴ La transaction n'est pas à proprement parlé un MARC car tout comme le désistement, elle permet de mettre fin à l'action en justice. Par contre, la médiation et la conciliation sont dans une certaine mesure une alternative à la justice étatique. Emmanuel JEULAND, parle dans ce sillage de « remplaçants de l'action », *in, Droit processuel général*, Paris, Montchrestien Lextenso, 2^e éd. 2012, p. 323.

²²⁵ Contrairement aux autres modes alternatifs qui ne disposeraient d'aucune réglementation expresse, l'arbitrage bénéficiait d'une kyrielle de textes notamment : le titre IV du Traité OHADA, l'Acte uniforme OHADA relatif au droit de l'arbitrage, le Règlement d'arbitrage de la CCJA, la Décision n° 022/2013/CCJA/ADM/ARB du 14 Mars 2013 fixant les modalités d'octroi d'avance sur les honoraires de l'arbitre, la Décision n° 021/2013/CCJA/ADM/ARB du 14 Mars 2013 fixant le délai de dépôt des demandes d'inscription sur la liste des arbitres CCJA-OHADA ; la Décision n° 020/2013/CCJA/ADM/ARB du 14 Mars 2013 fixant les délais de règlement de la provision en matière d'arbitrage ; la Décision n° 01/2012/CM/OHADA instituant un fonds de promotion de l'arbitrage de l'OHADA ; la Décision n° 50/2001/CCJA/ADM/ARB du 10 Octobre 2011 portant fixation des frais personnels des arbitres et frais du tribunal arbitral ; le Règlement n° 25/2011/CM/OHADA portant attributions et critères de nomination du secrétaire général du Centre d'arbitrage de la CCJA ; la Décision n° 030-Bis/2004/CCJA/ADM/ARB du 16 Août 2004 fixant les modalités de répartition des honoraires des arbitres ; la Loi n° 2003/009 du 10 juillet 2003 portant désignation des juridictions compétentes visées à l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage et fixant leur mode de saisine ; le Règlement intérieur de la CCJA en matière d'arbitrage du 2 Juin 1999 ; Décision n° 004/99/CCJA du 3 Février 1999 sur les frais d'arbitrage.

OHADA relatif à la médiation²²⁶ (AUM). L'avènement de cet acte uniforme, fait que la médiation a tendance à s'institutionnaliser, (davantage que la conciliation), à l'image de l'arbitrage. Il s'agit d'un nouveau produit en droit OHADA mais pas récent dans l'espace concerné²²⁷. Cette réglementation explicite est justifiée d'une part, par sa nature et ses caractéristiques propres qui lui rende attractive par rapport à l'arbitrage²²⁸. La médiation brillerait par des avantages comparatifs notamment la célérité et la flexibilité de la procédure, la modicité des coûts et la pérennité des relations d'affaires. D'autre part, par sa pratique de plus en plus croissante dans l'espace OHADA²²⁹. Il fallait donc l'encadrer pour éviter une pratique dévoyée²³⁰. Autrement dit, il ne fallait pas que l'engouement soit source d'égarement. À la réalité, l'absence de codification uniforme ne favorisait pas la

²²⁶ Pour l'heure, il s'agit du dernier né des actes uniformes OHADA et précisément le dixième. Il est entré en vigueur conformément aux dispositions de l'article 18 de l'AUM, le 15 mars 2018.

²²⁷ Certaines législations nationales avaient réglementé les autres modes à l'instar du Sénégal qui dans son Décret n° 2014 -1653 du 24 décembre 2014, encadrait la médiation et la conciliation. De la Côte d'Ivoire dans sa Loi n° 2014-389 relative à la médiation judiciaire et conventionnelle et du Burkina Faso dans sa Loi n° 052-2012/AN portant médiation en matière civile et commerciale. Plusieurs institutions en encadraient jadis la pratique notamment les : Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de la chambre de commerce et d'industrie du Bénin (CAMEC-CCIB), Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de Ouagadougou au Burkina Faso (CAMC-O), Centre de médiation et d'arbitrage de Niamey au Niger (CMAN), Centre d'arbitrage, de médiation et de conciliation de Dakar au Sénégal (CAMC), Centre d'arbitrage de médiation et de conciliation de Dakar (CAMC-D), Centre national d'arbitrage, de conciliation et de médiation de la République Démocratique du Congo (CENACOM), Centre Permanent d'Arbitrage et de Médiation du Cameroun (CPAM), Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI). Voir également SAMB (M.), « A propos de la résurgence de la médiation comme mode alternatif de résolution des conflits sociaux en Afrique », *Penant*, n° 894, janv. -mars 2016, p.11 et s.

²²⁸ L'arbitrage OHADA tend également comme partout dans le monde à être victime de la crise née de son succès avec les problèmes liés désormais aux délais de plus en plus longs, aux coûts assez élevés, et même à la rigidité de l'arbitrage qui apparaît ici comme une véritable juridiction de l'ordre judiciaire, sans oublier l'impossibilité de poursuivre la relation d'affaires après une décision de type gagnant perdant. Alors que la médiation conventionnelle est très souple et reste très souvent étrangère au juge.

²²⁹ Le recours à la médiation s'est développé de façon spectaculaire ces dernières décennies. Selon les statistiques publiées par le CAMC-O, il en ressort que depuis sa création en 2007 jusqu'au mois de mai 2013, il a reçu près de 184 affaires dans le cadre d'une médiation. <http://revue.ersuma.org/no-4-septembre-2014/doctrine/article/médiation-et-Ohada>. Entre le 1^{er} janvier 2018 et le 30 Juin 2018, ledit centre a enrôlé 05 requête en Arbitrage et 26 demandes de médiation.

²³⁰ Seuls trois États membres de l'OHADA avaient légiféré sur la question à la date du 23 novembre 2017. Lire en ce sens AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J-M.), *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, LGDJ Lextenso, 2018, p. 7.

vulgarisation de la médiation dans la mesure où, pour y recourir, il fallait obligatoirement se rattacher à un centre de médiation disposant d'un règlement qui servirait de feuille de route pour la conduite de la procédure. Les parties ne disposaient pas de la possibilité de conduire leur médiation de manière *ad hoc* c'est-à-dire en dehors de tout centre de médiation. De plus, la procédure prévue par les règlements des centres n'était pas forcément à la convenance des parties²³¹. Dès lors, il était urgent de consacrer un droit procédural uniforme de la médiation applicable aux 17 États parties de l'OHADA.

On l'a parfois apparenté à des modes de régulation existant de longue date dans les sociétés traditionnelles, qui pourtant en diffèrent par des aspects essentiels²³². Les modes traditionnels étaient comme distillés naturellement par le groupe et revenaient naturellement aux chefs sociaux ou notables, à la différence de la médiation contemporaine qui se signale par son caractère délibéré et hors pouvoir²³³. Elle présente d'ailleurs un avantage comparatif par rapport aux autres modes alternatifs²³⁴. Justice consensuelle, panacée de la déjudiciarisation et de la déjuridicisation, tels sont les caractères qui font l'attractivité de l'institution. Un auteur a pu dire que c'est le mode amiable par excellence de résolution des litiges²³⁵. La prégnance des incertitudes conceptuelles et de régime a justifié le choix du sujet.

L'acteur central et incontournable de la médiation OHADA serait le médiateur²³⁶.

²³¹ L'avènement de cet acte uniforme va certainement contribuer à renforcer la crédibilité de ces centres et à favoriser un plus grand recours à la procédure de médiation.

²³² Lire en ce sens, BEN MRAD (F.), « Médiation et régulations négociées », in *Penser la médiation*, L'Harmattan, 2008.

²³³ V. BIDIMA (J.-G.), *La palabre*, Michalon, 1997.

²³⁴ Un auteur manifestait déjà son inquiétude et en appelait à la réforme du droit de l'arbitrage OHADA lorsqu'il disait : « *il est à craindre que la médiation notamment commerciale, ne vienne faire perdre à la justice arbitrale sa place de mode privilégié de règlement des différends. Aussi, pour aller de l'avant, l'arbitrage ne saurait plus se cloisonner dans les moules d'avant* ». Lire TSAFACK DJOUMESSI (C. C.), *La justice arbitrale dans l'espace OHADA*, thèse de Doctorat, Université de Dschang, janvier 2019, p. 366.

²³⁵ JARROSSON (Ch.), in Préface de l'ouvrage TRICOIT (J-Ph.), *Droit de la médiation et des modes amiables de règlement des différends*, Gualino Lextenso, 2019, 1^{ère} éd. 254 p.

²³⁶ Les litigants ont un pouvoir certain dans la mise en œuvre, le déroulement et surtout le dénouement de ladite procédure.

L'article 1^{er} (b) de l'AUM définit sommairement le médiateur comme « *tout tiers sollicité pour mener une médiation quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État partie concerné* ». Les parties ont pour ainsi dire une entière liberté dans le choix du médiateur ; aucune exclusion liée à la profession n'a été prévue. Les professionnels les plus divers peuvent se voir érigés au rang de médiateurs²³⁷. Ce faisant, le législateur, consacre une indifférence quant à la dénomination et la profession du médiateur, il faut simplement que ce dernier exerce une activité de médiation²³⁸. La médiation elle-même vient du latin *médiatio* qui signifie « entremise » ou encore « être au milieu ». Elle peut se définir comme « *un processus consensuel de construction ou de réparation du lien social et de gestion des conflits dans lequel un tiers impartial, indépendant et sans pouvoir décisionnel tente à travers l'organisation d'échanges entre les personnes ou les institutions de les aider, soit à améliorer ou établir une relation, soit à régler un conflit* ». Plus flexible, l'acte uniforme l'appréhende comme « *tout processus, quelle que soit son appellation, dans lequel les parties demandent à un tiers de les aider à parvenir à un règlement amiable d'un litige, d'un rapport conflictuel ou d'un désaccord (ci-après le « différend ») découlant d'un rapport juridique, contractuel ou autre lié à un tel rapport, impliquant des personnes physiques ou morales, y compris des entités publiques ou des États* »²³⁹. Cette définition ne s'éloigne pas de celle donnée par la Directive européenne du 21 mai 2008²⁴⁰. Jusque-là, le concept de médiateur et partant sa mission ne sont pas toujours bien explicités. L'expression « aider (les parties) à parvenir à un règlement amiable », paraît vague et imprécise. Ce

²³⁷ Il peut s'agir des travailleurs sociaux, des psychologues, des membres des professions judiciaires (avocats, notaires, huissiers, etc), encore que des connaissances juridiques ne leur sont pas exigées. Les parties pouvant être assisté par des avocats, véritables garant du respect des principes fondamentaux.

²³⁸ Il s'agit d'un tiers indépendant, neutre, impartial et *formé à la médiation*, qui aide les parties à trouver et négocier une issue à leur différend, par l'adoption d'une solution consensuelle satisfaisante pour chacune d'elles, formalisée dans un protocole d'accord.

²³⁹ Article 1^{er} (a) de l'AUM.

²⁴⁰ L'art. 3 (a) de cette directive appréhende la médiation comme « *un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un médiateur* ».

qui pourrait conduire à une malheureuse confusion. Une meilleure appréhension commande que l'on puisse faire un rapprochement avec d'autres acteurs des modes alternatifs de résolution des différends que sont le conciliateur²⁴¹ et l'arbitre. En ce sens, le *Vocabulaire Juridique* commis sous la direction de Gérard CORNU appréhende le médiateur comme celui auquel les parties à un conflit demandent de proposer la solution de leur différend (à la différence du conciliateur seulement chargé d'œuvrer au rapprochement des personnes en conflit) sans cependant être investi du pouvoir (juridictionnel) de l'imposer à la différence de l'arbitre (lequel est « juge »)²⁴². En d'autres termes, le médiateur se distinguerait du conciliateur par son rôle actif, qui s'exprime par la recherche des éléments d'une entente qu'il propose aux parties, sans d'ailleurs pouvoir la leur imposer à la différence de l'arbitre²⁴³.

Ainsi défini, une tentative de catégorisation permet de distinguer le médiateur public du médiateur privé²⁴⁴ ; le médiateur *ad hoc* du médiateur institutionnel²⁴⁵ ; le médiateur judiciaire du médiateur conventionnel²⁴⁶. Il s'ensuit

²⁴¹ Il faudrait le distinguer du conciliateur du droit des procédures collectives OHADA consacré en 2015, sur la question, lire BIASSALY (L.), « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA : distincte ou copie du droit français ? », www.villagejustice.com. Consulté le 27/09/2021.

²⁴² CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, association Henri CAPITANT, Quadrige PUF, 10e édition, Paris, 2014, p. 649.

²⁴³ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 32^e éd., 2014, p. 614.

²⁴⁴ Il est Public, lorsqu'il s'agit d'une personnalité investie, sur le plan national, sous le nom de médiateur de la République, de la charge d'instruire les réclamations des administrés au sujet du fonctionnement des administrations de l'Etat, des collectivités publiques territoriales, des établissements publics et de tout autre organisme investi d'une mission de service public. Il est une autorité administrative indépendante, il n'a pas de pouvoir de décision mais peut néanmoins faire des recommandations aux administrations. (V. CORNU (G.), *Vocabulaire juridique, ibid*) Il est institué au Sénégal par la Loi 91-14 du 11 février 1991. Il est privé, lorsqu'il est investi par une personne privée.

²⁴⁵ Il est institutionnel, lorsque les médiateurs sont désignés par les parties sur la liste des médiateurs tenue par l'institution les accueillant ou un centre prévu à cet effet et *ad hoc*, lorsque la désignation est laissée à l'entière liberté des parties.

²⁴⁶ Il est judiciaire, lorsqu'il est sollicité et/ou choisi par une juridiction étatique, un tribunal arbitral ou une entité publique compétente après l'accord des parties. Par contre, il est conventionnel, lorsqu'il est désigné par les parties en conflit (V. art. 1^{er} de l'AUM). Mieux encore, dans le premier cas, les parties donnent leur accord mais c'est le juge qui désigne le médiateur. Il ne s'agit pas d'un véritable mécanisme contractuel car les parties donnent leur consentement à la mesure de

que le médiateur du droit OHADA peut être judiciaire ou conventionnel, *ad hoc* ou institutionnel²⁴⁷. Toutefois, s'il peut être investi par une personne privée ou une personne publique, il ne pourra pas se voir reconnaître les missions et le régime du médiateur de droit public ou ombudsman. Par ailleurs, les médiateurs du droit civil, pénal, administratif ou communautaire seront exclus du cadre de ce travail car ils sont d'une manière ou d'une autre, imposés aux litigants. En conséquence, il s'agira spécifiquement du médiateur du droit des affaires. Mieux encore, du médiateur du droit des activités économiques²⁴⁸. Dans ce contexte, et pour éviter toute confusion, il convient de s'interroger sur la spécificité de la mission du médiateur OHADA. Au-delà des médiateurs invoqués plus haut, on se trouve au cœur d'une lecture comparée entre le médiateur OHADA et les autres acteurs des modes alternatifs de résolution des conflits que sont le conciliateur et l'arbitre²⁴⁹. Il en découle que le médiateur est investi des missions bien définies qui ne doivent en aucun cas faire l'objet de confusion avec des fonctions voisines malgré leur similarité parfois étroite.

Ce constat pousse à examiner d'une part, la singularité de la mission du médiateur OHADA (I) et d'autre part, la convergence du régime de la mission (II).

I. La singularité de la mission du médiateur OHADA par rapport aux autres acteurs des modes alternatifs de règlement des différends

Le médiateur peut être défini comme une personne auquel les parties à un conflit demandent de proposer la solution de leur différend (à la différence du conciliateur seulement chargé d'œuvrer au rapprochement des personnes en conflit) sans cependant être investi du pouvoir (juridictionnel) de l'imposer à la différence de l'arbitre (lequel est « juge »). Il en découle que la mission du

médiation judiciaire mais ne contractent pas directement avec le médiateur. V. SEVERIN (E.), « Le médiateur civil et le service public de la justice », *RTD civ.* 2003, p. 229, cité par JEULAND (E.), *Droit processuel général, op. cit.* p. 334.

²⁴⁷ Art. 1 de l'AUM.

²⁴⁸ Non pas du médiateur judiciaire, trop vaste et encore moins du médiateur de droit social, trop limité.

²⁴⁹ Une étude pertinente du médiateur commande de les envisager ensemble.

médiateur est spécifique. Sa fonction est différente de celle des autres acteurs des modes alternatifs de résolution de différends. Dès lors, la détermination précise du rôle du médiateur permet d'éviter toute confusion ou ambiguïté avec celui du conciliateur et de l'arbitre. Il s'ensuit que la mission du médiateur se singularise par rapport à celle du conciliateur car, il concourt à une facilitation exceptionnelle de la résolution du litige **(A)** mais aussi et surtout de celle de l'arbitre car, il participe à la résolution non juridictionnelle du différend **(B)**.

A. La facilitation exceptionnelle de la résolution du litige à la différence du conciliateur

Le médiateur est un facilitateur au règlement amiable des différends. L'article premier de l'AUM dispose en ce sens qu'il aide les litigants à parvenir à un règlement amiable du litige. Cette expression « **aider** » et dans certains cas « **assister** », n'explicite pas clairement l'objet de l'aide ou de l'assistance. De ce fait, elles peuvent être des expressions fourre-tout. De manière générale, le concept « **aider** » signifie secourir, assister ou seconder. Appliqué à la médiation, il renvoie à prêter son concours, son appui à la solution du litige. Ainsi, le médiateur serait celui qui tout en favorisant le rapprochement et la communication entre les parties en conflit, pourra leur permettre de mieux comprendre le différend et par conséquent, changer leur perception et parvenir à une solution durable. Ainsi appréhendé, il semblerait très fastidieux de distinguer le médiateur du conciliateur.

En effet, toute entreprise de définition de la médiation suppose d'affronter la polémique doctrinale qui, de longue date, entoure les rapports entre ce mode de justice et la conciliation. Si cette controverse est alimentée par une multitude de contributions fort diverses, il semble possible de regrouper les positions en deux catégories que l'on peut nommer d'une part, les thèses assimilatrices - celles qui opèrent une confusion entre médiation et conciliation - **(1)** et d'autre part, les thèses dissociatrices celles qui voient une ou plusieurs différences **(s)** entre les deux notions **(2)**.

I. La confusion apparente entre la médiation et la conciliation

D'emblée, la conciliation est une notion générique, pouvant être définie comme une procédure de rapprochement des points de vue permettant aux parties de parvenir, avec ou sans l'aide d'un tiers, dans le cadre ou en dehors de toute instance judiciaire, à une solution amiable de leur différend²⁵⁰. Ainsi appréhendée, les termes conciliation et médiation sont très souvent employés de façon interchangeable dans la pratique. En effet, il existe une grande proximité entre ces deux mécanismes.

Les deux mécanismes sont présents dans presque tous les contentieux y compris dans les contentieux où l'intérêt général domine comme la procédure pénale. La faculté de conciliation et de médiation existe en matière commerciale, civile, sociale, administrative et à certains égards en matière pénale²⁵¹. Mieux encore, les deux mécanismes renferment la même nature en ce sens qu'elles peuvent soit être *ad hoc* ou institutionnelle soit conventionnelle ou judiciaire²⁵². La conciliation tout comme la médiation ordonnée par un tribunal peut apparaître comme un oxymore car il s'agit des procédures volontaires, confidentielles et non contraignantes. Il peut sembler incohérent pour un juge d'ordonner à des plaideurs de participer à un processus volontaire. Pourtant, plusieurs pays ont adopté une législation qui encourage ou oblige les parties à soumettre leurs affaires à de telles procédures²⁵³. Un auteur souligne d'ailleurs le lien de parenté qui les unies en qualifiant l'une de **cousine** de l'autre²⁵⁴. La Commission des Nations Unies sur le Droit du Commerce International considère même que les termes médiation et conciliation sont interchangeables²⁵⁵. Ceci est dû au fait que les deux modes poursuivent une *finalité identique à savoir la recherche d'une solution amiable ; mieux encore l'apaisement du conflit*. Dans la même veine, une

²⁵⁰ JOLY-HURARD (J.), *Conciliation et médiation judiciaires*, Préface GUINCHARD (S), PUAM, 2003, Cité par LARRIEU (P.), *op cit*, p. 11.

²⁵¹ Lire en ce sens, JEULAND (E.), *Droit processuel général*, *op. cit.* pp. 325-333.

²⁵² On peut aussi les classer en modes judiciaires et extrajudiciaires. La médiation judiciaire

²⁵³ Il en va ainsi de l'Australie, Hong Kong, Chine, Royaume-Uni, Indonésie, Italie, Colombie. In, Centre du Commerce International, *Règlement des litiges commerciaux, arbitrage et règlement alternatif des différends*, 2^e éd. Genève 2016, pp. 35-36.

²⁵⁴ Il dit à cet effet que « la notion de médiation ainsi que les rapports qu'elle entretient avec sa *cousine*, la conciliation. TRICOIT (J-Ph.), *Droit de la médiation et des modes amiables de règlement des différends*, *op. cit.*, p. 29.

²⁵⁵ Lire en ce sens l'art. 1^{er} du Règlement de la CNUDCI

doctrine va renchérir en affirmant que la médiation est une variation de la conciliation lors de laquelle une tentative de règlement des différends est opérée par un tiers, le médiateur, qui examine les requêtes des parties et recommande une ou plusieurs solutions possibles. Les propositions ou recommandations émises par ce dernier tout comme le conciliateur n'ont aucun effet contraignant. Les parties sont libres d'accepter ou de rejeter ces solutions.

Dans les deux procédures le principe du contradictoire n'est pas nécessairement et totalement respecté pour des raisons d'efficacité. Le conciliateur tout comme le médiateur peut entendre les parties ensemble ou séparément. Cette flexibilité implique de recourir à des moyens informels tels que la suggestion, la proposition et la persuasion.

Plus encore, au sein de la seconde thèse, il n'existe pas d'unanimité sur les points de séparation, ce qui se traduit par l'existence d'une galaxie d'approches²⁵⁶ et rend les rapports entre médiation et conciliation inextricables. Plusieurs auteurs se sont focalisés sur l'activité du tiers comme critère de distinction. Tantôt certains arguent du rôle actif du médiateur par rapport au conciliateur, pensant que ce dernier ne ferait que procéder à un rapprochement entre les parties sans proposer de solution²⁵⁷. Une doctrine relève en ce sens que le

²⁵⁶ À titre illustratif,

- Pour les divergences portant sur la portée de chacune des notions, v.
 - D'un côté, CADIET (L.) et CLAY (Th.), *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, Paris, France, Dalloz, 2016, p. 30 ; DOUCHY-OUUDOT (M.) et JOLY-HURARD (J.), « Médiation et conciliation », *D. R. pr. civ.*, 2013, p. 12 ;
 - Et d'un autre côté, GUILLAUME-HOFNUNG (M.), *La médiation*, Paris, France, PUF, 2009, pp. 72 et 77-79 ; J.-F. SIX *et al.*, *Médiation : essai*, Paris, France, Éd. du Seuil, 2002, pp. 23-26. ; V. de BRIANT et PALAU (Y.), *La médiation: définition, pratiques et perspectives*, Paris, France, Nathan, 1999, p. 31 ;
- Et pour les divergences portant sur le degré d'implication du tiers sollicité, v.
 - D'un côté, JARROSSON (Ch.), « Médiation et conciliation : définition et statut juridique », *Gaz. Pal.*, 1996. p. 951 ; CORNU (G.) (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, France, PUF, 2018, p. 651., « Médiation » ; RASSAT (M.-L.), *Institutions judiciaires*, Paris, France, PUF, 1993, p. 294 ;
 - Et d'un autre côté, OPPETIT (B.), *Théorie de l'arbitrage*, Paris, France, PUF, 1998, p. 35 ; DION (N.), *De la médiation*, Paris, France, mare & martin, 2018, pp. 58-59 ; AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J.-M.), *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (Ohada)*, *op. cit.*, p. 288 ; GINESTET (C.), « Médiation et notions voisines », *op.cit.*, p. 20. et VAUGON (I.), « La médiation commerciale : une alternative au système judiciaire », *Jada*, n° 1, 2011, p. 8.

²⁵⁷ Selon Xavier LAGARDE, il a seulement pour mission d'inviter les parties au dialogue, v. LAGARDE (X.), *Droit processuel*, (Dir) GUINCHARD (S.), 2^e éd. p. 907.

médiateur intervient de manière plus active dans la recherche d'une solution au différend. Selon cet auteur, tandis que le conciliateur se contente de faciliter les relations et les communications entre les parties, le médiateur peut intervenir dans la discussion, faire des suggestions et des propositions ou même formuler des recommandations en vue d'un accord²⁵⁸.

Tantôt d'autres auteurs soutiennent l'inverse²⁵⁹. Un auteur, parlant du médiateur, affirme en ce sens que « *les tiers sont passifs. Ils facilitent la consultation et la communication afin que les opposants parviennent à mieux comprendre leur différend* »²⁶⁰. Dans ce sillage, le conciliateur est pris pour le médiateur. D'où la confusion assez fréquente entre les deux notions et partant la complexité du départ entre les deux mécanismes. Il en découle que ce critère reste et demeure insatisfaisant ²⁶¹. Pourtant, on ne saurait confondre les deux mécanismes.

2. La scission réelle entre la médiation et la conciliation

Qu'il existe des points de rapprochement entre les différents modes alternatifs de résolution des conflits n'est point douteux. Cependant, derrière cette vulgarité apparente de confusion entre la médiation et la conciliation, il se cache des subtilités. En vérité, l'explication de la distinction entre médiation et conciliation est d'abord historique, car la conciliation est _ au moins pour les deux derniers siècles qui se sont écoulés _ la notion la plus ancienne et la plus utilisée. Ces dernières décennies, la frontière s'est estompée entre conciliation et médiation. Cette explication pourrait être gommée au profit de critères plus concrets. Il s'ensuit que ce n'est pas tant la mission, mais le processus qui conduit

²⁵⁸ TOUZARD (H.), « Propositions visant à améliorer l'efficacité de la médiation dans les conflits du travail », *Dr. social*, 1977, p. 87, n° 4 ; cité par CHAZAI (A.) et FONGA (V.), « Focus sur la médiation : L'innovation marquante du droit OHADA en matière de règlement des différends », www.chazaï-partners.com, Mars 2018, consulté le 27/09/2021.

²⁵⁹ Dans la conciliation internationale, le tiers examine les faits en respectant le principe du contradictoire et en proposant une solution.

²⁶⁰ DAVID (Ch. Ph.), *La guerre et la paix*, Paris, *Presse de Sciences Po*, 2006, p. 369. Cité par AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J-M.), *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, *op. cit.*, p. 269.

²⁶¹ On peut s'étonner que des expériences de conciliation deviennent des hypothèses de médiation, en particulier lorsqu'il fait appel à un tiers.

à la résolution du litige qui permet de les distinguer notamment lorsque la conciliation fait appel à un tiers²⁶². Lorsque ce dernier est requis dans le cadre de la conciliation, il n'est pas exigé de lui la même créativité.

Le conciliateur a une fonction conciliatrice qui consiste à apaiser les conflits. En d'autres termes, il se contenterait de trouver une solution au litige par des concessions réciproques plutôt que de voir l'une des parties gagner. La conciliation se concrétiserait par une transaction ou un compromis. *A priori*, avec le recours à la conciliation, on parviendrait à une solution favorable aux deux parties. Ce qui semble accommodant et raisonnable. Ces solutions d'opportunité, qui peuvent résulter d'efforts de rapprochement, n'écartent pas nécessairement l'épreuve de force. Schématiquement, c'est une approche perdant-perdant. À la réalité, dans cette approche, chacune des parties fait valoir ses prétentions et procède par des concessions afin de rechercher l'équilibre contractuel. Par contre, il est des situations où le compromis n'est pas acceptable ; des situations où l'on ne saurait couper la poire en deux. Il en va ainsi d'une femme qui souhaite que son mari porte des chaussures noires avec son costume. Mais son mari refuse : il préfère les chaussures marronnes. Le compromis voudrait que le mari porte un pied de chaussure noire et l'autre marron. Ce qui ne serait pas la meilleure solution. À travers cette métaphore, on comprend que cet état d'esprit gagnant-gagnant ou alors perdant-perdant défendu par beaucoup d'auteurs s'avère en général inefficace et souvent désastreux²⁶³. Au mieux, il ne satisfait sinon personne ou du moins ne profite qu'à l'un seul des litigants. En d'autres termes, la loi du plus fort ou du plus informé prévaudra et le résultat sera fatalement perdant/gagnant ou alors perdant/perdant.

À l'opposé, le médiateur effectuerait un travail plus profond en ce qu'il s'attacherait au relationnel et à rebâtir les liens sociaux. Il repose sur le postulat qu'un différend est le symptôme d'une difficulté à résoudre plutôt que celui d'une bataille à engager et sur l'idée qu'avec de la créativité et de la bonne volonté, une

²⁶² Alors que la présence du tiers est facultative dans la conciliation, elle est impérative dans l'arbitrage et la médiation. Cette présence relèverait de l'essence même des deux derniers mécanismes.

²⁶³ Lire VOSS (C.) et TAHL (R.), *Ne coupez jamais la poire en deux*, Paris, Ed. Belfond, Octobre 2018, p. 125.

solution qui intègre des analyses opposées peut être trouvée. Il concourt le plus souvent à régler les problèmes de fond et de réaliser une paix durable. Eu égard à l'aversion à la perte, il s'agit pour le médiateur de systématiser la résolution du problème afin que les deux parties parviennent à un accord mutuellement bénéfique. C'est en définitive une approche coopérative, une approche gagnant-gagnant. Au terme du processus de médiation, il n'y aura pas un gagnant et un perdant ; mais deux parties satisfaites quant au dénouement de leur différend. Concrètement, il consiste pour le médiateur d'entendre les parties ensemble ou séparément ; de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution acceptée et acceptable au conflit qui les oppose. Ce qui pourrait avoir l'avantage de préserver leurs relations d'affaires.

Pour y arriver et selon certains auteurs²⁶⁴, le médiateur prend en compte l'intérêt des parties de préférence à leur position tranchée. Cette démarche repose sur quatre (04) principes fondamentaux à savoir :

- traiter séparément les questions de personnes et le différend : il s'agit de l'audit des accusations. Dans la pratique, le médiateur organise à plusieurs reprises des réunions entre les parties, compte tenu des difficultés en présence. C'est l'occasion d'écouter chacune d'entre elles exposer son point de vue sur leur litige.
- se concentrer sur les intérêts en jeu et non sur les positions : il s'agit d'aider les parties à identifier leurs intérêts et à évaluer leurs positions.
- imaginer un grand éventail de solutions avant de prendre une décision : il s'agit d'explorer les solutions mutuellement satisfaisantes.
- exiger que le résultat repose sur des critères objectifs : il n'est pas question de mettre les parties en situation d'équilibre légal, mais plutôt les laisser arriver à une solution à la mesure de leurs intérêts.

²⁶⁴ Voir URY (W.), FISCHER (R.) et PATTON (B.), *Comment réussir une négociation (traduction de Getting to yes)*, Paris, Éd. du Seuil, 2006 ; voir aussi FISCHER (R.) et BROWN (S.), *D'une bonne relation à une négociation réussie*, Paris, Éd. du Seuil 1991 ; W. URY, *Comment négocier avec les gens difficiles*, Paris, Éd. du Seuil, 1993. Cité par AKA (N.), FENEON (A.) et TCHAKOUA (J-M.), *Le nouveau droit de l'arbitrage et de la médiation en Afrique (OHADA)*, op. cit., p. 273.

Il s'ensuit que la mission du médiateur est une tâche ardue. Il ne se limite pas à solliciter des litigants des concessions et/ou compromis mais, il crée une dynamique dans laquelle des accords justes peuvent se conclure²⁶⁵. Ainsi entendue, entre la fonction du médiateur et celle du conciliateur, la différence serait plus de degré que de nature²⁶⁶. Un auteur résumait parfaitement ces deux éléments distinctifs lorsqu'il précisait, tout d'abord, que « *la médiation n'est qu'une forme de conciliation opérée par un tiers, laquelle n'est qu'une forme de conciliation lato sensu* » et enfin, que « *le médiateur n'est qu'un conciliateur particulièrement actif* »²⁶⁷. Le médiateur est un acteur plus efficace sur le plan économique. Son intervention préserverait les relations humaines et commerciales entre les parties. Concrètement, le recours au médiateur permettrait d'analyser le passé, de comprendre le présent et de préserver le futur. Ce qui fait de lui un acteur efficace.

L'efficacité du médiateur passe par l'absence du pouvoir de juger.

B. La résolution non juridictionnelle du différend à l'opposé de l'arbitre

Pendant des siècles la médiation était confondue à l'arbitrage. En effet, ce qui les rassemblait et empêchait de les distinguer résidait dans ce qu'ils avaient en commun à savoir : l'intervention d'un tiers, avec l'accord des parties, pour régler leur litige hors des prétoires officiels. Une doctrine célèbre les présente en ce sens comme des synonymes lorsqu'il dit : « *l'arbitre choisi est un médiateur amiable, et non un juge de rigueur. On ne se soumet pas aveuglément à ses*

²⁶⁵ Il est toutefois à craindre qu'un médiateur peut, dans l'optique de ne déplaire à aucune des parties, se contenter de proposer des demi-mesures pour régler le différend, c'est dire couper la poire en deux. Dans ce cas, il verse non pas dans la médiation mais dans la conciliation. Quoi qu'il en soit la décision finale incombe aux parties.

²⁶⁶ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit. p. 614.

²⁶⁷ ARNAUD (A.-J.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, p. 13. Cité par CHAZAI (A.) et FONGA (V.), « Focus sur la médiation : L'innovation marquante du droit OHADA en matière de règlement des différends », www.chazaï-partners.com, Mars 2018, consulté le 27/09/2021.

décisions ; mais on a pour lui une grande déférence. Il ne prononce pas une sentence en juge souverain ; mais il fait des propositions, (...), pour conserver la paix »²⁶⁸. Mais de nos jours, ils correspondent à deux concepts juridiques bien différents. Le médiateur, à la différence de l'arbitre n'est pas investi d'un pouvoir juridictionnel. C'est dire en d'autres termes qu'il n'a pas le pouvoir de trancher le litige et d'imposer une solution aux parties. Par ailleurs, et à la différence du conciliateur, on ne va pas à l'arbitrage pour demander à l'arbitre de « couper la poire en deux » mais pour qu'il tranche un litige selon le droit²⁶⁹. Car s'il s'agissait simplement de couper la poire en deux, les parties pourraient le faire elles-mêmes sans recourir à un juge privé et à moindre coût. À la réalité, le médiateur n'est pas un juge (1). Ce statut impacte sur la portée de l'acte qu'il peut prendre (2).

1. Le déficit du pouvoir juridictionnel

La notion de « juge » est difficile à cerner. En effet, la multiplicité des statuts du juge²⁷⁰ n'est pas sans incidence sur l'existence même d'une définition possible, sinon uniforme du juge. Toutefois, un auteur, par une définition pléonastique et abrupte, a pu dire qu'un juge est celui qui juge²⁷¹. Mieux encore, le mot juge, pris en général, comprend tous ceux qui ont la faculté et le pouvoir, en discernant le vrai d'avec le faux, d'adjuger à l'une ou l'autre des parties, ce qui pourrait être dû. De façon prosaïque, le juge est tout organe doté du pouvoir

²⁶⁸ Lire JARROSSON (Ch.), « Arbitrage et médiation dans la littérature », *Lextenso, Revue Droit et Littérature*, n° 2, 2018, p. 169.

²⁶⁹ La règle de droit peut tout aussi être l'équité.

²⁷⁰ Le juge étatique à plusieurs visages ; on peut citer notamment : selon son degré (le juge d'instance, d'appel et de cassation), selon le pouvoir (le juge du droit, de fond et du provisoire), selon l'origine de l'investiture (le juge de l'Etat, ou nommé par les parties), selon la composition (collégiale ou non), selon l'ordre (le juge administratif, judiciaire et au sein de l'ordre judiciaire, le juge civil, pénal, etc ;).

²⁷¹ WIEDERKEHR (G.), « Qu'est-ce qu'un juge ? », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges PERROT (R.)*, D. 1996, p. 575. Cité par CLAY (Th.), *L'arbitre*, thèse de Doctorat, Université Panthéon Assas (Paris II), janvier 2000, p. 59.

juridictionnel (du pouvoir de dire le droit, de trancher un litige)²⁷². On comprend sous le nom de juge non seulement les juges ordinaires, tant supérieurs que subalternes ; mais aussi les juges délégués, les officiaux, les arbitres et les experts²⁷³.

Le médiateur n'est pas investi de cette mission. Il n'est pas un tiers chargé de donner une solution à un différend ou encore un départiteur des intérêts personnels de chacun y compris des siens. L'action de proposer une solution aux parties n'a rien de contraignant à leurs égards. L'article 7, paragraphe 4 de l'AUM dispose explicitement que : « *le médiateur n'impose pas aux parties une solution au différend. Toutefois, il peut, à tout stade de la médiation, en fonction des demandes des parties et des techniques qu'il estime les plus appropriées au vu des circonstances du différend, faire des propositions en vue du règlement du différend* ». Les parties peuvent soit la rejeter purement et simplement, soit la modifier ou l'amender, soit l'adopter. Il en découle que la solution proposée aux parties ne s'impose guère aux litigants car en dernière analyse, il leur revient de trouver eux-mêmes une solution au litige qui les oppose : le médiateur n'a qu'un pouvoir de proposition et non d'imposition. Il est même rare que les médiateurs proposent ou suggèrent une solution. Ils agissent en qualité de facilitateurs afin d'aider les parties à identifier les bases d'un accord²⁷⁴. En d'autres termes, « *la médiation laisse l'intégralité du pouvoir de décision aux parties, et uniquement à celles-ci* ». Le médiateur ne décide pas de ce qui est « juste » ou « bien », n'évalue pas la responsabilité et n'émet aucun avis concernant le bien-fondé ou les chances de réussite en situation de contentieux. Le médiateur fait office de catalyseur entre des intérêts opposés, qu'il essaie de rapprocher en définissant les difficultés et en éliminant les obstacles à la communication, tout en modérant et en guidant le processus de façon à éviter la confrontation et les intentions malveillantes. C'est la raison pour laquelle la médiation est davantage un mode

²⁷² CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, association Henri CAPITANT, Quadrige PUF, 10^e éd., Paris, 2014, p. 580.

²⁷³ De GHEWEIT (G.), *Institutions du droit Belgique tant par rapport aux dix-sept provinces qu'au pays de Liège*, avec une méthode pour étudier la profession d'avocat. Jean MORRIS, Bruxelles, 1758, spéc ; t II, p. 250.

²⁷⁴ Avec les parties pris ensemble ou séparément, les médiateurs étudient les différentes options possibles et les encouragent à proposer des solutions.

amiable de règlement des différends et non un mode juridictionnel de résolution des litiges à l'instar de l'arbitrage²⁷⁵. La montée en puissance de la médiation vient ainsi en réponse à la multiplication des processus accusatoires et conflictuels, ainsi qu'au principe du plaidoyer, selon lequel, les avocats ont été, pendant plusieurs siècles, exclusivement formés à défendre les intérêts de leurs clients au détriment de l'autre partie. Par conséquent, il est de plus en plus admis que les conflits, peuvent et doivent être résolus dans de nombreux cas par une coopération entre les parties²⁷⁶. D'où cette formule d'un auteur : « *la médiation n'est donc pas un procès : la médiation crée l'altérité, le procès fait l'adversité* »²⁷⁷.

Il s'ensuit que l'arbitrage se trouve aux antipodes de la médiation. Cet écart s'illustre davantage au niveau de la portée de l'action du médiateur.

2. Les conséquences du déficit du pouvoir juridictionnel

Lorsque le tribunal arbitral est appelé à trancher le fond de la contestation qui oppose les parties, il le fait conformément aux règles de droit désignées par les parties. À la réalité, il peut s'agir à proprement parler de la règle de droit ou encore de l'équité. Tel n'est pas le cas pour le médiateur. Ce dernier, sans ignorer certaines règles d'ordre public, n'applique pas une règle de droit, mais conduit progressivement, et avec le consentement des parties, à sortir d'un conflit.

En d'autres termes, la solution proposée par le médiateur n'est pas auréolée par l'autorité de la chose jugée. L'autorité de la chose jugée peut se concevoir comme l'ensemble des effets attachés à la décision juridictionnelle, telle la force

²⁷⁵ Sur cette question lire TRICOIT (J-Ph.), *Droit de la médiation et des modes amiables de règlement des différends*, op. cit, p. 27. L'arbitrage est une justice privée par laquelle les parties désignent un ou plusieurs arbitres pour trancher leur conflit ; l'arbitre décidant dans le respect des principes du droit. Son rôle s'apparente à celui d'un juge étatique dans la mesure où la sentence rendue par lui possède l'autorité de la chose jugée, sa solution s'impose aux parties et elle est contraignante.

²⁷⁶ À toutes fins utiles, du fait que le pouvoir décisionnel est exercé par les parties dans le cadre de la sentence d'accord partie, on pourrait relever un rapprochement.

²⁷⁷ Lire GORCHS (B.), « La médiation dans le procès civil : sens et contresens », *RTD civ.* 2003, p. 409 spéc. p. 414. Pendant que les litiges sont soumis à la médiation, ils sont, par contre tranchés par voie d'arbitrage.

de vérité légale²⁷⁸. Elle ne signifie pas comme on pourrait le croire, que la décision s'impose aux parties. Elle se caractérise plutôt par son mécanisme. Selon une doctrine, elle est « *un mécanisme qui interdit aux parties ayant participé à une instance ayant abouti à une décision, de saisir de nouveau les tribunaux pour obtenir une autre solution sur la même question* »²⁷⁹. Ainsi définie, la règle de l'autorité de la chose jugée présente deux effets : un effet négatif qui suppose l'extinction de tout nouveau droit d'action sur le même litige²⁸⁰ et un effet positif qui voudrait que la chose jugée soit tenue pour vrai. Certains auteurs estiment cependant que l'effet positif n'est en réalité que la conséquence de l'effet négatif²⁸¹. Il n'en est qu'un effet indirect, car il est l'effet substantiel du jugement²⁸² lui-même²⁸³, et non l'un de ses attributs ontiques. C'est ce déficit de l'autorité de la chose jugée à l'égard du médiateur qui fait que d'une part, les parties ne sont pas tenues par les propositions faites par lui au cours de la négociation et d'autre part, qu'en l'absence d'accord entre les parties, celles-ci peuvent se tourner vers les modes juridictionnels tels que l'arbitrage ou la justice étatique. La clause de médiation n'est pas une renonciation à agir devant le juge, mais il faut obligatoirement mettre en œuvre la médiation avant de saisir le juge. Dans certains cas, les parties peuvent convenir qu'en cas d'échec de la médiation, elles recourront à l'arbitrage. Il s'agit dans cette hypothèse de la Med-

²⁷⁸ CORNU (G.), *op. cit.* p. 108.

²⁷⁹ FRISON-ROCHE (M. A), Généralités sur le principe du contradictoire (droit processuel), spec ; n° 52.

²⁸⁰ Sur les atteintes portées à l'automaticité de ce mécanisme, lire l'étude de CONTAMINE-RAYNAUD (M.), « L'inconciliabilité des jugements : de l'autorité judiciaire à la raison judiciaire », in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, D. 1985, p. 113.

²⁸¹ V. FOYERT (J.), *De l'autorité de la chose jugée en matière civile : essai d'une définition*, thèse Paris sous la direction de H. SOLUS, 3 juillet 1964, pp. 199-223. Cité par CLAY (Th.), *L'arbitre, op. cit.*, p. 91.

²⁸² Qui signifie le droit de se prévaloir du jugement.

²⁸³ Sur cette question, BLERY (V. C.), *L'efficacité substantielle des jugements civils*, Préface MAYER (P.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 2000, spéc. n° 5-6 ; VUILLEMIN (J-M.), *Jugement et sentence arbitrale*, Préface LALIVE (P.), Schulchess et société suisse de droit international, Coll. Etudes suisse de droit international, 2^e éd. 1990, spéc. n° 176 et 180-181 ; CORNU (G.) et FOYERT (J.), *Procédure civile*, spéc. p. 590 et 596. Pour une analyse originale de la question, lire LAGARDE (X.), *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, Préface de GHESTIN (J.), LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, 1994, spéc. n° 232 et s. Selon ce dernier auteur, l'autorité de la chose jugée ne se distingue pas de l'effet substantiel des jugements mais les effets positifs et négatifs sont bien distincts.

arb. On ne saurait en effet, opposer le *non bis in idem* ou la prescription aux parties qui ont opté pour la médiation. De façon générale, l'accès aux tribunaux est un droit fondamental, par conséquent, le recours aux MARC ne peut priver la personne intéressée de son droit d'accès aux tribunaux. Il s'ensuit que l'accès à la justice est fondamental, et les modes alternatifs de règlement des litiges simplifient et améliorent cet accès. Ainsi, le recours à la médiation conventionnelle n'empêche par la suite, d'entamer une procédure judiciaire ou une procédure d'arbitrage concernant ce litige du fait de l'expiration des délais de prescription pendant le processus de médiation. Le principe de la suspension qu'implique la mise en œuvre d'une clause de règlement amiable (convention de médiation/conciliation) est affirmé depuis l'arrêt Poiré²⁸⁴. La distinction est d'importance. La suspension ne saurait être confondue avec l'interruption. Alors que « *la suspension de la prescription en arrête temporairement le cours sans effacer le délai déjà couru* »²⁸⁵, l'interruption emporte d'autres effets sur le cours de l'action : elle « *efface le délai de prescription acquis* » et « *fait courir un nouveau délai de même durée que l'ancien* »²⁸⁶. Seule la suspension intéresse la médiation conventionnelle. Le recours aux modes juridictionnels serait le remède ultime que les médiateurs doivent utiliser s'ils ne parviennent pas à une solution acceptable. Inversement, la saisine d'une juridiction (étatique ou arbitrale) au mépris de la clause de médiation doit être sanctionnée²⁸⁷.

Bien plus, et sur le même fondement, si les sentences arbitrales peuvent faire l'objet de voies de recours²⁸⁸, tel ne saurait être le cas pour les solutions proposées par les médiateurs. La seule voie de recours possible est portée contre l'acte d'homologation ou d'exequatur automatique si d'aventure l'accord de médiation est contraire à l'ordre public. Par ailleurs, contrairement au tribunal

²⁸⁴ Cour de cass., Ch. Mixte, 14 fév. 2003, 00-19.423, R. Dalloz 2003, p. 2480. V. aussi l'art. 4 § 3 et 4 de l'AUM.

²⁸⁵ Art 2251 et s du Code civil.

²⁸⁶ Art 2242 et s. du Code civil.

²⁸⁷ Après plusieurs tergiversations jurisprudentielles, il a été convenu en 2003 que la clause de médiation doit être frappée d'irrecevabilité devant la juridiction saisie fut-elle arbitrale. Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2003, JCP et Cass. civ. 1^{re}, 11 fév. 2004, JCP 2004, II, 10022, COLSON (R.).

²⁸⁸ Art. 25 et 26 de l'AUA.

arbitral qui peut prononcer des mesures provisoires et conservatoires²⁸⁹ dans l'optique de sauvegarder les droits des parties, le médiateur est incompétent pour prendre de telles mesures. Il doit pour se faire recourir soit au juge étatique soit au tribunal arbitral²⁹⁰. Ceci se justifie par le fait que l'arbitrage débouche sur un titre exécutoire, la sentence arbitrale, alors que la médiation s'achève par un accord de médiation qui n'est pas un titre exécutoire²⁹¹.

Si la différence est plutôt tranchée entre arbitrage et médiation, les interactions ne sont pas impossibles. Aujourd'hui, un nombre croissant d'institutions²⁹² proposent, à côté de l'arbitrage et la médiation classiques, des montages combinant les deux, souvent avec le même tiers. On parle ainsi d'arbitrage-médiation (*arb-med*) ou de médiation-arbitrage (*med-arb*), selon que l'une ou l'autre des procédures précède dans la construction. Dans l'*arb-med*, la procédure d'arbitrage est suspendue pour laisser place à la médiation. Dans le cas où la sentence arbitrale est rendue avant la suspension de la procédure, cette décision reste secrète jusqu'à l'issue de la procédure de médiation ; lorsque celle-ci est concluante, la sentence reste inconnue ; dans l'hypothèse contraire, elle est révélée et s'impose aux parties²⁹³. La *med-arb* est donc un *arb-med* inversé. Le tiers est d'abord médiateur et devient arbitre en cas d'échec de la médiation pour tout ou partie du litige²⁹⁴ ; les deux procédures peuvent toutefois se succéder avec deux tiers différents dans les rôles respectifs de médiateur et d'arbitre²⁹⁵.

²⁸⁹ Lire l'art. 24 de l'AUA.

²⁹⁰ Le Paragraphe 2 de l'art. 15 de l'AUM, précise que : « *l'engagement d'une telle procédure ne doit pas être considéré en soi comme une renonciation à la convention de médiation ni comme mettant fin à la procédure de médiation* ».

²⁹¹ Il faut pour cela l'apposition de la formule exécutoire par l'autorité compétente.

²⁹² C'est le cas du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris, de l'Institut de médiation de la Chambre de commerce de Stockholm ou encore du Centre de médiation de Singapour.

²⁹³ V. JAEGER (L.) et LACHMANN (C.), « Interactions entre médiation et arbitrage », *Jada*, n° 1, 2011, p. 20.

²⁹⁴ CLAY (Th.), « L'arbitre peut-il avoir été précédemment conciliateur ? », *D.*, 2004, p. 3180. Cette combinaison de l'arbitrage et de la médiation peut s'avérer cruciale pour maintenir une relation saine et continue même en cas de litige pour les parties contractantes impliquées dans un projet à long terme.

²⁹⁵ C'est ce que prévoit le Règlement *med-arb* du Centre de Médiation de Singapour (v. Règlement de *med-arb* du Singapour Médiation Centre, article 11). Le Règlement de médiation

Quoi qu'il puisse en être, le médiateur n'est pas une sous-catégorie ni même un adjuvant de certains acteurs de la résolution des conflits. Il est une institution précise, une manière d'être en société suffisamment originale pour ne pas se faire phagocyter par des institutions qui n'ont avec lui rien de commun que dans une certaine mesure les règles qui encadrent le régime de la mission.

II. La convergence du régime de la mission du médiateur par rapport aux autres acteurs des modes alternatifs de résolutions des différends

Les acteurs des modes alternatifs de résolution des différends se retrouvent dans une certaine mesure au niveau de leur statut. On note un fort rapprochement quant à leurs droits et obligations. Les exigences de la mission de même que le régime de responsabilité partagent beaucoup de points de convergences. Aussi, on distinguera les qualités nécessaires du médiateur (**A**) de sa responsabilité (**B**).

A. Les qualités nécessaires du médiateur

L'article 1^{er} (b) de l'AUM dispose que : « *le terme (médiateur) désigne tout tiers sollicité pour mener une médiation quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État partie concerné* ». Il en découle que le médiateur à l'instar du conciliateur et de l'arbitre, est un prestataire de service, personne privée²⁹⁶. En tant que prestataire de service, sa mission serait rémunérée tout comme celle de l'arbitre²⁹⁷. Les règlements de procédure des centres d'arbitrage et de médiation prévoient, dans ce sillage, des barèmes qui encadrent cette rémunération. Elle prend le nom d'honoraire. Il convient de

CCI prévoit une obligation de soumettre le litige à son règlement en autorisant soit une procédure d'arbitrage en parallèle soit une procédure d'arbitrale postérieure si nécessaire.

²⁹⁶ Il peut s'agir d'une personne physique ou morale, telle un centre de médiation. Dans ce dernier cas, le centre devra proposer une liste de médiateurs, personne physique.

²⁹⁷ V. l'art. 13 de l'AUM et la Décision n° 004/99/CCJA du 3 Février 1999 sur les frais d'arbitrage.

relever que par nature, la conciliation aurait un caractère gratuit contrairement à la médiation et à l'arbitrage²⁹⁸.

Par ailleurs, et même si le texte ne le dit pas explicitement, le médiateur doit disposer de sa pleine capacité civile. C'est dire qu'il doit être majeure et ne pas faire l'objet de certaines condamnations judiciaires. Il doit pouvoir jouir de ses droits civils et politiques. Aucune exigence sur la nature de la profession par lui exercée n'est requise. Il en découle que l'accès aux fonctions de médiateur est assez large. Ce n'est plus l'apanage des seuls juristes et/ou économistes. En effet, les parties ont la latitude de choisir, entre autre, comme médiateur « *un administrateur, un architecte, un comptable, un évaluateur, un ingénieur, un médecin, un psychologue, un informaticien, un prêtre, un pompier, un agronome, un conseiller en relations industrielles* ». C'est d'ailleurs ce que semble confirmer l'Institut de Médiation et d'Arbitrage du Québec à travers notamment son formulaire d'adhésion dans lequel il est expressément demandé au futur membre le domaine dans lequel il compte exercer comme médiateur et il doit choisir dans une liste comportant des domaines tels que : la construction, le franchisage, le manufacturier, le municipal, l'environnement, le sport, les technologies de l'information, les relations de travail, les ressources humaines, etc. Cette diversité de domaine d'exercice témoigne de ce que le médiateur n'est pas obligé d'avoir une formation en droit ; son expertise dans un domaine fait de lui un médiateur possible dès lors que le respect du processus est assuré. On observe qu'il y a une certaine spécialisation dans la médiation. Les parties peuvent être assistées par des avocats, véritables garant du respect des principes fondamentaux. Ce faisant, le législateur, consacre une indifférence quant à la profession du médiateur. Cette indifférence peut être étendue au conciliateur et à l'arbitre. Toutefois, des qualités et compétences minimales sont exigibles pour officier comme médiateur²⁹⁹. Par ailleurs, il pèse sur lui des incompatibilités. En effet, le médiateur ne peut assumer les fonctions d'arbitre, d'expert ou de conseil

²⁹⁸ GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.) et FERRAND (F.), *Procédure civile, Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit. p. 614.

²⁹⁹ Art. 5 § 3 de l'AUM. « ... à cet effet, une partie peut demander à l'autorité chargée de désignation de recommander des personnes ayant les qualités et compétences requises pour servir de médiateur. »

dans un différend qui a un lien avec le litige soumis à la médiation. L'article 14 de l'AUM dispose clairement que : « *sauf convention contraire des parties, le médiateur ne peut assumer les fonctions d'arbitre ou d'expert (de conseil) dans un différend qui a fait l'objet de la procédure de médiation ou dans un autre différend né du même rapport juridique ou lié à celui-ci* ».

Dans cette veine, le législateur OHADA impose à la médiation les principes généraux applicables à tous les modes alternatifs de résolution des différends. Ainsi, le médiateur tout comme le conciliateur et l'arbitre, accomplit sa mission avec impartialité, compétence, diligence, disponibilité et indépendance. En effet, afin d'assurer l'indépendance des intervenants et la moralisation de la procédure, il faut impérieusement que le médiateur demeure impartial et indépendant vis-à-vis des parties. Cette précision se justifie par le fait qu'il est impérieux d'éviter d'éventuels conflits d'intérêts³⁰⁰. L'indépendance du médiateur doit l'amener à refuser d'intervenir dans une médiation impliquant des personnes avec lesquelles il entretient des liens personnels ou économiques. Le médiateur ne doit pas en effet être lié à l'une des parties et ne doit avoir aucun intérêt au dénouement du litige pour lequel il a été sollicité³⁰¹. Ainsi, le médiateur perd toute son indépendance vis-à-vis des parties s'il est établi qu'il y a un lien matériel ou intellectuel de dépendance. Un médiateur qui est subordonné de quelque manière à l'une des parties n'est aucunement libre. Plusieurs mécanismes permettent de garantir les exigences d'indépendance³⁰² et d'impartialité³⁰³. Certains sont mis en œuvre à titre préventif et d'autres à titre curatif. À titre préventif, l'autorité de désignation peut nommer une personne de nationalité différente de celle des parties, notamment lorsque les parties sont de nationalité différente³⁰⁴. Bien plus, une obligation de révélation pèse sur le médiateur aussi bien avant que pendant la procédure de médiation. L'*in fine* de l'article 5 de l'AUM dispose dans ce sillage que : « *lorsqu'une personne est sollicitée en vue de sa*

³⁰⁰ La tentative d'accord a nécessairement plus de chance de réussir si l'opération est confiée ce professionnel qui bénéficie de la confiance des parties.

³⁰¹ BENRAÏS (L.), BUTRUILLE-CARDEW (C.), FRICERO (N.), *Le Guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Paris, Dalloz, 2015, p. 96.

³⁰² C'est une situation de fait ou de droit que l'on pourrait apprécier objectivement.

³⁰³ C'est une prédisposition psychologique à favoriser une des parties au litige.

³⁰⁴ Art 5, § 5 de l'AUM.

désignation en qualité de médiateur, elle signale toutes circonstances de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance. À compter de la date de sa nomination et durant toute la procédure de médiation, le médiateur révèle aux parties, sans tarder, toutes les circonstances nouvelles susceptibles de soulever des doutes légitimes sur son impartialité ou son indépendance ». À titre curatif, les parties ont le droit de s'opposer à la poursuite de la mission du médiateur lorsqu'ils soupçonnent des doutes légitimes sur son impartialité et son indépendance³⁰⁵. La procédure d'opposition est relativement simple et met fin à la mission du médiateur. Contrairement à la récusation qui donne lieu à une procédure juridictionnelle, l'opposition à la poursuite de la mission du médiateur est conventionnelle.

Une certaine analogie transparait de l'analyse de la responsabilité du médiateur.

B. La responsabilité du médiateur

Tout n'est pas idyllique dans cet art difficile qu'est celui d'aider les parties à trouver une solution à leur litige ou encore d'accorder les litigants. En effet, l'activité de médiation n'est pas le lieu de l'impunité. L'intervention du médiateur est risquée. Contrairement à certains arbitres qui jouissent de l'immunité³⁰⁶, le médiateur OHADA (*conventionnel ou judiciaire, ad hoc ou institutionnel*) peut voir sa responsabilité engagée³⁰⁷. Cette responsabilité découlerait de la nature patrimoniale des relations existants entre le médiateur et les parties. En tant que prestataire de service, il doit exercer sa mission suivant les règles de l'art³⁰⁸. Tout manquement à ses obligations peut être à l'origine d'une action en responsabilité. Il en découle que la responsabilité du médiateur est dans une certaine mesure analogue à celle du conciliateur et de l'arbitre.

³⁰⁵ Art 6 *in fine* de l'AUM.

³⁰⁶ Les arbitres de la CCJA. Lire en ce sens, KUIMO (B.), La responsabilité de l'arbitre en droit OHADA, thèse de Master, Université de Dschang, Juin 2011, 202 p.

³⁰⁷ Il faut cependant relever que ni le Traité OHADA, ni l'Acte uniforme relatif à la médiation ne traitent de la responsabilité du médiateur.

³⁰⁸ Il s'agit bien là de prestations de services à caractère intellectuel qu'il accomplit dans l'intérêt des parties, de manière indépendante, et moyennant une rémunération.

De façon générale, si la responsabilité civile contractuelle du médiateur paraît évidente, tel ne semble pas être le cas pour ce qui est de la responsabilité civile délictuelle³⁰⁹. Par ailleurs, si la responsabilité pénale est éventuelle, il règne une incertitude totale sur la responsabilité disciplinaire du médiateur. Il s'ensuit que la mise en jeu de la responsabilité civile demeure certaine (1), par contre, la mise en jeu de la responsabilité pénale et disciplinaire est éventuelle (2).

1. La certitude de la mise en jeu de la responsabilité civile

Des différents types de responsabilité souvent invoquée à l'encontre d'un médiateur, la responsabilité civile occupe une place de choix. Cet état des choses se justifie entre autre par la nature des liens qui l'unissent aux parties. En effet, le médiateur l'est en vertu d'un contrat, par lequel il a promis aux parties (et éventuellement à l'institution de médiation) d'exécuter une mission bien définie et généralement rémunérée. Sous ce rapport, il est, à bien des égards, assimilable à un prestataire de service, ce qui justifie la mise en œuvre de sa responsabilité civile contractuelle, en cas de manquement de sa part. Le fondement contractuel de la médiation rend plus aisée la mise en œuvre de ce titre de responsabilité³¹⁰. En effet, les obligations contractuelles du médiateur sont connues ; ce qui facilite l'identification des manquements. Il faut toutefois relever que le domaine de la responsabilité du médiateur est limité par rapport celui de l'arbitre. Il faut exclure de ce domaine, les obligations juridictionnelles notamment l'obligation de délibérer³¹¹, de statuer³¹² et de motiver sa sentence³¹³. La responsabilité du médiateur ne pourrait être engagée que pour les obligations purement contractuelles en l'occurrence les obligations de confidentialité, de diligence, de disponibilité et de l'égalité dans le traitement des parties³¹⁴.

³⁰⁹ À elles seules, ne suffisent pas car il peut bien subsister d'autres formes de responsabilités imputables au médiateur.

³¹⁰ Il apparaît comme un truisme.

³¹¹ Concertation entre les juges ou arbitres avant de rendre leur jugement ou sentence.

³¹² Il s'agit de trancher le différend.

³¹³ Elle est consubstantiellement liée au pouvoir juridictionnel.

³¹⁴ Les obligations d'indépendance, d'impartialité et de révélation ayant déjà été abordé plus haut.

Relativement à la confidentialité, elle a été définie par l'Organisation internationale de normalisation (ISO) comme « *le fait de s'assurer que l'information n'est accessible qu'à ceux dont l'accès est autorisé* ». Il s'agit en d'autres termes de circonscrire la divulgation d'une information à un groupe restreint ou bien défini³¹⁵. Appliqué au médiateur, il est tenu au secret et l'on ne peut utiliser un fait apparu lors d'une médiation pour engager des poursuites contre une partie. Les preuves présentées pendant la médiation ne peuvent servir dans la procédure judiciaire ultérieure pour les mêmes raisons, sauf accord des parties. Cette interdiction vise à protéger la phase de médiation et partant, préserver la confidentialité de la procédure.

Pour ce qui est de la diligence, la médiation est encadrée dans des délais relativement courts. L'article 7 paragraphe 3 de l'AUM dispose que « *dans tous les cas, le médiateur accomplit sa mission avec diligence (...) et, ce faisant prend en compte les circonstances de l'affaire.* ». Il se doit de mener la procédure à telle enseigne que les délais soient respectés. Une partie qui subirait un préjudice du fait d'un retard imputable au médiateur, n'aurait pas beaucoup de peine à rechercher sa responsabilité. Il s'ensuit qu'il pèse sur le médiateur une obligation de célérité. Le montant de sa rémunération peut être contesté pour défaut de diligence ; toutefois, il ne saurait invoquer la confidentialité dans une telle procédure. L'absence de compte rendu de principe entre le médiateur et le juge rend difficile l'évaluation de ses diligences.

En ce qui concerne l'obligation de disponibilité, elle se confond avec l'obligation de participer à la médiation. Ce dernier ne peut véritablement proposer de solution efficace aux parties sans prendre part à la médiation. L'article 5 paragraphe 4 de l'AUM lui impose dans cette veine de garantir aux parties de sa disponibilité. Cela se comprend aisément. Un médiateur pressenti ne doit accepter sa nomination que s'il est en mesure de consacrer à la médiation le temps mais aussi les soins que les parties sont raisonnablement en droit d'attendre de lui. Parce qu'il est doté d'un important pouvoir, il a le devoir en

³¹⁵ Pour aller plus loin, lire TSAFACK DJOUMESSI (C. C.), « La confidentialité dans la procédure arbitrale dans l'espace OHADA », *Penant*, n° 894, janvier-mars 2016, pp. 57-70.

retour, d'entendre les parties soit ensemble ou séparément. Une fois que les parties, voire les experts qui ont été appelés à produire leurs rapports aux débats lui ont communiqué les pièces et documents, il a le devoir, non pas de « connaître par cœur l'ensemble des documents », mais de les maîtriser afin de faire une proposition acceptable. Même si cette obligation implique la présence physique du médiateur, force est de reconnaître que de nos jours avec le développement des technologies de la communication, on peut entrevoir la cyber médiation. Au demeurant, la fonction du médiateur est hautement personnelle, qu'elle lui impose d'accomplir personnellement sa mission, sans la déléguer à un éventuel collaborateur. En tout état de cause, pour ne pas sombrer dans les dérives par lesquelles les parties, au nom de la disponibilité due, le transformeraient en « esclave », force est de constater que cette disponibilité est encadrée, limitée dans le temps et dure le temps de la médiation. En d'autres termes, la disponibilité voudrait dire que pour la durée prévue pour la médiation et aux dates convenues, le médiateur doit être disponible et pas au-delà en principe. La finalité de cette règle, est également de mettre en garde le médiateur contre des démissions intempestives, source de responsabilité contractuelle.

Comme autre hypothèse de responsabilité contractuelle du médiateur, on a le cas où il n'a pas assuré le respect du principe du contradictoire qui est l'incarnation de l'égalité entre les parties³¹⁶. Le principe du contradictoire n'a pas la même étendue qu'en matière d'arbitrage. Il n'est pas totalement respecté car les parties ne sont pas en permanence mis en situation d'être entendues. Il revient au médiateur d'apprécier s'il faut toujours réunir les parties ou si les contacts seul à seul sont nécessaires³¹⁷. Par ailleurs, le médiateur dispose de l'opportunité ou peut se voir interdire de communiquer les informations reçues d'une partie à l'autre. Le paragraphe 2 de l'article 8 de l'AUM dispose dans ce sillage que : « *lorsque le médiateur reçoit d'une partie des informations concernant le différend, il peut en relever la teneur à toute autre partie à la*

³¹⁶ L'article 7 para 3 de l'AUM dispose que « *dans tous les cas, le médiateur (réserve), dans la conduite de la médiation, un traitement équitable aux parties et, ce faisant prend en compte les circonstances de l'affaire.* ».

³¹⁷ Dans ce cas, il y aura des navettes possibles entre les parties. Lire en ce sens l'art. 8 de l'AUM.

médiation. Toutefois, lorsqu'une partie donne au médiateur une information sous la condition expresse qu'elle demeure confidentielle, celle-ci ne doit être révélée à aucune autre partie à la médiation ». Dans ces conditions, il faudra compter sur la bonne foi et la loyauté du médiateur. Le manquement à ces obligations peut être source de responsabilité.

Si la responsabilité contractuelle du médiateur a le mérite de couvrir un large pan de son régime de responsabilité, elle ne suffit pas à elle seule car, les relations entre lui et les parties ne sont pas que contractuelles. D'une part, en effet, entre le moment où il n'est que pressenti et le moment où se noue le contrat de médiateur, ce dernier peut se rendre coupable d'actes tout aussi répréhensibles qu'il ne faudrait pas laisser impunis. D'autre part, il peut causer, par ses agissements un préjudice à des personnes qui ne lui sont pas liées par contrat. Il s'ensuit une certaine délicatesse dans l'affirmation de la responsabilité civile délictuelle du médiateur. Dans le premier cas, elle pourrait résulter du manquement aux obligations précontractuelles notamment au devoir de révélation³¹⁸. Elle pourrait par ailleurs, découler du préjudice causé aux tiers par le médiateur en l'occurrence les *penitus extranei* ou encore les intervenants à la procédure de médiation à savoir le centre de médiation, le co-médiateur³¹⁹, les conseils, les interprètes, les experts, etc. Au total, la faute commise lors de la rupture de pourparlers ou la faute commise après l'expiration ou l'exécution du contrat est délictuelle. D'ailleurs, comme l'a décidé la cour de cassation française³²⁰, il y aurait faute délictuelle de la part du débiteur au cours de l'exécution de son contrat, si cette faute est indépendante de cette exécution et ne consiste pas dans la violation de l'obligation contractée. La faute disciplinaire et l'infraction obéissent à des logiques différentes.

2. L'éventualité d'une responsabilité pénale et disciplinaire

³¹⁸ Le contrat qui aurait justifié la responsabilité contractuelle n'a jamais valablement existé, d'où l'adéquation de la responsabilité délictuelle.

³¹⁹ Dans l'hypothèse d'un collège de médiateurs, les impérities ou les abus d'un co-médiateur qui lui causeraient un dommage pourraient justifier la recherche de sa responsabilité délictuelle

³²⁰ Cass. Civ. 13 mai 1955, D. 1956.53, note R. SAVATIER.

La responsabilité civile bien qu'occupant une place de choix ne suffit pas à cerner la totalité des formes possibles de la responsabilité du médiateur. À certains égards, elle peut avoir une connotation pénale ou disciplinaire.

L'analyse de la responsabilité pénale du médiateur ne pose pas de question particulière quant à son opportunité. Le droit pénal a vocation à s'y appliquer dès lors qu'une infraction pénale est commise. Les difficultés que ce titre de responsabilité soulève tiennent davantage aux faits générateurs de celle-ci. On peut relever sans être exhaustif la corruption³²¹ et le favoritisme³²² qui peuvent aussi être sanctionnés comme des manquements à l'obligation d'intégrité moral. Par ailleurs, le médiateur peut tout aussi être poursuivi pour escroquerie³²³, faux en écriture privé, usage de faux³²⁴ et complicité³²⁵. On peut toutefois se demander si sa responsabilité peut être engagée pour violation du secret professionnel en cas de manquement à l'obligation de confidentialité³²⁶ ? Le droit OHADA ne donne pas entière satisfaction à la question³²⁷. En France par exemple, la question est réglée. En effet, pour le juge français la confidentialité ne signifie pas que les personnes sont soumises au secret professionnel pénalement sanctionné. Il s'agit d'une confidentialité civile, puisqu'elle peut être levée par les parties³²⁸. Bien plus, il se peut que lorsque la responsabilité du médiateur est engagée, le juge serait mis au courant de ce qui s'est produit lors de la médiation ; par conséquent, la confidentialité recherchée serait sans doute levée. Mais à la vérité, il ne s'agit que d'un assouplissement à la confidentialité car l'instance porte sur la responsabilité du médiateur et non sur le litige principal. Dans ces conditions, le juge serait un « *superviseur du bon déroulement des*

³²¹ Il faut dire à propos de cette infraction qu'elle est prévue et réprimée à l'article 134 bis du code pénal camerounais qui évoque exclusivement la corruption d'employé. Pourtant, la loi malienne n° 82-4/AN-RM du 1^{er} avril 1982 portant répression de la corruption intègre, pour la réprimer, la corruption d'arbitre en son article 1^{er} alinéa 2. Il en est de même du nouvel article 435-9 du code pénal français qui incrimine, outre la corruption de l'arbitre, celle de toute personne chargée d'une mission de conciliation ou de médiation.

³²² Lire l'art. 143 du Code pénal.

³²³ Lire l'art 318, al. 1-c du Code pénal.

³²⁴ Art. 314 du Code pénal.

³²⁵ Art. 96 du Code pénal.

³²⁶ Lire l'art 310 du Code Pénal.

³²⁷ On peut en effet poursuivre le fautif sur le plan pénal.

³²⁸ CA. Paris, 14^e Ch. B, 2 avril 1999, *Bull inf.* Cour de Cassation 2000, n° 121. <http://www.senat.fr>.

pourparlers ». Un auteur ajoute que : « *le nouvel office du juge se concentre sur la procédure de règlement amiable : il doit s'assurer de son respect par les parties comme par les tiers, conformément aux principes directeurs qui l'encadrent. Quant à la recherche de la solution au fond, elle est ouvertement restituée aux parties, le cas échéant avec l'aide d'un tiers* »³²⁹.

Une incertitude règne quant-à la mise en œuvre de la responsabilité disciplinaire du médiateur. Pourtant, cette responsabilité, par hypothèse, ne requiert pas nécessairement une faute grave ou dolosive. Une faute même légère pourrait justifier la responsabilité disciplinaire du médiateur. Le droit OHADA observe à propos un silence religieux. Il faudrait pour cela qu'une corporation ou un ordre de médiateur soit créée.

Au terme de cette réflexion, il apparaît qu'il était légitime de vouloir rapprocher *a priori* le médiateur du conciliateur et de l'arbitre, puisqu'il s'agit des autorités centrales dans les modes alternatifs de résolution des différends. Ce rapprochement a permis de constater qu'au rebours de ce que l'on aurait pu penser, le médiateur, le conciliateur et l'arbitre ont des statuts qui sont plus proches que ne le sont leurs fonctions. L'extraordinaire diversité des modes amiables de règlement des litiges n'est pas anodine, elle témoigne de la singularité de l'esprit qui les animent. Par ailleurs, malgré les lacunes conceptuelles observées, le médiateur semble revêtir d'énormes qualités qui feront de lui l'acteur attitré de la résolution des conflits d'affaires. L'introduction du médiateur dans le droit OHADA donne ainsi de nouvelles perspectives à l'offre de justice dans l'espace concerné.

³²⁹ JOLY-HURARD (S.), *Conciliation et médiation judiciaires*, PUAM, 2003, p. 443, n° 700. Cité par JEULAND (E.), *Droit processuel général*, op. cit. p. 339.

**LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN REPUBLIQUE
CENTRAFRICAINE
LES EXIGENCES JURIDIQUES FACE AUX IMPERATIFS DE
PAIX ET DE RECONCILIATION**

**Arnaud YALIKI - Membre de l'AFDD -
Correspondant de l'AFDD en République Centrafricaine**

Résumé

Depuis les bouleversements constitutionnels dûs au coup d'État des rebelles de la Séléka le 24 mars 2013 et l'offensive des milices Anti-Balaka le 05 décembre de la même année, la justice constitutionnelle en République Centrafricaine (RCA) a connu trois vagues successives et continues.

D'abord, la Transition politique qui a débuté en 2013 par l'adoption d'une Charte constitutionnelle de Transition (la Charte), qui faisait office de la Constitution de la Transition, avec une Cour constitutionnelle de Transition (CCT) chargée de veiller au respect de cette Charte et de sa suprématie sur les autres normes.

Ensuite, une deuxième période « *d'essai* », marquée par le retour à la légalité constitutionnelle à travers l'élection du Président de la République, le professeur Faustin Archange Touadera et l'entrée en vigueur de la Constitution du 30 mars 2016. Des jurisprudences courageuses de la Cour constitutionnelle ont permis un enracinement relatif de l'état de droit et ont contribué à la régulation du fonctionnement des pouvoirs publics, encore embryonnaires.

Enfin, une troisième période de « *turbulences* » ou d'« *incertitudes* » constitutionnelles, qui a débuté à la fin du premier trimestre 2022, avec des intentions ambitieuses du gouvernement d'entreprendre des grandes réformes économiques, institutionnelles et constitutionnelles (y compris la rédaction d'une nouvelle loi fondamentale). Ces ambitions ont été systématiquement invalidées par la Cour, avec des conséquences non négligeables sur l'architecture de cette juridiction.

Telles sont les trois périodes qui ont marqué, d'une manière ou d'une autre le processus de justice constitutionnelle en RCA, objet de cette recherche. Il s'agit des commentaires actualisés des différentes décisions emblématiques de la Cour, diversement appréciés. Les bases d'une justice constitutionnelle ont été jetées et relativement enrichies et ce, grâce au choix stratégique de la Cour constitutionnelle : celui de trouver un équilibre raisonnable entre les exigences du droit et les impératifs politiques, liés à la paix et à la réconciliation nationale.

Si par « *justice constitutionnelle* » on entend l'ensemble des institutions et techniques grâce auxquelles est assurée, sans restriction, la suprématie de la Constitution ³³⁰, il serait judicieux d'opérer une distinction entre justice constitutionnelle et juridiction constitutionnelle³³¹. On ne prendra cependant pas l'option d'une telle distinction ici, car dans la présente perspective, les acceptions deux seront envisagées comme intimement liées, participant d'un mariage indispensable à la survie de la science du droit constitutionnel. Car, sans une juridiction constitutionnelle efficace, la justice constitutionnelle ne sera qu'une simple coquille vide et la Constitution perdrait inévitablement sa place dans la hiérarchie des normes.

En République Centrafricaine (la RCA), il est un fait que le coup d'Etat sanglant de 2013 a profondément affecté l'architecture institutionnelle de la RCA³³². Dans ce contexte difficile, la Cour constitutionnelle est devenue la clé de voute du système juridique et politique. Une des questions importantes, qui se pose dans le cas de tous les pays en conflit, est de savoir comment le juge constitutionnel accomplit sa mission de veiller à la « *souveraineté de la Constitution* ³³³ ». Plus précisément, comment il fait face aux exigences juridiques tout en ne perdant pas de vue les impératifs politiques, lié à la réconciliation.

C'est à cette question que la présente étude entend répondre. Il s'agit essentiellement de porter un regard critique sur les décisions emblématiques du juge constitutionnel, du début de la Transition à nos jours.

Dans cette perspective, force est de relever, d'une part, que ces décisions relèvent une intervention à la fois erratique, sur-mesure et évolutives du juge constitutionnel (I) et, d'autre part, que cette intervention se présente au fil du

³³⁰ L. Favoreu, Patrick Gaia, Richard Ghevontian, Jean-Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux & Guy Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 17^e Ed., 2015, p.237.

³³¹ C. Eisenmann peut réclamer la paternité d'une telle démarche puisqu'il présente la seconde (juge constitutionnel) comme l'organe par lequel s'exerce la première (justice constitutionnelle) ; voir C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, cité par, Louis Favoreu, P. Gaia, R. Ghevontian, J.-L. Mestre, O. Pfersmann, A. Roux & G. Scoffoni, *Droit constitutionnel*, Droit public Science politique, *Ibid.*

³³² Pour plus d'information sur le processus de justice transitionnelle en RCA, lire Arnaud Yaliki, *Quelle justice pour une réconciliation nationale ? Cas de la République Centrafricaine et de la République de Côte d'Ivoire*, Thèse de doctorat en Droit, Université Paris-Est, 2018.

³³³ D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 2^e éd., Montchrestien.

temps, spécialement, depuis le retour à la légalité constitutionnelle, comme consolidatrice de l'ordre constitutionnel (II).

I. LA PERIODE DE LA TRANSITION, UNE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE SUR-MESURE

Le changement anticonstitutionnel de gouvernement de 2013 a entraîné la suspension de la Constitution du 27 décembre 2004³³⁴. Une période de Transition politique a été ouverte, avec l'adoption d'une Charte constitutionnelle de Transition (ci-après « la Charte »), faisant office de la Constitution de la période de Transition, avec une Cour constitutionnelle de Transition (ci-après « la Cour » ou « la CCT » chargée d'assurer la justice constitutionnelle.

Dans l'accomplissement de sa mission, la CCT a été amenée, pour l'essentiel, à trancher deux questions cruciales : celle de sa propre légitimité à agir, d'abord, à travers la question à priori technique de sa compétence pour recevoir le serment du Président de la République élu (A), celle, ensuite, des garanties démocratiques par l'élection, à travers le contentieux électoral proprement dit (B).

A. Question de légitimité : autour de la compétence de la CCT pour recevoir le serment du Président de la République élu

Par requête du 03 avril 2015, le Chef du gouvernement de Transition a saisi la Cour d'une demande d'avis portant sur le referendum constitutionnel prévu à l'article 44-5 de la Charte et sur l'interprétation de l'article 104 de la Charte relativement au remplacement des organes de la Transition par les nouvelles institutions à l'issue de la période de Transition. Le requérant a sollicitait plus précisément l'avis de la Cour sur la constitutionnalité de la décision envisagée d'organiser les élections présidentielles et législatives telles que prévues à l'article 44 tiret 5 de la Charte³³⁵ avant l'adoption, par referendum populaire de la

³³⁴ Acte constitutionnel du 26 mars 2013.

³³⁵ L'article 44-5 de la Charte dispose que le gouvernement a en charge pendant la période de Transition de « Préparer et organiser un referendum constitutionnel ainsi que des élections présidentielles et législatives libres, démocratiques, transparentes et régulières ».

loi fondamentale. Il sollicitait également l'avis de la Cour sur l'interprétation de l'article 104³³⁶ quant à la compatibilité d'une telle éventualité avec la durée de la Transition.

Il s'agissait d'une demande d'avis, mais la Cour, gardienne de la Charte, a décidé de « *rendre une décision*³³⁷ », ce qui est plus significatif de sa volonté, eu égard au caractère délicat de la question posée, dont les répercussions sur le reste de la Transition sont nombreuses³³⁸, de fixer impérieusement le droit, en posant un acte insusceptible de tout recours et s'imposant à tous.

1. La CCT, une juridiction compétente pour recevoir le serment du Président de la République élu

Sur le fond de la question posée, il s'agissait de savoir si la CCT est compétente pour recevoir le serment du Président de la République élu. La réponse de la CCT est affirmative. Partant de ce que la Charte est exécutée comme Constitution de la RCA pendant la période de Transition et que la nouvelle Constitution adoptée par referendum entre en vigueur le jour de l'investiture du Président de la République le 30 mars 2016, la Cour estime que le chef de l'État de Transition « *promulgue la nouvelle Constitution adoptée par referendum le jour de l'investiture du Président de la République élu et préalablement à sa prestation de serment* ». Elle a par conséquent jugé que l'argument du Premier Ministre soutenant dans sa requête que la CCT n'est pas habilitée à recevoir le serment du Président de la République élu n'est pas conforme à la Charte (art.76-5).

Cette jurisprudence est l'une des plus de la Transition. Elle n'en soulève pas moins certaines questions épineuses, dont celle des pouvoirs des institutions de

³³⁶ Au sens des dispositions de l'article 104, les cinq institutions que sont le *Chef de l'État de la Transition*, *Le Premier Ministre*, *la CCT*, *le CNT*, *le Haut Conseil de l'information et de la Communication*, restent en place jusqu'à la prise de fonction effective de leurs successeurs respectifs, issus de la Constitution.

³³⁷ Voir décision, p.2.

³³⁸ Pour aller loin sur l'importance des avis d'une juridiction constitutionnelle, lire R. Arzac, « *La fonction consultative du Conseil constitutionnel*, *Revue française de droit constitutionnel*, PUF, 2006, n°68, p.1.

Transition à l'égard de la Charte et de la Constitution du 27 décembre 2004 qu'elle abroge. En effet, il pouvait être soutenu, par référence au principe de parallélisme des formes ou des compétences, que le CNT n'a ni compétence ni légitimité pour abroger une Constitution adoptée en promulguée dans des conditions régulières. Comme l'a souligné le professeur Jean-François Akandji-Kombé, une telle compétence n'est guère concevable du point de vue de la logique constitutionnelle, « *entendue non seulement comme logique juridique, mais aussi et surtout comme logique démocratique*³³⁹.

2. Le parallélisme de compétence, un principe inviolable en matière constitutionnelle

De fait, du point de vue juridique, cette disposition porte atteinte au principe du parallélisme de compétence, principe selon lequel, il appartient à l'autorité compétente chargée d'adopter un acte juridique de le modifier. Certes, ce principe peut être tempéré, mais seulement dans le domaine administratif où le supérieur hiérarchique a le pouvoir d'annuler ou d'abroger les actes juridiques posés par ses subordonnés. Mais en matière constitutionnelle, il ne paraît pas pouvoir être négocié. Ainsi que l'a souligné Jean François Akandji-Kombé, il s'agit là, d'une conception cardinale du droit constitutionnel, celle selon laquelle au-dessus du pouvoir constituant, « *il ne saurait y avoir d'autre autorité* »³⁴⁰.

Une fois cette question liée à la légitimité de la Cour à recevoir le serment du Président de la République élu a été tranchée, la Cour s'était cette fois, sur les contentieux électoraux proprement dits.

B. Des contentieux électoraux au-delà de la démocratie

Les élections sont importantes mais ne suffisent pas pour pacifier un pays. Comme l'a souligné le Secrétaire Général des Nations Unies Koffi Annan (2001) : « *On croit souvent en Afrique que la démocratie ce sont les élections. C'est plus*

³³⁹ J-F. Akandji-Kombé, « *Sortir du Guépier-Centrafrique par le droit ? A propos de la décision de la Cour constitutionnelle de transition du 15 avril 2015* », publié le 26 avril 2015 à Paris, p. 4.

³⁴⁰ Ibid.

que cela. D'abord l'Etat de droit, le respect des minorités, l'éducation et la santé, c'est surtout une classe politique loyale envers sa population ».

En RCA, comme dans d'autres pays d'Afrique ayant participé à la vague de démocratisation des années 1990³⁴¹, l'organisation des élections libres et transparentes pose d'incommensurables difficultés techniques de tous ordres³⁴². Une élection disputée est l'occasion d'abondants contentieux susceptibles de provoquer les violences ou de dégénérer en guerre civile³⁴³.

Les juridictions constitutionnelles doivent donc s'assurer du respect des principes fondamentaux en droit international³⁴⁴ et doivent garantir l'expression libre et transparente du suffrage, dans un contexte qui est généralement de défiance de la part des parties prenantes, les partis politiques³⁴⁵. Cette mission est importante dans la mesure où la régularité et la sincérité des élections politiques *« sont une des conditions du maintien de la croyance en la vertu du processus de désignation des représentants du peuple et, en conséquence, de l'élection comme fondement démocratique de la légitimité³⁴⁶»*.

C'est dire que l'importance du rôle de la CCT. Pendant la période de Transition en RCA, en effet, la CCT s'est vu attribuer des pouvoirs importants en matière électorale qui lui ont permis d'interpréter et de juger les actes juridiques et les faits juridiques électoraux.

³⁴¹ Pour plus d'informations en la matière, voir précisément G. CONAC (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, 1993.

³⁴² J. Du Bois De Gaudusson, « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », Cahiers du Conseil Constitutionnel, n°13/2002, p. 139 et s.; cité par p.2. Stéphane Bolle, *Les cours constitutionnelles africaines et les crises*, In *Les juridictions constitutionnelles africaines et les crises électorales*, Association des Cours Constitutionnelles ayant en partage l'Usage du Français, 5^e congrès, Cotonou, juin 2009. p.2.

³⁴³ Ibid.

³⁴⁴ Ces principes sont énoncés par G-S. Goodwin-gill, *Elections libres et régulières*, nouvelle édition augmentée, Genève, Union interparlementaire, 2006, 233 pp.

³⁴⁵ Ibid.

³⁴⁶ D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1993, pp. 122-123 ; cité par Stéphane Bolle, *Les cours constitutionnelles africaines et les crises*.

1. L'interprétation des actes juridiques électoraux

Par actes juridiques, on entend la manifestation de la volonté destinée à produire des effets de droit, qui apportent une modification à l'ordonnement juridique³⁴⁷. Deux questions principales ont retenu l'attention de la Cour : le droit de vote des réfugiés et l'éligibilité ou non des principaux acteurs de la Transition aux élections de 2015, d'une part, et la question de la fin de la Transition, d'autre part.

a. Concernant le droit de vote des réfugiés et l'éligibilité des acteurs de la Transition

En ce qui concerne le droit de vote des réfugiés, le Chef d'État de la Transition a saisi la Cour par requête en date du 10 juillet 2015 d'une demande aux fins d'examiner la conformité à la Charte de la loi portant dérogations à certaines dispositions de la loi n°13.003 du 13 novembre 2013 portant Code électoral de la RCA. Dans son exposé, il a affirmé que le projet de cette loi a été adopté avec amendements par le CNT lors d'une plénière. L'avis préalable de la Cour est donc sollicité avant sa promulgation³⁴⁸. Il s'agit principalement de la question de savoir si les réfugiés centrafricains peuvent voter ou non.

La Cour a répondu par l'affirmative, une position fondée sur les dispositions de l'article 20.6 de la Charte « *Tout citoyen a le droit de voter* ». Sachant que le principal argument pour appuyer cette requête est lié à la crise, qui rendrait matériellement impossible d'organiser des élections inclusives. La Cour a estimé que les difficultés techniques, matérielles et celles liées à l'insécurité ne permettent pas de dénier aux citoyens centrafricains qui ont craint pour leur vie, leur droit de vote est un droit fondamental³⁴⁹. La Cour s'est ensuite prononcée sur la véritable question posée, notamment l'inéligibilité ou non des principaux acteurs de la Transition.

³⁴⁷ S. Guinchard & T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 22^e éd. 2014-2015, Dalloz, P.25.

³⁴⁸ Art. 79 de la Charte : « *La Cour constitutionnelle de Transition est tenue de statuer dans un délai de trois mois. En cas d'urgence, ce délai est ramené à huit (8) jours* ».

³⁴⁹ CCT, *Décision n° 008/15/CCT du 20 juillet 2015 sur l'examen de conformité de la loi n° 13.003 du 13 novembre 2013 portant Code électoral de la République Centrafricaine*.

La Cour s'est ensuite prononcée sur l'inéligibilité ou non des principaux acteurs de la Transition.

Par requête du 23 juillet 2015, le Chef de l'État de Transition a saisi la Cour pour solliciter l'interprétation de l'article 106 de la Charte, relatif à l'inéligibilité du Chef de l'État de la Transition, du Premier Ministre de la Transition, des membres du gouvernement de Transition et des membres du Bureau du CNT, les juges constitutionnels et les membres du Haut Conseil de la Communication aux élections présidentielle et législatives organisées après la Transition. La CCT devrait déterminer si les inéligibilités telles que fixées s'appliquent aux personnalités qui ont cessé d'exercer leurs fonctions avant la fin de la Transition au même titre qu'à celles qui demeurent en fonction à la date d'échéance de la Transition.

b. Concernant la fin de la transition

Avant de traiter la principale question posée, la CCT a fondé son argument autour de deux questions préalables : l'unicité de la Transition et le caractère général et impersonnel de la Charte.

S'agissant du premier point.

La Cour devrait déterminer si les différentes personnalités qui ont occupé divers postes de responsabilités cités ci-haut, l'ont fait dans une seule Transition ou non ; et, par conséquent, ne peuvent plus être candidats aux futures élections qui marquent la fin de la Transition. La Cour, sur fondement de l'article 103 de la Charte a estimé que la durée initiale de la Transition est de dix-huit (18) mois et est susceptible d'être portée à vingt-quatre mois sur avis conforme des médiateurs de la crise centrafricaine. En cas de nécessité, cette durée peut être examinée par la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement de la Communauté économique des États de l'Afrique centrale (CEEAC)³⁵⁰, sur proposition conjointe des principaux acteurs de la Transition. En application de ces dispositions, allègue la Cour, la période de Transition a débuté avec l'investiture du Chef de l'État par la Cour, au cours d'une cérémonie officielle qui s'était déroulée au palais du CNT le 18 août 2013 après l'entrée en vigueur de la

³⁵⁰ Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale.

Charte et est censée prendre fin le 17 février 2015. En plus, poursuit la Cour, la Transition a été prolongée une première fois de six (6) mois sur avis conforme du Médiateur international de la crise centrafricaine en date du 22 décembre 2014³⁵¹, la fin de la Transition étant ainsi reporté au 17 août 2015.

La décision des Chefs d'État de la CEEAC en date du 30 juillet 2013, dont la CCT a constaté la conformité à la Charte dans sa décision n°009 du 14 août 2015, a prolongé de nouveau la Transition jusqu'au 30 décembre 2015 et ces différentes prorogations ont été faites dans le strict respect de la Charte, elles n'ont pas eu pour conséquence l'instauration des Transitions successives mais la prolongation de la Transition ayant démarré le 18 août 2013 et devant s'achever désormais le 30 décembre 2015³⁵², a souligné la CCT. Les différentes personnalités ayant accédé aux fonctions visées par les dispositions de l'article 106 de la Charte les ont exercées dans le cadre « *d'une seule et même Transition* ³⁵³», a conclu la Cour.

A travers cette décision, la Cour a sauvé *in extremis* le processus politique. Affirmer le contraire aurait vidé la Transition de toute sa substance juridique et politique et instauré une plus longue Transition. Mais la Cour ne s'est pas arrêtée là, elle en a profité pour rappeler un autre principe général de droit, notamment le caractère général et impersonnel de la règle de droit, en estimant que ces clauses d'inéligibilité ne visent nommément aucune des personnalités ayant exercé ou exerçant les fonctions visées à l'article 106 pendant la Transition³⁵⁴. C'est dire que les hautes personnalités désignées aux postes se sont succédées aux fonctions sans que la Charte puisse les distinguer les unes des autres et ceci, quelles que soient les personnalités ayant exercé ces fonctions et qu'elle ait été la durée de leurs fonctions. La Cour a estimé qu'il n'y a donc pas lieu pour la Charte de faire référence à ces personnalités susmentionnées. Chaque fonction

³⁵¹ La conformité de cet avis à la Charte a été constatée par le Cour, dans sa décision n° 003/15/CCT du 16 janvier 2015.

³⁵² Voir décision de la Cour, p.4.

³⁵³ Ibidem.

³⁵⁴ Chef de l'État de la Transition, de Premier Ministre de Transition, de membre du gouvernement de Transition, de membres du Bureau du CNT, de juge constitutionnel de Transition ou encore de membre du Haut Conseil de Communication de Transition.

demeurant donc régie de façon « *impersonnelle par les articles concernés de la Charte* ³⁵⁵ ».

Cette décision fait expressément des clauses d'inéligibilité un verrou constitutionnel. Le pouvoir constituant originaire a donc institué un véritable verrou constitutionnel, interdisant toute velléité de nature à réviser la Charte concernant les inéligibilités, une manière d'exprimer clairement « *sa volonté de voir scrupuleusement ces inéligibilités être respectées par les acteurs de la Transition et par toutes les personnalités ayant exercé les fonctions faisant l'objet des dites inéligibilités* ³⁵⁶ ». Comme l'a si bien déclaré l'avocat centrafricain Julien Assingambi Zarambaud, « *cette disposition est la clé d'une porte qu'on a fermé et jeté dans l'Oubangui* ».

La principale critique essuyée par cette clause d'inéligibilité est qu'en instituant ces clauses d'inéligibilité, le pouvoir semble faire une dérogation à un principe universellement reconnu : l'égalité qui donne droit à tout citoyen de faire acte de candidature aux scrutins présidentiels et législatifs. Mais cette prise de position de la Cour qui tend à devenir un principe dans quasiment tous les États en période de Transition vers la démocratie et la légalité constitutionnelle peut s'expliquer. Peut-être ce sont les tristes expériences anticonstitutionnelles très répandues en Afrique qui peuvent justifier une telle dérogation expresse du pouvoir constituant centrafricain au principe d'égalité. Cette décision est consolidée par les contentieux liés, cette fois, aux faits juridiques électoraux.

2. Les faits juridiques électoraux saisis par le droit

Les faits juridiques se présentent comme des faits ou événements susceptibles de produire des effets de droit. Ils consistent à sanctionner les déviations à la légalité du scrutin, susceptibles d'être sanctionnées par la Cour. La CCT a donc invalidé certaines candidatures qui n'ont pas réuni les conditions telles que fixées par le code électoral et a validé la procédure référendaire pour l'adoption de la Constitution du 30 mars 2016.

³⁵⁵ Voir décision, p.4.

³⁵⁶ Voir décision, p.5, §1^{er}.

i) **Les candidatures à l'élection présidentielle organisée à l'issue de la Transition**

Par requêtes de Djimassé Marcel et Yakété Joseph, la Cour a été saisie aux fins de contentieux de leur inscription sur la liste des candidats rejetés par l'A.N.E. Faut-il le rappeler, au sens de l'article 109 du code électoral, ne peuvent être candidats à l'élection présidentielle que les hommes et les femmes centrafricains d'origine, âgé de trente-cinq ans (35) au moins et ayant une propriété bâtie sur le territoire national. Ils doivent de surcroît jouir de leurs droits civiques, être de bonne moralité et aptes à assurer les fonctions de leurs charges³⁵⁷.

En considération de tous ces éléments, la CCT a validé trente (30) candidatures pour l'élection présidentielle de 2016 et en a invalidé d'autres. Seulement, la CCT, semble-t-il, n'a pas pris les soins de préciser ce qu'elle entend par « *moralité douteuse* ».

En effet, le Code électoral (art. 109) précité mentionne la « bonne moralité » comme condition pour être candidat. Reste que le législateur centrafricain n'a pas précisé ce qu'il entend par « bonne » ou « mauvaise » moralité. Qu'entend-on par « *bonne moralité* » ? Le législateur centrafricain exige aux candidats à des élections les plus importantes d'être de bonne moralité, sans pour autant préciser les éléments constitutifs de cette « bonne » ou « mauvaise » moralité. Du point de vue du droit, on ne peut laisser les candidats dans une incertitude totale, susceptible de laisser place à l'arbitraire de l'A.N.E. La Cour aurait-elle dû exiger du législateur la précision dans des termes clairs et précis cette notion ? Il a fallu attendre les élections de 2020 pour que le juge constitutionnel centrafricain définisse avec une grande précision la notion de « bonne moralité »³⁵⁸.

ii) **La validation du referendum du 13 décembre 2015 par la Cour**

³⁵⁷ CCT, Décision N 15/15/ CCT du 08 décembre 2015 sur les candidatures à l'élection présidentielle organisée à l'issue de la Transition.

³⁵⁸ Elle est abordée dans la seconde partie de ce travail.

Nous ne retiendrons pas la définition du referendum comme « *procédure dans laquelle le corps des citoyens d'un État est invité à dire ce qu'il pense d'un acte juridique intéressant l'État* ³⁵⁹ », mais plutôt la procédure entreprise par les autorités publiques, qui intervient à la suite de l'élaboration d'une loi, dans le but que celle-ci « *devienne juridiquement parfaite et obligatoire qu'après avoir été acceptée par le peuple* ³⁶⁰ ».

Le contrôle du referendum par le juge constitutionnel est l'une des questions qui animent le monde du droit constitutionnel. Il oppose deux mécanismes. D'une part, on fait recours à la population pour faire un choix portant sur une question politique. D'autre part, l'instauration du contrôle de constitutionnalité dans le but de garantir le respect de la hiérarchie des normes. A première vue, ces deux mécanismes semblent poursuivre des buts différents, mais à vrai dire, ils convergent vers un intérêt commun, celui de « *participer à la réalisation d'une conception idéale de la démocratie fondée sur l'égalité, la justice et la liberté (...) et présentent tous deux un progrès pour les droits des citoyens* ³⁶¹ ». Aussi, le fait que le referendum soit saisi par la justice constitutionnelle suscite un questionnement des relations entre la souveraineté populaire et les exigences de l'État de droit. Jusqu'où le peuple va-t-il exercer sa souveraineté par le biais du referendum ? En d'autres termes, quel est le périmètre exact de la souveraineté du peuple lorsqu'il s'exprime pour la voie du referendum ?

Mais il existe un problème consubstantiel à toute opération référendaire dans quasiment tous les pays où les citoyens sont appelés à voter en faveur ou non d'un texte, à des degrés variables. Dans un pays comme la RCA où le taux d'analphabétisme est élevé, il est certain que la majorité de la population ne maîtrise pas le texte de la proposition de Constitution qui lui a été soumis au vote. Pour ce référendum, la régularité a été constatée par la CCT dans sa décision n°16/15/CCT du 24 décembre 2015 portant proclamation des résultats définitifs du scrutin référendaire du 13 décembre 2015.

³⁵⁹ J-F. Aubert, « *Le referendum populaire* », Revue de droit suisse, 1972, p.481.

³⁶⁰ J. Barthélemy & P. Duez, *Traité élémentaire et droit à l'auto-détermination*, Dalloz, 1926, p.125.

³⁶¹ M. Fatin-Rouge Stéphanini, *Le contrôle du referendum par la justice constitutionnelle*, Op. Cit. p.15.

Dans cette décision, la Cour a d'abord rappelé l'article 177 du Code électoral, relatif à l'objet du referendum, réputé approuvé lorsque la majorité absolue des votants a exprimé une opinion favorable. Dans le cas contraire, l'objet du referendum est rejeté. C'est ainsi que le 13 décembre 2013, la proposition de Constitution élaborée par le Conseil National de Transition a été soumise à l'approbation du Peuple centrafricain qui devait, par « OUI » ou par « NON » l'adopter ou la rejeter. La Cour a estimé qu'au regard des résultats obtenus, la proposition de Constitution a recueilli plus de la majorité absolue des suffrages exprimés valablement pour le « OUI ». Par conséquent, la Cour a donc validé et proclamé les résultats définitifs du referendum du 13 décembre 2015 sur la proposition de Constitution de la RCA.

Toutes ces décisions de la CCT pendant la période de Transition, dans un contexte politique difficile se sont consolidées avec le retour à la légalité constitutionnelle, notamment avec la Constitution du 30 mars 2016.

II. LE RETOUR A LA LEGALITE CONSTITUTIONNELLE : VERS LA CONSOLIDATION DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Il est souvent classique de mettre dos à dos le couple légalité et légitimité. Mais la question est plus intéressante si un rapprochement est établi, entre légalité et constitutionnalité, puisque dans l'état légal, la constitutionnalité est une composante de la légalité³⁶². Une telle démarche a été parfaitement illustrée au sujet de l'état de droit sous la III^e et IV^e République française par Georges Vedel dans cette formulation : « *La constitutionnalité n'est que la mise en œuvre dans un cas particulier de l'idée de légalité* ³⁶³».

³⁶² Pour reprendre L. Favoreu, « *légalité et constitutionnalité* », Cahier du Conseil constitutionnel, n°3, Novembre 1997.

³⁶³ G. Vedel, cité par L. Favoreu, Ibid.

Le retour à la légalité constitutionnelle en RCA après trois ans de Transition politique était marqué par la prestation de serment du Président de la République élu le 30 mars 2016, couplée avec la promulgation de la Constitution. Cette période est marquée par des séismes jurisprudentiels inédits (A) qui sont consolidés par d'autres décisions relatives à certaines réformes ou projets de réforme du gouvernement (B).

A. Une période marquée par des séismes jurisprudentiels inédits

Dans cette période, la Cour a écarté la volonté du gouvernement à instaurer une nouvelle Transition (1) et; pour une première, a déterminé au cas par cas les éléments constitutifs de la « *bonne moralité* », une notion jadis floue.

1. Un risque d'instauration d'une nouvelle Transition écarté par la Cour

A l'approche des élections présidentielle et législative prévue le 27 décembre 2020, des inquiétudes au sujet d'une probable force majeure, liée à la pandémie du coronavirus et susceptible de provoquer un glissement du calendrier électoral se faisait sentir. Une inquiétude compréhensible puisque dans l'intervalle, la courbe des cas testés positifs au covid19 suivait une progression géométrique, avec plus de deux cent nouveaux cas quasiment tous les jours.

C'est ainsi que par requête du 15 mai 2020, le Président de l'Assemblée nationale (le Parlement) a sollicité l'avis de la Cour en procédure d'urgence, sur une proposition de loi modifiant et complétant certaines dispositions de la Constitution du 30 mars 2016. Dans la lettre de saisine, le requérant a transmis à la Cour la proposition de loi constitutionnelle, l'avis du gouvernement, l'exposé des motifs et la liste des députés signataires. Sur demande du président de la Cour, le requérant a transmis en date du 30 mai 2020, la liste originale des députés signataires en précisant que l'annonce de cette initiative de proposition de loi constitutionnelle a été faite en séance de concertation, en application des dispositions de l'article 99 du Règlement intérieur de l'Assemblée Nationale et que c'est suite à cette concertation que des députés ont engagé leur soutien à

la proposition de loi constitutionnelle en apposant leur signature au bas de la liste ouverte à ce propos.

Sur le contenu de cette proposition de la loi constitutionnelle, les articles 36 et 68 de la Constitution ont été fondamentalement modifiés en cas de force majeure justifiée par la pandémie de coronavirus. Le Président de la République demeure en fonction jusqu'à l'installation du nouveau Président de la République, proclamé élu par la Cour à la proclamation des résultats définitifs de l'élection présidentielle reportée. Ceci de même pour l'Assemblée Nationale qui devrait rester en place jusqu'à l'installation effective de l'Assemblée Nationale élue à l'issue du scrutin reporté.

Dans son avis inédit rendu le 05 juin 2020³⁶⁴, la Cour a jugé inopérante la procédure d'urgence telle que demandée par le Président de l'Assemblée nationale dans sa requête. Ensuite, elle s'est prononcée tour à tour sur la régularité de la procédure et la compatibilité des amendements proposés avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles. Enfin, la Haute juridiction en matière constitutionnelle a formulé des observations allant dans le sens d'un consensus.

2. La procédure d'urgence jugée inopérante par la Cour

Dans sa lettre de saisine, le Président de l'Assemblée nationale a sollicité la procédure d'urgence, qui trouve son fondement à l'article 98 alinéa 2 de la Constitution selon lequel, lorsque la Cour est saisie, elle est tenue de statuer dans un délai d'un mois. En cas d'urgence, ce délai est ramené à huit (08) jours. Sur la forme, une telle demande est recevable puisque le Président de l'Assemblée Nationale fait partie des personnalités habilitées par la loi³⁶⁵ à invoquer l'urgence dans l'acte de saisine en ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité des lois.

Cependant, sur le fond, la Cour a souligné qu'en ce qui concerne les demandes d'avis en général ou les demandes d'avis sur les projets ou propositions de

³⁶⁴ Avis n° 015/cc/20 du 05 juin 2020 relatif à la révision de certaines dispositions de la constitution du 30 mars 2020.

³⁶⁵ Loi n°17.004 du 15 février 2017 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

révision constitutionnelle, la procédure d'urgence n'est pas prévue. Par conséquent, la demande d'examen selon la procédure d'urgence « *ne peut donc prospérer* ».

3. La procédure utilisée pour recueillir les signatures des députés entachée d'irrégularité selon la Cour

Il n'est pas sans importance de rappeler que la liste des signataires transmise à la Cour comportait cent un (101) noms de députés, ce qui correspond aux deux tiers exigés par la Constitution pour saisir la Cour en procédure d'urgence. Cependant, la Cour a estimé que la procédure est viciée puisque « *... les députés ont été contactés les uns après les autres pour recueillir leur signature* », cela ne correspond pas à l'exigence de l'article 151 de la Constitution qui précise que ceux-ci « *doivent statuer à la majorité des deux tiers* » et qu'il y a nécessité que l'approbation des députés « *soit donnée en plénière* », tous les députés étant rassemblés « *afin de pouvoir statuer sur l'initiative de révision de la Constitution* », ce qui n'a pas été le cas, poursuit la Cour.

Dans son mémoire, le Président de l'Assemblée Nationale a évoqué l'article 39 du Règlement intérieur de l'Assemblée Nationale qui dispose que : « *l'Assemblée Nationale se réunit en concertation à huit clos deux fois par mois pendant la session ordinaire* ». Cet argument a été rejeté par la Cour qui a estimé que : « *cette réunion de concertation ne peut se substituer à une plénière lors de laquelle les députés auraient dû manifester leur consentement à l'initiative au sens de l'article 151 de la Constitution* ». En conséquence, conclut la Cour, la procédure utilisée pour recueillir la signature des députés et ainsi rapporter la preuve de leur adhésion à l'initiative n'est pas conforme à l'article 151 de la Constitution.

4. L'incompatibilité des amendements proposés avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles

Il n'est pas inutile de rappeler ici que les motifs exposés par les initiateurs de la proposition de loi spécifient que l'objet de la proposition de loi est de « *prévenir tout cas de force majeure pouvant entraîner le glissement de la période électorale*

prévue par la Constitution, le cas de force majeure évoqué étant la pandémie du coronavirus qui, si elle durait, pourrait justifier le glissement du calendrier électoral ». Certes la raison liée à la pandémie peut se justifier, mais le contexte politique instable, lié à la fragilité des institutions, mais aussi, l'insécurité ne permettant pas de rétablir l'autorité de l'Etat sur toute l'étendue du territoire : tous ces éléments ont poussé la Cour à décider qu'il n'est pas souhaitable « *d'envisager la suspension de la Constitution pour l'instauration d'une Transition* ».

Aussi, les mandats des Présidents de la République et de l'Assemblée Nationale s'achevaient-ils pratiquement en même temps et qu'ainsi le Président de l'Assemblée Nationale qui aura perdu toute légitimité ne pourrait assurer l'intérim du Président de la République, Chef de l'État. Comme a souligné la Cour, en toute évidence, l'article 47 de la Constitution ne prévoyait la suppléance par le Président de l'Assemblée Nationale qu'en cas de destitution, d'empêchement définitif et du décès du Président de l'Assemblée Nationale..

Par ailleurs, la Cour a estimé que compte tenu du vide juridique constaté, il y a lieu pour le gouvernement de « *recourir à une concertation nationale* » qui permettra de « *trouver une solution consensuelle au règlement de cette éventualité* ». Bien entendu, il ne s'agit pas d'instaurer une transition, une telle hypothèse souhaitée par l'opposition a été écartée par la Cour, qui la considère comme « *la conséquence d'un changement inconstitutionnel de régime prohibé par la Constitution* ».

1. La bonne moralité, une notion délimitée au cas par cas par la Cour

Dans un pays post-conflit comme en RCA, les garanties de non répétition sont un cadre de justice transitionnelle - un ensemble de mesures conçues pour empêcher que les violations graves des droits de l'homme ne se reproduisent à l'avenir³⁶⁶. Elles comprennent un large éventail³⁶⁷ et impliquent une « *association*

³⁶⁶ Pablo de Greiff, « *Les garanties de non-répétition sont essentiellement d'ordre préventif* », in Rapport sur la promotion de la vérité, de la justice, de la réparation et des garanties de non-répétition (A/HRC/30/42), 7 septembre 2015, §24.

³⁶⁷ Il s'agit de « *la réforme des institutions, le démantèlement des groupes armés non officiels, l'abrogation de la législation d'urgence incompatible avec les droits fondamentaux,*

d'actions délibérées et diverses qui contribuent à réduire la probabilité de la répétition de violations ³⁶⁸ ». Il est donc important, surtout dans le cas centrafricain, que ces réformes institutionnelles soient accompagnées d'un assainissement du personnel, de veiller pour que toutes les personnes impropres ne restent pas au sein de ces institutions et que leurs antécédents soient bien scrutés avant de les autoriser à occuper une fonction de souveraineté³⁶⁹.

Ainsi, après la Transition politique, une autre période a été ouverte : celle des élections présidentielle et législatives, pour désigner « des bons citoyens » et leurs confier la gestion de la chose publique. Comme l'a souligné Marcus Tullius Cicéron (106-43 av. J.-C.), « *c'est dans la morale des citoyens que réside le bien-être de la République* ». Dans la gestion des contentieux liés aux candidatures, la haute juridiction en matière constitutionnelle a délimité au cas par cas la notion de « bonne moralité », lui permettant d'invalider plusieurs candidatures.

Pour l'élection présidentielle en 2020, la Cour a invalidé la candidature de M. Mandala Jean-Michel, président du parti PGD, pour « *corruption passive avérée* », reconnue par l'intéressé pendant la 6^e législature en relation avec un dossier lié aux prérogatives du Parlement, alors que l'intéressé est président d'une Commission parlementaire. La candidature de l'ancien Président de la République M. Bozizé François, a aussi été invalidée pour deux raisons. Primo, ce dernier fait l'objet d'un mandat d'arrêt international du doyen des juges d'instruction du tribunal de grande instance de Bangui, lancé contre lui le 31 mars 2014 pour assassinat, arrestation, séquestration, détentions arbitraires et tortures, destruction et incendies de maisons, enlèvement, exécution sommaires et extrajudiciaires et détournement de deniers publics. Secundo, la Cour a estimé que le candidat Bozizé fait l'objet de sanctions, selon les termes de la Résolution

l'assainissement des forces de sécurité et de l'appareil judiciaire, la protection des défenseurs des droits de l'homme et la fourniture d'une formation relative aux droits de l'homme aux forces de sécurité », voir Rapport du Rapporteur spécial Pablo de Greif, Ibid., p.23.

³⁶⁸ Ibidem, p.25.

³⁶⁹ Nations Unies, *Rapport du Projet Mapping documentant les violations graves du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire commises sur le territoire de la République Centrafricaine de janvier 2003 à décembre 2015*, 2017, République Centrafricaine 2003-2015, p. 319.

2127 (2013) du Conseil de Sécurité des Nations Unies, sanctions renouvelées par la Résolution n° 2536 du 28 juillet 2020³⁷⁰.

La candidature de M. Arnel Ningatoloum Sayo a aussi été invalidée pour « *appartenance à un groupe armé actif ou d'auto-défense* », sur fondement de l'article 128.1 de la Constitution qui dispose : « *l'usurpation de la souveraineté par coup d'Etat, rébellion, mutinerie ou tout autre procédé non démocratique constitue un crime imprescriptible contre le peuple centrafricain* ».

Pour les élections législatives, la Cour a invalidé d'autres candidatures pour des motifs divers : M. Mathurin Dimbelet-Nakoe, pour « *détournements de deniers publics, de faux et usage de faux, de prise d'intérêts dans un acte, trafic d'influence et abus de biens sociaux* », « *tentative de manipulation des votes à l'Assemblée Nationale pendant la 6^{ème} législature et pressions exercées sur le Ministre de l'Administration du Territoire*³⁷¹»³⁷².

La candidature de M. Teddy Arnauld Weidane a été invalidée car il existait contre ce dernier une ordonnance portant injonction de payer du 30 janvier 2020 du Président du Tribunal de commerce de Bangui, la somme de 5.400.000 FCFA à titre d'arriérés de créance impayée. Aussi, ce dernier était visé par une plainte en France en 2020 devant le Commissariat de Puteaux La défense.

Cette décision est inédite dans l'histoire des contentieux électoraux, surtout dans un pays encore très fragile. D'abord, pour la première fois, une juridiction constitutionnelle a défini avec une très grande précision, les éléments constitutifs d'une notion aussi floue qu'ambiguë : la bonne moralité. A travers cette décision, on pourra déduire que la bonne morale ou la probité désigne « *toute personne qui n'a pas détourné les deniers publics, qui n'a pas été condamnée pour fraude par n'importe quelle institution, qu'elle soit administrative ou juridictionnelle, qui n'a pas fait la déclaration de patrimoine*

³⁷⁰ Décision n° 026/CC/20 du 03 décembre 2020 *Arrêtant la liste définitive des candidats à l'élection présidentielle du 27 décembre 2020*, p.6.

³⁷¹ La Cour s'est basée sur le réquisitoire introductif du procureur de la République, près le tribunal de grande instance de Bangui du 06 février 2012 et l'arrêt de la Cour d'Appel de Bangui du 18 septembre 2013, Affaire Ministère Public, Etat centrafricain et SOCAPS contre Dembélé Nakoe Mathurin et autres inculpés.

³⁷² Décision n° 024/cc/20 du 27 novembre 2020, arrêtant la liste définitive des candidats aux élections législatives du 27 décembre 2020.

avant et après une haute fonction occupée, qui incite à la haine et à la violence, qui a créé et ou entretenu la rébellion ; bref, toute personne, physique ou morale, qui respecte les droits de l'homme, la démocratie, la bonne gouvernance, l'état de droit et la dignité de la personne humaine ».

Plus précisément, la bonne moralité désigne toute personne loyale et respectueuse des lois, règlements et mœurs universellement partagés. Les citoyens qui ne répondent donc pas à ces caractéristiques ne peuvent occuper des postes de responsabilité (nominatifs ou électifs).

Cela permet d'écartier sur des critères purement objectifs tous les fossoyeurs de la Républiques, les personnes antisociales qui sont à la base de la récurrence des crises en Centrafrique. L'histoire de la RCA nécessite de telles réformes institutionnelles, puisque ce sont les mêmes personnes improbables qui font la rotation dans un même système.

A contrario, Pour éviter des troubles à l'ordre public susceptibles d'être engendrés par de telles décisions, souvent le juge constitutionnel a ce courage de valider une candidature rejetée à tort par l'administration électorale. Ainsi, le Conseil Constitutionnel du Sénégal a-t-il déclaré recevable en 1998, une liste de candidats à la députation, au motif que l'absence dans son dossier du récépissé du trésorier général, attestant du dépôt du cautionnement électoral, était imputable à l'administration, faute de permanence au trésor public et d'acceptation par le Ministère de l'Intérieur de la somme exigible, présentée avant l'heure limite de dépôt des candidatures³⁷³ ? Ceci de même pour la Cour Constitutionnelle du Togo qui a annulé en 1999, des décisions du Ministre de l'Intérieur refusant trois candidatures aux élections législatives, sur la base d'une interprétation erronée du délai du paiement du cautionnement électoral³⁷⁴. La Conseil constitutionnel du Benin quant à lui, a constaté en 2003, que la Commission Electorale Nationale Autonome avait violé la loi en rejetant une demande de remplacement sur une liste de candidats d'un ancien ministre

³⁷³ Conseil Constitutionnel du Sénégal, Décision n° 3/E/98 du 15 avril 1998 ; cité par Stéphane Bolle, *Les cours constitutionnelles africaines et les crises*, Ibid., p.11.

³⁷⁴ Cour Constitutionnelle du Togo, Décision E 004/99 du 12 mars 1999.

décédé ... après avoir opéré le remplacement sans disposer d'un certificat de décès³⁷⁵.

Compte tenu de l'opportunité de ces genres de décision, le juge constitutionnel fait face à la lettre de la loi électorale, mais aussi à l'esprit et fait preuve d'une grande mansuétude. A titre d'exemple, en 1998, la Cour Constitutionnelle du Gabon a validé une candidature à l'élection présidentielle, rejetée par la Commission Nationale Electorale pour dossier incomplet, estimant que « *pour des raisons indépendantes de sa volonté, le requérant s'était trouvé dans l'impossibilité de satisfaire aux exigences légales lui imposant d'avoir son dossier de déclaration de candidature complet à la date du 22 octobre 1998* »³⁷⁶.

Mais il faut prendre conscience que nous sommes ici en matière juridique, où le juge doit privilégier l'application de la loi électorale. Ces genres de démarche doivent être l'exception et non la règle, pour ne pas vider la loi électorale de sa substance juridique. Par ailleurs, il faut aussi garder à l'esprit que, rester dans un « *rigidisme juridique* », peut aussi bien plonger un pays dans une crise au lieu de l'éviter. Les cours constitutionnelles du Mali et du Bénin sont conscientes de cela lorsqu'elles ont validé la candidature d'une personne qui avait fait appel de sa condamnation respectivement pour émission de chèque sans provision³⁷⁷ et pour corruption et incitation de mineure à la débauche³⁷⁸.

C'est le même cas de figure en Centrafrique pour la décision en l'espèce, car la validation des candidatures de ces personnalités qui ont la moralité douteuse, qui n'ont aucun sens de civisme et « *qui ne vivent que pour eux-mêmes* »³⁷⁹ pouvait choquer la mémoire collective et engendrer d'autres crises. Mais la Cour constitutionnelle ne s'était pas arrêtée là.

³⁷⁵ Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision EL 03-009 du 21 mars 2003.

³⁷⁶ Cour Constitutionnelle du Gabon, Décision n°010/CC/98 du 29 octobre 1998.

³⁷⁷ Cour Constitutionnelle du Mali, Arrêt n°02-139/CC-EL du 22 juin 2002.

³⁷⁸ Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision EL 03-008 des 20 et 21 mars 2003.

³⁷⁹ Adresse de la Présidente de la Cour constitutionnelle lors de la prestation de serment du Président de la République Centrafricaine, Faustin Archange Touadera, le 30 mars 2016.

B. Décisions SangoCoin et autres : une République saisie par le droit

Le processus de révision de la Constitution centrafricaine du 30 mars 2016 a été fortement influencé par une décision inédite de la Cour. En effet, par requête du 1^{er} août 2022, le G-16, un collectif d'organisation et des partis politiques a saisi la Cour, en lui demandant de déclarer contraire à la Constitution et nuls les actes de l'exécutif organisant la vente de la nationalité, du sol et du sous-sol centrafricains dans le cadre de l'exécution de la loi régissant la crypto monnaie et RCA.

Dans sa décision, la Cour a estimé que la mise en vente de la nationalité centrafricaine publiée par le document officiel « *Sango Genesis Paper* » sur le site « *Sango.org* » est inconstitutionnelle et est annulée en application de l'article 80 de la Constitution » (art.4 de la décision) ; la création et la mise en vente d'une e-Résidence publiée par le document officiel « *Sango Genesis Paper* » sur le site « *Sango.org* » est inconstitutionnelle et est annulée (art.5) ; la mise en vente des terrains et des ressources naturelles publiée par le document officiel « *Sango Genesis Paper* » sur le site « *Sango.org* » est inconstitutionnelle et est annulée (art.6) et, enfin, la publication du document officiel « *Sango Genesis Paper* » uniquement en Anglais n'est pas conforme à l'article 24 de la Constitution (art.7)³⁸⁰. Cela mérite de retenir notre attention sur la forme, notamment la compétence de la Cour pour juger la constitutionnalité d'un acte figurant sur un site internet.

En effet la Cour a déclaré inconstitutionnelles certaines dispositions figurant sur le site internet « *Sango.org* », un site internet officiel tenu par le gouvernement. Se pose la question de savoir, jusqu'où la Cour peut-elle aller au-delà de sa compétence, limitativement délimitée par l'article 95 de la Constitution ?

Il s'agit là d'une innovation dans l'histoire de la justice constitutionnelle centrafricaine, portant sur des questions extrêmement importantes pour une République : la nationalité, la monnaie et l'acquisition des territoires pour les

³⁸⁰ Décision n°008/CC/22 du 29 août 2022 sur la saisine de Jean François AKANDJI-KOMBE et autres, tendant à déclarer contraires à la Constitution et nuls les actes de l'exécutif organisant la vente de la nationalité du sol et du sous-sol centrafricains dans le cadre de l'exécution de la loi régissant la crypto monnaie en République Centrafricaine.

étrangers. Ces questions sensibles pour toute Nation ont certainement emporté l'intime conviction des juges constitutionnels et les ont poussés à se déclarer compétents et la requête recevable. Cette jurisprudence s'est renforcée avec une autre, cette fois liée à la création du pouvoir constituant originaire, chargé de rédiger le projet d'une nouvelle Constitution.

1. Le comité chargé de rédiger le projet de la nouvelle Constitution jugé inconstitutionnel par la Cour

En effet, le 28 août 2022, le Président de la République a créé, par décret n°22.248, le « *comité chargé de rédiger le projet de la Constitution de la République Centrafricaine* ». Les membres de ce comité ont ensuite été désignés par le décret n° 22.367 du 12 septembre 2022 ainsi que le bureau de ce comité par décret n°22.378 du 15 septembre 2022, déclenchant ainsi l'étape ultime de ce projet de révision de la Constitution.

En effet, par requêtes introduites le 22 août 2022, certains partis politiques de l'opposition et autres ont saisi la Cour constitutionnelle afin de constater l'impossibilité de l'organisation d'une révision de la Constitution ou d'un referendum constitutionnel et de déclarer inconstitutionnels tous les décrets susvisés. Dans sa décision n°009/CC/22 du 23 septembre 2022, la Cour a déclaré inconstitutionnels et annulé les trois décrets (art.5 de la décision) et a décidé que la révision de la Constitution ne peut être opérée qu'après la mise en place du Sénat, en application des articles 151 et 152 de la Constitution (art.5). Elle a aussi décidé que la question de l'atteinte à l'unité nationale et à l'intégrité du territoire contenue dans l'article 152 alinéa 2 doit être examinée au moment du recours à la révision de la Constitution, et est donc prématurée (art.6) et qu'une loi constitutionnelle de révision de la Constitution adoptée par le Parlement ne peut à elle seule, contrevenir aux dispositions intangibles contenues dans l'article 153 de la Constitution (art.7).

Cette décision est inédite et certains moyens soulevés par la Cour méritent de retenir notre attention : la nature juridique d'un pouvoir constituant, la compétence de la Cour en matière règlementaire et la question de l'existence d'un parlement bicamérale comme condition de réviser la loi fondamentale.

Mais avant d'aborder la question de la nature juridique de ce pouvoir constituant invalidé par la Cour, il est important de répondre à une question simple mais nécessaire pour comprendre les autres : la Constitution du 30 mars 2016, objet de ce contentieux peut-elle être modifiée ? A cette question, la doctrine a apporté une réponse qui semble faire unanimité. En effet, pour Pierre Pactet, « *Les Constitutions naissent, vivent, subissent les déformations de la vie politique, sont l'objet de révision plus ou moins importantes, et peuvent disparaître* ³⁸¹».

Même si cette citation ne fait pas expressément mention au pouvoir constituant, elle renvoie à ce dernier et montre que toutes les Constitutions peuvent être modifiées, pour les adapter à la réalité politique et sociale d'un Etat. Seulement, il est important de respecter la procédure telle que fixée par la Constitution elle-même, laquelle procédure est différente de celle des lois.

2. Le pouvoir constituant originaire, un pouvoir de fait

Pour certains auteurs, notamment les positivistes, les pouvoirs constituants originaires, sont des pouvoirs extra-juridiques, des pouvoirs de fait, dont on ne peut opérer une qualification juridique. Ainsi, pour Georges Burdeau : « *le juriste ne devrait parler que du pouvoir de révision et jamais du pouvoir constituant originaire, car le pouvoir constituant proprement dit, celui qui établit la première Constitution, n'est qu'un fait* ³⁸²».

Cette thèse est partagée par certains auteurs comme Mundhir El Shawi, qui estime que le pouvoir constituant est avant tout un pouvoir politique, « *sa manifestation, quelque fois sous la forme constituante, n'empêche nullement sa nature d'être toujours identique à elle-même, c'est-à-dire, un pouvoir politique avant tout* ³⁸³». Pour conclure, l'auteur a estimé que « *Le pouvoir constituant n'est par nature différent du pouvoir politique. Il est l'aspect sous lequel se manifeste une des caractéristiques essentielles du pouvoir politique qui est la faculté de*

³⁸¹P. Pactet, *Institutions politiques-Droit constitutionnel*, Paris, Masson, 1991, p.69.

³⁸² G. Burdeau, *Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit français*, Thèse de doctorat en droit, Faculté de droit de Paris, Paris, Macon, 1930, p.15.

³⁸³ M. El Shawi, *Contribution à l'étude du pouvoir constituant ; Thèse de doctorat en droit, Faculté de droit de Toulouse, 1961, p.21.*

s'organiser lui-même ³⁸⁴». René Carré de Malberg est allé loin pour constater que la genèse du pouvoir constituant n'intéresse pas le juriste et ne saurait susciter l'intérêt scientifique que de l'historien ou du politiste³⁸⁵.

Mais cette thèse a été relativisée. Dans le cas d'espèce, ce pouvoir a été formel, car créé par décret du Président de la République, et donc, un acte administratif qui a fait objet de recours devant la Cour constitutionnelle sur fondement de l'article 95 de la Constitution.

On pourra donc déduire que ce comité, créé par décret du Président de la République, n'échappe pas au droit, et donc, un pouvoir juridique. Cela correspond bien à la thèse de George Burdeau qui a fait un examen critique de sa propre thèse, qui voit dans le pouvoir constituant originaire un pur fait. Pour ce dernier, cette thèse soulève une objection très grave, car « *elle conduit à rejeter hors du droit, non seulement l'acte créateur de la première Constitution de l'Etat, mais tout exercice dans sa plénitude, du pouvoir constituant* ³⁸⁶ ». Il conclut que « *... je ne saurais souscrire à un tel ostracisme qui, laissant intact le pouvoir constituant...et son mystère ne saurait que réduire la science juridique à l'exégèse des procédures* ³⁸⁷ ».

3. La compétence de la Cour en matière réglementaire

Traditionnellement, les juridictions constitutionnelles ne sont pas compétentes pour juger les actes réglementaires qui relèvent de la compétence des juridictions administratives. Mais la Constitution centrafricaine du 30 mars 2016, comme d'autres Constitutions, a étendu les compétences matérielles de la Cour en matière réglementaire : la Cour constitutionnelle est chargée de « *...Juger de la constitutionnalité des lois organiques et ordinaires, déjà promulguées ou simplement votées, des règlements ainsi que des Règlements Intérieurs de l'Assemblée Nationale et du Sénat...* » (art.95). Le problème ne se pose donc plus dès lors que les décrets, actes fondateurs du pouvoir constituant originaire

³⁸⁴ Ibid.

³⁸⁵ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, p.62.

³⁸⁶ G. Burdeau, Ibid.

³⁸⁷ Ibid., p.202.

chargé de rédiger le projet de la nouvelle Constitution sont des actes administratifs unilatéraux, pris par le Président de la République.

Seulement, le Conseil d'Etat est aussi compétent pour juger les actes administratifs unilatéraux. D'où la question suivante qui continue d'intéresser la doctrine : la dévolution au juge constitutionnel d'une nouvelle fonction administrative contentieuse constitue-t-elle une avancée ou un recul dans le mouvement général en cours visant à la protection juridictionnelle des droits fondamentaux³⁸⁸ ?

Les avis peuvent être partagés sur une telle interrogation mais en espèce, les requérants ont préféré la Cour constitutionnelle au Conseil d'Etat. Pour raison principale, cette dernière décennie, la Cour constitutionnelle de la RCA s'est émancipée et s'est érigée en une véritable juridiction, chargée de garantir le respect des droits et libertés fondamentales, mais aussi, de réguler le fonctionnement des pouvoirs publics surtout dans un pays encore en quête de la stabilité institutionnelle. Pris en ce sens, la compétence règlementaire dévolue au juge constitutionnel est un gage pour la protection des droits et libertés fondamentales.

4. Un parlement bicaméral comme condition pour réviser la Constitution

Il n'est pas sans importance de rappeler que la Constitution du 30 mars 2016 a prévu la création du Sénat comme seconde chambre aux cotés de l'Assemblée nationale. Mais c'est Chambre haute n'est pas encore créée et la Cour a estimé dans cette décision que la révision de la Constitution ne peut être opérée qu'après la mise en place du Sénat (art.5). Elle a fondé sa décision sur l'article 152 de la Constitution qui dispose que la révision de la Constitution intervient lorsque le projet de proposition présenté en l'état a été voté par le Parlement « *réuni en Congrès à la majorité des trois quarts (3/4) des membres qui le composent ou a été adoptée par référendum* ». Autrement dit, l'existence d'un Parlement bicamérale est une condition indispensable pour la révision de la Constitution.

³⁸⁸ C. K. Keutcha Tchpnga, *Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon?*, PUF, Revue française de droit constitutionnel, 2008/3, n°75, p.553.

Seulement, cette même Constitution dispose, en son article 156 qu' « *En attendant la mise en place du Sénat, l'Assemblée Nationale exerce la totalité du Pouvoir Législatif* ». Que veut donc dire « *exercer la totalité du pouvoir législatif* » ? En d'autres termes, les lois constitutionnelles sont-elles exclues du champ d'exercice de la compétence *rationae materiae* de la Cour, qui a pour mission, au sens de l'article 63 de la Constitution, de légiférer et de contrôler l'action du gouvernement ?

Pour lever tout doute sur cette question, il serait judicieux de demander l'avis de la Cour qui, seule est compétente pour interpréter la Constitution. Seule une telle démarche pourrait mettre fin à cette confusion semée par la Constitution elle-même.

REMARQUES CONCLUSIVES : UNE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN DEVENIR

Après tant d'années de déni de justice en matière constitutionnelle, la Cour constitutionnelle centrafricaine a commencé à s'approprier de ses compétences attributives et tente de s'ériger progressivement en une véritable juridiction, chargée de rendre des décisions qui s'imposent. Compte tenu de l'impunité chronique qui sévit en RCA et du fait des marques de confiances qu'a la population vis-à-vis de cette Cour, le juge constitutionnel centrafricain doit se faire législateur³⁸⁹, puisque le rôle de la jurisprudence dans la création du droit n'est plus véritablement contesté.

Certes, la question des grandes réformes constitutionnelles du gouvernement ne sont pas totalement remise en cause par la Cour. Aucune Constitution au monde n'est intouchable. Ces réformes (révision de la Constitution y compris) sont possibles, seulement, toute modification nécessite le respect de la procédure telle que prévue par la Constitution elle-même. Le gouvernement de la RCA persistera-t-il pour aller jusqu'au bout de ses réformes ? Si oui, quel type de Constitution va-t-il doter la RCA avec et quel type de régime

³⁸⁹ Voir Conseil constitutionnel français, « *Le juge constitutionnel peut-il se faire législateur ? A propos de la décision de la Cour constitutionnelle d'Afrique du Sud du 2 décembre 1999* », Allocataire de recherche, Moniteur à l'Université d'Aix-Marseille III, GERJC – CNRS.

politique sera proposé au peuple ? Que sont les droits et libertés fondamentaux et principes républicains seront reconnus dans le contenu matériel de cette nouvelle loi fondamentale ? Dans quelle mesure la Cour constitutionnelle veillera pour que la RCA soit dotée d'une bonne Constitution ? Tels sont les futurs défis imminents auxquels la justice constitutionnelle fera face République Centrafricaine, probablement en 2023.

**Le pacte comissoire en droit OHADA :
garantie efficace de recouvrement ou mirage ?**

W.Carine Pamela KOLEGBE - Juriste chercheure – Droit privé
Université d'Abomey- Calavi (Bénin)

Cette étude vient d'obtenir le 2^{ème} prix du Meilleur Ecrit OHADA 2022, dans la catégorie Articles.

Rappelons que le Prix du Meilleur Écriteur OHADA est une compétition internationale qui vise à encourager une analyse des problématiques actuelles en rapport avec l'OHADA pouvant conduire à la production d'ouvrages scientifiques. Il a été initié en 2018 par le Club OHADA Reflet de l'Université de Dschang (Cameroun) et est désormais organisé chaque année par la Société Internationale de Droit (SID) avec le soutien de l'OHADA et le concours d'autres partenaires institutionnels notamment l'École Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA), et de partenaires non-institutionnels tels que l'UNIDA ou encore l'Association Française des Docteurs en Droit.

RÉSUMÉ

La réalisation judiciaire des sûretés en droit OHADA constitue pour les créanciers un véritable chemin de croix. Au fil des années de pratique, ils y ont rencontré tellement d'embûches que cela a déteint sur l'attractivité de l'OHADA. Ainsi, les relations d'affaires sont devenues timides parce que les partenaires financiers craignent de plus en plus pour le recouvrement de leurs créances. Alors, afin de remédier à ce malaise, le législateur OHADA a, par la réforme de l'Acte uniforme portant organisation du droit des sûretés (AUS) en 2011, consacré une garantie conventionnelle dénommée pacte comissoire. Simple, rapide et économique, cette nouvelle garantie est présentée par le législateur communautaire comme la solution miracle du recouvrement certain. En effet, les précautions prises par son régime juridique, notamment sur sa constitution et sa réalisation sont si délicates qu'elles bercent dans l'illusion de la perfection. Cependant, un peu de hauteur sur les émotions générées par le caractère nouveau de cette garantie, fait réaliser d'énormes imperfections, au point de semer le doute sur son efficacité.

L'ambition du législateur communautaire OHADA³⁹⁰ de créer un environnement juridique sécurisé qui stimule l'investissement et le crédit, justifie la réforme ayant eu lieu en 2011 sur l'acte uniforme portant organisation du droit des sûretés (AUS). Ainsi, par cette réforme, ce législateur a-t-il institué une nouvelle garantie dans l'espoir de pallier les insuffisances des précédentes et, de réduire par voie de conséquence le taux des impayés très grandissant jusque-là dans l'espace OHADA. En outre, le véritable challenge de cette nouvelle garantie consacrée et dénommée pacte comissoire³⁹¹ est d'assurer infailliblement le recouvrement des créances et de satisfaire aux exigences de la protection des intérêts du créancier.

Alors, après plus d'une décennie d'application, il est opportun de mener une réflexion sur l'efficacité de cette garantie, d'où la présente étude.

L'allusion faite à la nature illusoire de l'efficacité du pacte comissoire renseigne d'office sur le doute qui pèse sur l'efficience de cette garantie. Car, le mirage renvoie à une apparence dépourvue de réalité, une chimère, un jugement erroné. Cela signifie qu'il y a des raisons de croire en l'existence d'une efficacité du pacte comissoire, mais la prudence est requise dans l'appréciation de cette dernière dont les résultats sont par endroit en deçà des attentes.

Au sens étymologique, efficacité vient du latin *efficacitas* qui signifie force, vertu³⁹². Elle est alors le caractère de ce qui est efficace et la capacité d'obtenir le résultat souhaité. En outre, au sens juridique, l'efficacité est présentée comme un mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent. Elle réside donc dans l'accomplissement d'une attente³⁹³. Or, l'efficience, est la capacité de parvenir à un maximum de résultats avec un minimum de ressources. Elle est souvent appréhendée comme la qualité d'un rendement

³⁹⁰ Organisation pour Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

³⁹¹ Consulté sur https://cabinetfojou.com/documents/dictionnaire_droit_ohada.pdf le 06 juin 2022 à 2h 53'.

³⁹² Toupictionnaire, le dictionnaire de politique, consulté sur <https://www.toupie.org/Dictionnaire/Efficacite.htm> le 08 juin 2022 à 8h 44 min.

³⁹³ GAUTIER 2, « Efficacité, efficience et effectivité...le nouvel essor du concept de performance contractuelle », consulté sur <http://www.gautier2-avocats.com/efficacite-efficience-effectivite-le-nouvel-essor-du-concept-de-performance-contractuelle/#:~:text=Dans%20le%20domaine%20juridique%2C%20l'accomplissement%20d'une%20attente%20%2C%2BBB.,> le 08 juin 2022 à 8h 42 min

permettant de réaliser un objectif avec l'optimisation des moyens engagés. L'efficience est donc l'idéale de l'efficacité. L'effectivité vise le caractère de ce qui est effectif et produit d'effet, elle est donc le sceau de l'efficacité. Celle-ci ne pouvant exister en l'absence de celle-là. La différence entre ces trois notions n'est donc pas grande et justifie la confusion courante entre elles, comme le cas avec les notions de garantie et de sûreté.

En effet, invariablement, on emploie ces deux notions malgré la petite différence qui existe entre elles. Selon l'article 1^{er} de l'AUS, une sûreté est :« *l'affectation au bénéficiaire d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de bien ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligation, quelle que soit la nature juridique de celles-ci, et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminable, conditionnelles ou inconditionnelles ou que leur montant soit fixe ou fluctuant* ». Alors que, sans faire objet de définition unique dans les textes ou la jurisprudence, une garantie est d'une manière générale considérée comme l'engagement permettant au créancier d'une obligation de se prémunir contre le risque de défaillance du débiteur de celle-ci³⁹⁴. On peut ici constater que les deux notions paraissent, si ce n'est synonyme, toutefois très proches. Elles concourent, en effet, toutes les deux à la protection des droits du créancier qui se verra reconnaître différentes actions, en cas de manquement de son débiteur à la réalisation de son obligation. Les sûretés si elles recouvrent une nécessaire idée de sécurité, à l'instar de la garantie, vont se placer comme un meilleur moyen de défense pour le créancier. En effet, celui-ci va par un acte autonome bénéficier d'une protection supplémentaire consistant en la possibilité de poursuivre une ou plusieurs personnes autres que le principal obligé ou en un droit préférentiel sur certains biens du débiteur. La garantie et la sûreté, peuvent se différencier tant sur le plan de l'efficacité que de leur mise en œuvre³⁹⁵ à l'instar du pacte comissoire et de ses notions voisines telles que dation en paiement, clause de voie parée et attribution judiciaire.

³⁹⁴ Fiche 5, « Notion de garanties », consultée sur <https://www.google.com/search?q=d%C3%A9finition+juridique+de+la+garantie&oq=d%C3%A9finition+juridique+de+la+garantie&aqs=chrome.0.69i59.24112j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8> le 08 juin 2022 à 9h 36 min.

³⁹⁵ DOJ, Doc du juriste, consulté sur <https://www.doc-du-juriste.com/droit-prive-et-contrat/droit-des-affaires/dissertation/distinction-garanties-suretes-455429.html>, le 8 juin 2022 à 09h 54 min.

Le pacte comissoire est : « La convention par laquelle le débiteur et le constituant de la sûreté prévoient, qu'à défaut de paiement de la dette garantie, le créancier deviendra propriétaire de la chose mise en garantie »³⁹⁶. Le pacte comissoire apparaît ainsi comme un mode conventionnel de réalisation des sûretés réelles. Plus précisément, il est une convention ou une clause d'un contrat principal par laquelle le débiteur accepte le transfert automatique du bien affecté à la garantie de sa créance au créancier en cas de non-paiement de sa dette. Il est donc l'accessoire d'une sûreté principale et prend vit dans une clause contenue dans l'acte matérialisant cette dernière. Le pacte comissoire est d'ailleurs encore appelé clause comissoire ou clause d'attribution conventionnelle ; une clause qui peut-être, selon le droit français³⁹⁷, stipulée lors de la constitution de la sûreté principale ou postérieurement par voie d'avenant. Cependant, le droit OHADA est resté silencieux sur le sort réservé à un pacte comissoire admis à titre d'avenant dans une garantie principale constituée avant 2011³⁹⁸. Toutefois, la solution du droit français est transposable dans le droit communautaire parce qu'elle est objective et prend mieux en compte la réalité juridique existante avant la consécration du pacte comissoire.

Le pacte comissoire dans sa finalité s'apparente à la dation en paiement, car, comme celle-ci, il vise à éteindre la dette du débiteur et la sûreté qui la garantit. Mais, il ne faut point les confondre parce qu'ils diffèrent essentiellement par leur régime juridique. Alors que pour une dation en paiement, la personne physique non immatriculée au RCCM peut être constituante, pour un pacte comissoire il faut nécessairement l'immatriculation au RCCM. Mieux, La dation en paiement est une modalité d'extinction de l'obligation du débiteur à l'égard de son créancier, une

³⁹⁶ Serges GUINCHARD et Thierry DEBARD (Dir), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} édition., Paris, 2014, p 668 ; Gérard CORNU (Dir), *Vocabulaire juridique*, Puf, Paris, 2010, p651 cités par Pr Ndiaye Mbaye MAYATTA et Pr Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE in *Pratique du pacte comissoire : Conception, Rédaction, exécution*, p 9, formation ERSUMA du 22 au 24 Juin 2022 au siège de l'ERSUMA au Bénin.

³⁹⁷ Code civil, article 2348, alinéa 1 et arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation française en date du 5 octobre 2004, pourvoi n°0100863, BNP c/X. Bull.civ.2004, IV, n°176, p.199. cité par Kouakou Stéphane BOHOUSSOU, *ibidem*, p 152.

³⁹⁸ Date d'entrée en vigueur du nouvel acte uniforme portant organisation du droit des sûretés

modalité légale de règlement des dettes qui n'exige pour sa validité que le consentement réciproque du débiteur et du créancier³⁹⁹.

En outre le pacte comissoire est également à distinguer de la clause de voie parée et de l'attribution judiciaire. La clause de voie parée est une stipulation contractuelle illicite qui s'apparente au pacte comissoire tout en étant différent en ce qu'elle est une clause par laquelle un créancier gagiste ou hypothécaire obtient de son débiteur l'autorisation de vendre la chose gagée ou hypothéquée sans observer les formalités requises par la loi. Contrairement à la clause comissoire, la clause de voie parée est incompatible au caractère impératif des dispositions relatives à la réalisation des sûretés réelles.

L'attribution judiciaire quant à elle s'apparente au pacte comissoire en ce qu'elle consiste également en l'attribution de la chose objet de sûreté au créancier sur demande de ce dernier. Mais elle est à distinguer du pacte comissoire parce qu'elle fait intervenir le juge.

L'intérêt d'une telle étude est à la fois théorique et pratique. Théorique parce qu'elle amène à faire un bilan critique. Pratique parce que par les réformes qu'elle impulsera, l'espace OHADA sera davantage attrayant pour tenter de contenir la défiance constatée chez les investisseurs.

Au demeurant, le pacte comissoire est une réforme qui a fait couler assez d'encre au plan doctrinal, et qui a redoré la vie des affaires dans l'espace OHADA en suscitant l'espoir et en refondant dès son entrée en vigueur la confiance chez les opérateurs économiques. Car, il a été consacré dans un contexte où l'AUS montrait en pratique ses limites et multipliait des mécontents. Mais, après une décennie d'application, l'euphorie a certainement cédé place à l'objectivité et la plupart des acteurs économiques paraît de nouveau préoccupée.

Alors, tel que consacré par le législateur OHADA, le pacte comissoire est-il une garantie efficace ?

³⁹⁹ Pr Ndiaye Mbaye MAYATTA et Pr Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE in *Pratique du pacte comissoire : Conception, Rédaction, exécution*, p 9, formation ERSUMA du 22 au 24 Juin 2022 au siège de l'ERSUMA au Bénin, op cit, p 13.

En analysant le régime juridique du pacte comissoire, le mécanisme observé semble donner des assurances sur l'efficacité de cette garantie. Mais la réalité concrète est toute autre et appelle des réserves.

C'est pourquoi la présente étude s'articulera dans une dynamique analytique autour de l'efficacité du pacte comissoire perceptible dans les normes communautaires (I). Elle insistera dans un élan prospectif sur les limites à cerner en vue de renforcer la garantie de recouvrement (II).

I- UNE EFFICACITÉ APPARENTE

L'efficacité espérée du pacte comissoire s'aperçoit aussi bien dans les règles encadrant la constitution de cette garantie (A) que dans celles fixant ses modalités de réalisation (B).

A- L'efficacité dans la constitution du pacte comissoire

Les dispositions encadrant la constitution du pacte comissoire sont élaborées aux fins de rendre ce mode alternatif de réalisation des sûretés réelles efficace. Toutefois, pour s'en rendre compte, il faut cerner l'esprit dans lequel le législateur communautaire a consacré chacune des exigences contenues dans ses dispositions. Ainsi, est-il nécessaire de s'attarder en particulier sur la subordination du pacte comissoire à l'hypothèque (1), et en général sur les autres exigences impératives encadrant la constitution du pacte comissoire (2).

1- L'établissement de l'efficacité du pacte comissoire par sa subordination à l'hypothèque

Le pacte comissoire est nécessairement l'accessoire de la sûreté réelle dont il veut garantir la réalisation. Alors, cela va de soi qu'il soit, en matière immobilière subordonnée à l'hypothèque. Cependant, de cette subordination découle spécifiquement plusieurs avantages pour le créancier. Il s'agit d'une part de l'exclusion des immeubles non immatriculés de l'assiette de cette garantie (a) et d'autre part la possible intervention du notaire dans la rédaction de cette clause (b). Ces avantages concourent à l'efficacité dudit pacte.

a. L'exclusion pertinente des immeubles non immatriculés, une garantie de fiabilité du transfert de propriété

En matière immobilière, l'assiette du pacte comissoire est explicitement délimitée par sa subordination à l'hypothèque. En effet, puisque cette dernière est une sûreté immobilière qui ne grève que les immeubles immatriculés⁴⁰⁰, *ipso facto* son accessoire aussi emprunte ce régime. Implicitement, sont alors exclues de l'assiette du pacte comissoire les terres non immatriculées. Ainsi, le créancier qui fait l'option de l'attribution extrajudiciaire est-il certain d'échapper aux incidents de procédure relatifs au titre de propriété. En outre, cette exclusion garantit aux créanciers attributaires une jouissance paisible de l'immeuble et une mutation rapide. De même, contrairement à la saisie des immeubles non immatriculés⁴⁰¹, le pacte comissoire assure à son bénéficiaire le recouvrement de sa créance sans faire face aux contraintes judiciaires d'expropriation ou à celles relatives à la procédure d'immatriculation⁴⁰².

Il est donc une garantie consacrée et encadrée dans l'intérêt supérieur du créancier. Aussi, sa dépendance à la convention d'hypothèque fait-elle miroiter une procédure de recouvrement fiable du fait qu'en matière immobilière, elle impose dans certains Etats membres de l'OHADA l'intervention du notaire

b. L'intervention rassurante du notaire dans la constitution du pacte comissoire.

En matière immobilière, la subordination du pacte comissoire à la convention d'hypothèque permet d'établir que l'écrit est une condition de formation du pacte comissoire. Mieux, de cette subordination, il peut être déduit que le pacte comissoire est nécessairement rédigé par-devant notaire dans les Etats membres de l'OHADA où l'hypothèque est obligatoirement consentie par acte notarié. Cela renforce la fiabilité du pacte et contribue à sa réalisation efficiente ; puisque le créancier qui détient ainsi une garantie dont les stipulations sont contenues dans un acte authentique est exempté de procédures judiciaires préalables à la jouissance de

⁴⁰⁰ Article 192 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

⁴⁰¹ La saisie des immeubles non immatriculés est autorisée par les dispositions de l'article 253 de l'Acte uniforme portant Procédures simplifiées de Recouvrement et des Voies d'exécution (AUPSRVE)

⁴⁰² Les contraintes de la procédure d'immatriculation et celles relatives à la procédure judiciaire d'expropriation sont celles décrites par, Pamela KOLEGBE DAVAKAN in « La problématique de la saisie des immeubles non immatriculés en droit OHADA », paru dans Bulletin Ersuma de Pratique Professionnelle (BEPP), numéro 43, rubrique Pratique Professionnelle, page 10.

ses droits⁴⁰³. Mieux, lorsqu'en la matière le droit au recouvrement du créancier est menacé par l'insolvabilité du débiteur et des difficultés dans la réalisation du pacte comissoire, le créancier a l'assurance de pouvoir s'en référer au notaire aux fins de délivrance de la grosse pour une éventuelle exécution forcée. Même en matière mobilière où l'intervention du notaire est facultative lors de la constitution du gage et du nantissement et donc du pacte comissoire, le créancier peut dans son intérêt faire le dépôt de l'acte de garantie contenant la clause comissoire au rang des minutes de notaire. Ce dépôt aura pour effet de rendre authentique l'acte de garantie déposé et donc de permettre au créancier désireux de procéder à une mesure d'exécution forcée d'obtenir du notaire une grosse.

Par ailleurs, en raison du devoir de conseil du professionnel qu'est le notaire, son intervention rassure le créancier que son débiteur a connaissance de la portée et des conséquences du pacte comissoire et ne doit donc pas s'opposer à son effectivité. De même, la possibilité offerte à cet officier public d'arbitrer le choix de l'expert afin d'assurer que les conditions de son intervention ne soient manifestement contraires à l'exigence d'impartialité⁴⁰⁴, limite les connivences éventuelles entre l'expert et l'une des parties.

Si les éléments concourant à l'efficacité du pacte comissoire peuvent ainsi être aperçus dans son caractère accessoire à la convention d'hypothèque, comment se dégagent-ils des autres exigences impératives encadrant la constitution du pacte ?

2. L'établissement de l'efficacité du pacte comissoire à travers les autres conditions de sa constitution

Outre la subordination du pacte à la sûreté principale, pour être valablement constitué il faut que le constituant soit immatriculé au RCCM **(a)** et, s'il est consenti sur un immeuble, ce dernier ne doit pas servir à habitation **(b)**. Ces deux conditions sont des exigences impératives qui contribuent à l'efficacité de la clause comissoire. La première est un filtre de nature à garantir au mieux la solvabilité du constituant et

⁴⁰³ Un créancier qui a, à son actif une garantie dont les stipulations sont contenues dans un acte authentique est, en cas de non-paiement à l'échéance, exempté de se référer au juge pour obtenir un titre exécutoire ou une autorisation préalable à une mesure d'exécution forcée.

⁴⁰⁴ Alain FENON, « Le pacte comissoire : Une innovation importante du nouvel Acte uniforme sur les sûretés », op.cit.

surtout l'effectivité de sa réalisation. Tandis que la seconde est un moyen de contribuer à une réalisation efficiente de ladite clause.

a- La nécessité de l'immatriculation du constituant au Registre de Commerce et de Crédit Mobilier (RCCM)

L'exigence tenant à la nature professionnelle du débiteur exprime le besoin de veiller au désintéressement du créancier. Car, s'il est plus aisé pour une personne physique d'organiser son insolvabilité, pour une personne morale cela demeure plus contraignant notamment avec l'obligation pour celle-ci de tenir la comptabilité nationale et de se soumettre aux exigences des procédures préventives. Mieux, le débiteur professionnel dans la plupart des cas, contractera des dettes professionnelles pour des projets qualitatifs dont les perspectives économiques sont bonnes pour les investisseurs notamment les banques.

Sauf les cas de faillite orchestrée, et circonstances naturellement défavorables, les débiteurs professionnels détiennent plusieurs moyens de remédier à leur insolvabilité. Ils sont par ailleurs plus identifiables grâce à leur inscription au RCCM ; ils ont un siège social connu où se déroulent leurs activités et où se trouve le centre principal de leurs intérêts. Il est plus facile à une personne physique de disparaître qu'à une personne morale. Or, la mise en œuvre du pacte comissoire nécessite la présence et la coopération du débiteur. Ainsi, l'immatriculation comme condition d'éligibilité du débiteur est surtout pour le créancier un gage de l'effectivité de la réalisation du pacte comissoire.

L'obligation faite au constituant d'être immatriculé au RCCM corrobore donc l'efficacité recherchée de la clause conventionnelle d'attribution, à l'instar de l'exigence sur la destination de l'immeuble.

b- L'exclusion des immeubles à usage d'habitation

L'usage d'habitation est un obstacle à l'attribution conventionnelle de l'immeuble⁴⁰⁵ et cela n'est pas sans lien avec la protection des intérêts conjoints des parties. Pour ce

⁴⁰⁵ Basile Le Grand MEVA ABOMO, « L'efficacité du pacte comissoire en droit des sûretés OHADA », consulté sur <http://www.imjst.org/wp-content/uploads/2020/07/IMJSTP29120278.pdf>, le 24 mai 2022 à 15h 03'.

qui est du débiteur, cette disposition⁴⁰⁶ lui est profitable, car elle protège son droit au logement et par conséquent sa famille. Le législateur OHADA a éliminé le risque d'arracher au débiteur son toit et de le basculer ainsi dans une situation de précarité. En ce qui concerne le créancier, cette proscription vient compléter la longue liste des différents égards qui lui sont voués par le législateur communautaire. Il est évident qu'il importe à ce législateur, la satisfaction du créancier attributaire. Alors, en excluant les immeubles à usage d'habitation, sans préciser la qualité de l'occupant concerné, le législateur entend certainement d'une part interdire le pacte sur tout type d'immeuble de cette nature y compris ceux qui seront à usage mixte et d'autre part garantir au créancier la jouissance de l'immeuble. En conséquence, la réalisation du pacte comissoire ne devrait souffrir d'aucune déconvenue pour le créancier.

B- L'efficacité par la mise en œuvre du pacte comissoire

La mise en œuvre du pacte comissoire renseigne sur le caractère pragmatique de ce dernier grâce au transfert de propriété **(a)** qu'elle implique et aux multiples avantages qui découlent de son exercice **(b)**.

1- L'efficacité par la procédure du transfert de propriété

Le principal mérite du pacte comissoire réside en ce qu'il soustrait à la compétence judiciaire l'attribution d'un bien objet de sûreté **(b)** après les dires d'expert sur la valeur du bien **(a)**.

a- L'estimation de la valeur du bien par l'expert, gage de proportionnalité

Sauf les cas possibles de connivences entre débiteur et expert où une estimation déloyale du prix par l'expert pourrait être de nature à compromettre les intérêts du créancier, une évaluation correcte du bien est nécessairement positive pour le créancier. Elle permet contrairement à la vente aux enchères publiques dans les mesures d'exécution forcée, une détermination objective de la valeur du bien et donc

⁴⁰⁶ Article 199 alinéa 1 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés.

une équivalence entre la créance et le bien. Aussi, lorsque le prix fixé est inférieur au prix marchand, le créancier en plus de voir sa dette éteinte peut, revendre le bien et se faire bénéfice. En outre, puisque l'expertise prend en compte la qualité du bien pour déterminer le prix, cela éclaire le choix du créancier qui détient encore à cette étape le droit de se référer aux modes judiciaires de recouvrement.

L'expert par son intervention conforte davantage le créancier sur l'opportunité de l'attribution extrajudiciaire du bien. Ce mode de réalisation de la garantie qui offre par ailleurs au créancier l'assurance de la célérité de la procédure.

b- L'attribution extrajudiciaire, gage de célérité

La mise en œuvre du pacte commissaire entraîne la réalisation conventionnelle de la garantie. Contrairement à la vente forcée et à l'attribution judiciaire qui imposent aux créanciers tant d'aléas et contraintes judiciaires, l'exécution du pacte commissaire est de nature privée et repose sur la liberté contractuelle. Ainsi, le créancier se voit attribuer un bien sans se soumettre aux exigences de titre exécutoire. En outre, il ne craint dans cette procédure ni la lenteur des juridictions ou la lourdeur des formalités administratives, ni le coût de la procédure qui est entièrement ici à la charge du constituant, encore moins les nombreux délais de procédure susceptibles de le déchoir de ses droits de poursuite. Le pacte commissaire répond donc au besoin de célérité des investisseurs économiques. Il est une alternative conventionnelle à la réalisation judiciaire des sûretés et un palliatif aux difficultés de recouvrement des créances.

À l'instar des règles sur la formation du pacte commissaire, celles qui régissent son exercice mettent en évidence son efficacité.

2- L'efficacité dans l'exercice du pacte commissaire

Bien que l'exécution du pacte commissaire soit conventionnelle, l'atteinte du résultat paraît assurée et cela se dégage de l'obligation de résultat **(a)** qui s'y attache et du désintéressement sans concours des créanciers **(b)** qu'elle offre.

a- L'obligation de résultat susceptible d'exécution forcée

Le débiteur qui s'oblige par une clause commissaire est tenu de satisfaire à ses implications de manière à assurer par ses diligences et sa loyauté l'effectivité du transfert de propriété au créancier attributaire qui lève l'option du pacte. Cela signifie qu'une obligation de résultat pèse sur le débiteur qui consent au pacte commissaire

et que le créancier peut l'y contraindre par tous moyens de droit. Cela contribue à l'efficacité du pacte. Ainsi, le pacte comissoire comparé à la saisie immobilière est-il plus attrayant et présente plus d'intérêt pour le créancier dont le droit au recouvrement semble certain. Il en est ainsi, car dans la saisie immobilière, le recouvrement de la créance ne dépend guère du débiteur⁴⁰⁷ qui peut subtilement faire échec à cette procédure, mettant ainsi le créancier dans une situation manifestement désavantageuse. Alors que le succès de l'exécution du pacte comissoire est la responsabilité exclusive du débiteur qui se doit de coopérer et de s'abstenir de mettre en péril le droit au recouvrement du créancier sous peine de se voir imposer une mesure d'exécution forcée.

L'obligation de résultat qui pèse « de fait » sur le débiteur qui consent au pacte comissoire est donc de nature à garantir l'effectivité de la réalisation du pacte comissoire à l'instar des autres avantages à recourir au pacte comissoire tel que l'exemption du concours des créanciers.

b- L'exemption du concours des créanciers

Pour le créancier gagiste ou nanti, l'attribution en paiement offre l'avantage de lui permettre d'échapper à la loi du concours avec les autres créanciers du débiteur sur la valeur du bien⁴⁰⁸. En matière mobilière, la réalisation de la clause comissoire assure donc un recouvrement intégral et exclusif⁴⁰⁹. La jurisprudence évoque cet avantage en soutenant que l'attribution de la chose gagée en paiement est indépendante des règles concernant l'ordre dans lequel s'exercent sur le prix les divers privilèges en cas de vente du bien nanti. La doctrine⁴¹⁰ enseigne que les droits de préférence des différents créanciers d'un débiteur, créanciers gagistes ou nantis ou créanciers privilégiés ne peuvent s'exercer que sur le prix de vente de la chose objet de sûreté. S'il n'y a pas de prix parce qu'il n'y a pas eu de vente publique, l'ordre

⁴⁰⁷ La saisie immobilière étant un mode judiciaire de recouvrement forcé, son aboutissement ne dépend pas en principe de la coopération du débiteur.

⁴⁰⁸ Marc MIGNOT, *Cours droit des sûretés*, collection dirigée par Bernard BEIGNIER, LMD, Montchrestien lextenso édition 2010, p503.

⁴⁰⁹ L'exclusivité n'est pas parfaite, car subsistent des conflits entre créanciers attributaires et d'autres créanciers jouissant du droit de suite.

⁴¹⁰ Marc MIGNOT, *op cit*, p 504.

entre les créanciers n'a pas lieu d'être. Donc le créancier gagiste ou nanti doit l'emporter sur tout autre.⁴¹¹

Par contre, en matière immobilière, le transfert de propriété par l'exercice du pacte comissoire doit néanmoins respecter les droits existants des tiers⁴¹². Alors, bien que l'attribution exclusive du bien soit possible, il s'impose au créancier de purger l'immeuble des différents droits de préemption qui y sont grevés, sauf à vouloir subir l'exercice du droit de suite des autres créanciers.

L'efficacité apparente du pacte comissoire n'est donc pas parfaite et il est nécessaire d'en étudier les limites afin de lever le voile sur ses imperfections.

II- UNE EFFICACITÉ LIMITÉE

La réforme portant consécration du pacte comissoire n'est pas parfaite. Elle se prête à des ajustements dans sa conception théorique **(A)** que dans sa mise en œuvre pratique **(B)**.

A- Les limites tenant au cadre normatif

Les normes qui encadrent le pacte comissoire charrient à certains égards l'insatisfaction des créanciers. Elles consacrent un régime juridique passoire au travers duquel passent les handicaps à l'efficacité de la clause comissoire. En termes de handicap, il y a l'effectivité problématique du pacte comissoire dans certains domaines **(1)** d'une part et la fragilité de son opposabilité aux tiers d'autre part **(2)**.

1- L'effectivité problématique du pacte comissoire dans certains domaines

Le pacte comissoire est une garantie dont l'efficacité fait objet de préoccupations à cause de sa puissance limitée face aux procédures collectives **(a)** et de son admission problématique dans le nantissement des droits de propriété intellectuelle **(b)**.

a- La puissance limitée du pacte comissoire face aux procédures collectives

Le pacte comissoire est une garantie dont la constitution et la réalisation ne produisent pas le même effet selon que le débiteur est « *in bonis* » ou en difficulté. En effet, selon les dispositions des articles 107 et 150 de l'acte uniforme portant

⁴¹¹ Marc MIGNOT, *ibidem*.

⁴¹² Marie-Elisabeth MATHIEU, « *Les nouvelles garanties de financement, aspects pratiques des sûretés réelles conventionnelles mobilières et immobilières*, édition formation entreprise », p 206.

organisation des procédures collectives d'apurement du passif, le pacte commissaire consenti par un débiteur « *in bonis* » est inattaquable pour cause d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens. Mieux, l'ouverture d'une procédure collective n'est pas un obstacle à la réalisation d'un tel pacte dont l'effectivité dépendra de l'appréciation du juge commissaire. Dans ce sens, le pacte commissaire est un moyen de désintéressement réel et efficient.

Cependant, selon les dispositions des articles 68 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, s'il est prouvé que le pacte a été consenti pendant la période suspecte, de droit, il est inopposable à la masse des créanciers, même si la dette pour laquelle il a été consenti est antérieure à cette période. Ainsi, le pacte commissaire constitué dans ces conditions devient caduc et sa mise en œuvre impossible. C'est là hypothèse où les procédures collectives constituent un handicap à l'effectivité du pacte commissaire et limitent sa puissance.

De même, selon les dispositions des articles 68 et 75 de l'acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, afin de ne pas rompre l'égalité entre les créanciers constituant la masse, le débiteur ne doit en cours d'une procédure collective consentir à un pacte commissaire. Le pacte commissaire est donc privé d'efficacité au moment où il aurait dû être, en pratique, le plus utile⁴¹³.

Dans le cadre d'une procédure collective du débiteur, surgit donc un conflit entre les intérêts du créancier bénéficiaire du pacte commissaire et ceux des autres créanciers privilégiés de la procédure. À ce conflit, le législateur communautaire apporte une solution explicite en consacrant la primauté du droit de la faillite sur le droit des sûretés par l'interdiction d'exercice du pacte commissaire au jour du jugement d'ouverture d'une procédure collective⁴¹⁴.

L'obstacle constitué par la décision d'ouverture des procédures collectives se justifie certainement par le fait que la mise en œuvre du pacte aurait contredit plusieurs données fondamentales⁴¹⁵ du droit des entreprises en difficulté. Alors, il y a intérêt à

⁴¹³ Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, LMD, 3^e édition Sirey, p 686.

⁴¹⁴ Marie-Elisabeth MATHIEU, *op cit*, p 206.

⁴¹⁵ Selon, Manuella BOURASSIN, Vincent BREMOND, Marie Noëlle JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op cit*, p686, La recherche prioritaire du redressement du débiteur, susceptible d'être

réorganiser l'AUPCAP pour concilier la recherche de la pleine efficacité du pacte comissoire avec les règles absolues de l'égalité entre créanciers de la masse et de protection du patrimoine du débiteur.

En l'état, il ressort de l'AUPC les limites du pouvoir de la clause comissoire face aux procédures collectives. De même, par un silence inadéquat l'AUS interpelle sur l'efficacité du pacte comissoire face aux droits de propriétés intellectuelles nantis.

b- L'admission problématique du pacte comissoire sur les droits de propriétés intellectuelles⁴¹⁶ nantis

Conformément à la *summa divisio* de l'article 516 du Code civil de 1958, les propriétés intellectuelles sont qualifiées de biens meubles incorporels. Considérés comme tels, elles sont donc susceptibles d'être régies par les articles 104, 156, et suivants de l'AUS et de faire en conséquence objet du pacte comissoire. Cependant, il n'est pas en réalité aisé d'affirmer que les droits de propriété intellectuelle dans leur ensemble peuvent faire objet du pacte comissoire.

D'une part, l'hypothèse d'admission du pacte comissoire sur les droits de propriété intellectuelle ne peut être émise que si ceux-ci font objet de nantissement, puisque ledit pacte est toujours subordonné à une sûreté principale. Selon l'article 156 de l'AUS, l'assiette du nantissement est constituée par les droits de propriété intellectuelle « ...tels que les brevets d'invention, les marques de fabrique et de commerce, des dessins et modèles ». Cette énumération n'est certainement pas limitative, car elle ne rend pas compte de la liste exhaustive des droits de propriété intellectuelle produite par l'article 4 de l'Accord de Bangui⁴¹⁷ et cette absence de précision permet le doute sur l'admission des droits de propriété intellectuelle non énumérés dans l'assiette du nantissement.

compromis si le pacte portait sur un bien nécessaire à la poursuite de l'exploitation ; l'interdiction des paiements après le jugement d'ouverture, dans l'intérêt du débiteur, mais aussi au nom de l'égalité entre les créanciers est les données fondamentales susceptibles d'être contredites par la mise en œuvre du pacte comissoire.

⁴¹⁶ Les droits de propriété intellectuelle sont les droits conférés à l'individu par une création intellectuelle. Ils donnent généralement au créateur un droit exclusif sur l'utilisation de sa création pendant une certaine période.

⁴¹⁷ Accord relatif à la création d'une Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle conclu à BANGUI le 02 mars 1977 et toutes ses annexes.

D'autre part, dans l'hypothèse où la clause commissaire serait admise sur tout type de droit de propriété intellectuelle, il se pose du point de vue de la morale un problème en ce qui concerne les droits de propriété littéraire et artistique notamment « *le droit d'auteur et les droits voisins des artistiques interprètes* »⁴¹⁸. En effet, il est établi que la finalité du pacte commissaire est de rendre le créancier propriétaire des droits de propriété intellectuelle nantis or, dans la propriété littéraire l'auteur est lié à sa création⁴¹⁹, ce qui lui donne le droit à l'exclusivité de son exploitation. Le transfert de propriété du droit de propriété littéraire et artistique serait donc de nature à briser la relation sacrée entre l'œuvre et son auteur.

L'admission du pacte commissaire sur les droits de propriété intellectuelle nantis est donc une source de réflexion qui doit en pratique nécessiter l'intervention du juge communautaire pour son interprétation, afin d'éviter une pratique dangereuse de ce pacte.

2- L'opposabilité "dangereuse" du pacte commissaire aux tiers

Dès sa conclusion, le pacte commissaire s'oppose strictement aux parties⁴²⁰. Pour être opposable aux tiers, il doit faire objet de publicité. Cette dernière est la formalité administrative⁴²¹ par laquelle un acte s'offre à la connaissance des tiers et leur impose ses effets. Ainsi, une publicité qui n'assure pas impérativement la diffusion de l'information aux tiers est dangereuse pour les intérêts de ceux-ci **(a)** et il est nécessaire d'y remédier **(b)**.

⁴¹⁸ N. MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, Préface de Dominique Legeais, Aix-en-Provence, PUA, 2007, n°143, page 107 cité par W. Dominique KABRE, « Etude critique du nantissement des droits de propriété intellectuelle en droit OHADA », 41 pages, document disponible sur

<https://www.google.com/search?q=pacte+commissaire+sur+les+droits+de+propriete+intellectuels+nantis&oq=pacte+commissaire+sur+&aqs=chrome.0.35i39j69i57j69i61j69i60.6917j1j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8> (page consultée le 21 juin 2022 à 16h 54).

⁴¹⁹ Justifit, *Droit de la propriété littéraire et artistique : les principes fondamentaux*, consulté sur www.justifit.fr le 23 juin 2022 à 17h 46.

⁴²⁰ Principe de l'article 1134 du code civil, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.

⁴²¹ Par formalité administrative il faut entendre essentiellement, la mention ou l'inscription du pacte dans les registres et documents tenus par le service en charge de la conservation foncière dans chaque État membre de l'OHADA.

a- Le risque de l'opposabilité par effet de surprise

Puisque le pacte comissoire est une clause insérée dans un acte de sûreté réelle soit directement soit par voie d'avenant, il ne constitue pas un acte autonome et est forcément l'accessoire de cette sûreté. Certainement pour cela, le législateur OHADA n'a pas prévu sa publicité distinctement de la sûreté à laquelle il est subordonné et la publicité de celle-ci emporte par voie de conséquence celle du pacte comissoire. On peut donc dire qu'il bénéficie en pratique d'une publicité par emprunt.

Cependant, en matière immobilière par exemple, le pacte comissoire n'apparaît pas forcément dans l'état hypothécaire et le tiers peut ne pas en avoir automatiquement connaissance bien que cela lui soit opposable. La publicité du pacte comissoire pourrait donc passer inaperçue malgré les graves conséquences de son opposabilité. Afin de protéger les intérêts du tiers, et de renforcer l'efficacité du pacte comissoire, il est indispensable de trouver une solution palliative à cette réalité qui dénote d'une insuffisance normative.

b- Le concours du droit national dans l'opposabilité du pacte comissoire

L'acte uniforme n'a pas envisagé la publicité du pacte comissoire, certainement parce que cette réglementation ne relève pas de la compétence de l'OHADA⁴²². D'ailleurs, par une délégation de compétence au droit national de chaque État membre, l'alinéa 1^{er} de l'article 195 de l'AUS dispose : « Tout acte conventionnel ou judiciaire constitutif d'hypothèque doit être inscrit conformément aux règles de publicité édictées par l'État Partie où est situé le bien grevé et prévues à cet effet ». La publicité du pacte comissoire devrait pareillement être faite selon le droit interne de chaque État membre de l'OHADA⁴²³.

Pour remédier à ce défaut d'encadrement préjudiciable aux intérêts des créanciers, il faudra donc envisager la solution tant sur le plan normatif que sur le plan pratique. Dans le premier cas, chaque État membre de l'OHADA devra, par des réformes, prévoir dans ses textes législatifs applicables à la publicité mobilière et foncière, les modalités de publicité du pacte comissoire. Ainsi, peut-il être disposé que, le pacte comissoire soit mentionné en caractère très apparent dans le bordereau servant à

⁴²² Basile le Grand MEVA ABOMO, « l'efficacité du pacte comissoire en droit des sûretés OHADA », op cit, p 1315.

⁴²³ Basile le Grand MEVA ABOMO, idem.

la publicité de la sûreté principale dont il est l'accessoire et que, s'il est conclu postérieurement à la conclusion de celle-ci, le créancier soit tenu de procéder à une inscription modificative aux mêmes fins. Cette mention aura pour intérêt de garantir l'information aux tiers sur l'existence du pacte comissoire et son caractère très apparent aura pour effet d'attirer l'attention du tiers qui consulte l'affiche de publicité. Par ailleurs, dans le second cas, les Agences Nationales du Domaine et du Foncier peuvent adopter une politique de sensibilisation qui amènerait les tiers à solliciter auprès de la Conservation des hypothèques des extraits ou des copies des actes publiés pour vérifier l'existence ou non d'un pacte comissoire. Cette prudence qui leur serait ainsi inculquée limitera les déconvenues susceptibles d'être produites en pratique.

B- les limites tenant à la mise en œuvre pratique

En pratique l'efficacité du pacte comissoire se trouve surtout éprouvée face à une dévolution successorale du bien **(a)** et face à un débiteur de mauvaise foi **(b)**.

1- L'épreuve de la dévolution successorale

La dévolution successorale rend difficile la mise en œuvre du pacte comissoire. Cette difficulté est observée lorsqu'il s'agit pour le créancier de faire souscrire tous les indivisaires à la conclusion du pacte comissoire **(a)**. Il en est de même lorsqu'il s'agit pour lui de contraindre l'héritier de son débiteur à collaborer au succès de la réalisation dudit pacte **(b)**.

a- Le défaut d'immatriculation au RCCM d'un indivisaire hypothécaire

Selon l'alinéa 2 de l'article 194 de l'AUS, « L'hypothèque d'un immeuble indivis conserve son effet quel que soit le résultat du partage, si elle a été consentie par tous les indivisaires, dans le cas contraire elle ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti de l'immeuble indivis ou, lorsque l'immeuble est licité à un tiers, si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation ». Alors, l'efficacité de l'hypothèque consentie sur immeuble indivis réside dans l'unanimité du consentement des indivisaires. Cependant, dans la convention d'une telle hypothèque, il serait difficile de prévoir une clause comissoire en raison de

l'obligation faite au débiteur d'être préalablement immatriculé au RCCM. Cette difficulté sera effective si au moins un des indivisaires ne s'est pas immatriculé au RCCM. En effet, l'immatriculation requise est personnelle et constitue une condition de validité de la clause commissaire.

Le législateur communautaire ne s'est pas prononcé sur la question. Certes, son silence cumulé à la lecture des articles 194 et 199 de l'AUS peut être interprété comme une inadmission du pacte commissaire dans une convention d'hypothèque consentie par tous les indivisaires. On peut néanmoins envisager quelques éventualités susceptibles de constituer des perspectives pour l'AUS. Ainsi, la solution peut-elle constituer en ce que les indivisaires par procès-verbal de réunion de famille signé de tous, désignent un administrateur de bien qui, à lui seul, sera soumis à l'exigence d'immatriculation préalable.

Dans ce contexte, seul l'administrateur de bien signera la clause commissaire et sa signature sera opposable même lors du partage successoral.

b- L'opposabilité du pacte commissaire au partage successoral

Par sa publicité, le pacte commissaire s'oppose au tiers et donc aux héritiers du *de cuius* ayant consenti un tel pacte sur un des biens successoraux. Mieux, le droit de suite qui résulte du gage et de l'hypothèque rend opposables ces sûretés aux héritiers même après partage.

Cependant, puisque par le partage, le bien objet de la clause commissaire change de propriétaire, et que ces nouveaux propriétaires peuvent méconnaître l'existence du pacte ou ne pas désirer sa mise en œuvre, il peut se poser en pratique des difficultés liées à son effectivité. Celles-ci se justifient par l'absence d'obligation morale de résultat qui pèse sur les nouveaux maîtres du bien. Ceux-ci peuvent ne pas collaborer à la réalisation du pacte. Alors, face à une dévolution successorale, il serait donc prudent pour le créancier de recourir à l'un des modes d'exécution judiciaire de sa garantie, afin de ne pas s'exposer à la caducité provoquée du pacte commissaire par mauvaise foi du débiteur.

2- La caducité provoquée du pacte comissoire par la mauvaise foi du débiteur

La mauvaise foi du débiteur est le réel obstacle imprévisible et non encadré qui handicape en pratique l'exécution du pacte comissoire. En matière immobilière elle est moins subtile et se remarque lorsque l'immeuble devient après conclusion du pacte un lieu d'habitation **(a)** ou quand le débiteur en dispose d'une manière désavantageuse pour le créancier **(b)**.

a- Le changement de destination de l'immeuble

Selon l'article 199 de l'AUS, le pacte comissoire est possible, « à condition que l'immeuble ne soit pas à usage d'habitation. Cette condition qui fait obstacle à l'attribution conventionnelle de l'immeuble est comme une échappatoire pour le débiteur. Celui-ci peut s'arranger en amont à donner à l'immeuble un usage professionnel dans le but de vicier le consentement de son créancier au pacte comissoire et, en aval, orchestré l'habitation de l'immeuble afin de rendre caduc le pacte comissoire.

Le législateur OHADA aurait dû préciser les conséquences à déduire selon que l'immeuble sert avant ou après conclusion de la clause comissoire à un usage d'habitation. En outre, il aurait dû donner des précisions sur la nature de l'habitation qui constitue un obstacle au pacte comissoire. Car, sans servir d'habitation principale ou secondaire au débiteur, l'immeuble peut faire objet de bail à usage d'habitation domestique. Cette absence de détail du législateur, pourrait nourrir des conflits entre débiteur et créancier. Un conflit basé sur l'interprétation de l'article 199 de l'AUS dont seul le juge peut donner solution.

Le pacte comissoire présente donc des failles intrinsèques à sa consécration qui rendent malaisée sa réalisation, comme on le constate en cours de procédure où l'immeuble demeure disponible malgré le choix officiel du créancier de recourir à l'exécution de la clause comissoire.

b- La disponibilité de l'immeuble en cours de procédure, un risque pour le recouvrement

Dans une saisie immobilière, la signification du commandement aux fins de saisie rend l'immeuble indisponible et restreint en conséquence les droits de jouissance et

d'administration de son propriétaire. Une indisponibilité qui fait obstacle à toute aliénation du bien par le débiteur saisi et préserve le créancier des risques d'insolvabilité organisée et de dégradation volontaire et malhonnête du bien. Or, la mise en demeure de payer dans laquelle est précisée l'intention du créancier de recourir au pacte comissoire subordonné à la convention d'hypothèque en matière immobilière n'emporte pas l'indisponibilité de l'immeuble. Cela signifie que le créancier dans une telle procédure est exposé à tous les risques dont protège l'indisponibilité du bien.

Si l'option de recourir à la réalisation du pacte comissoire était exclusive de la possibilité de recourir en aval aux autres modes d'exécution forcée, le créancier pourrait banalement perdre sa garantie par la vente de l'immeuble ou sa détérioration volontaire faite par le débiteur. Cette réalité met davantage en évidence les limites du pacte comissoire. Limites susceptibles constamment d'être suppléées par le recours aux autres modes d'exécution forcée.

CONCLUSION

Malgré ses exploits qui fondent l'espoir sur son efficacité, le pacte comissoire analysé fait l'objet de plusieurs imperfections. Bien que celles-ci ne lui ôtent pas sa qualité de garantie, elles déteignent sur son efficacité et l'on en vient à douter de cette dernière. En théorie, l'ossature du pacte comissoire fait d'elle un mirage d'efficacité qui, en pratique, se dissipe au plus grand regret du créancier. Il constitue donc une garantie dont l'efficacité pour celui-ci est subordonnée à des réformes ultérieures de son cadre normatif. Son mérite est le gain de temps qu'il offre au créancier grâce à l'exclusion qu'il fait de l'intervention du juge, qu'il confine dans le rôle d'arbitre des incidents éventuels. En outre, il présente l'avantage pour le créancier en matière mobilière, de permettre une attribution de bien sans titre exécutoire. Pourtant, en l'état, il ne semble pas mieux valoir qu'une attribution judiciaire et y faire recours, c'est s'exposer au pire à d'éventuelles déconvenues et au mieux à ne devenir propriétaire d'un bien d'aucune utilité pour soi. Or, selon Montesquieu, les normes juridiques pour être efficace doivent d'abord être utiles, tant il est vrai que les lois inutiles affaiblissent

les lois nécessaires⁴²⁴. Alors, la recherche de l'utilité du pacte commissaire ne devrait-elle pas être préalable à celle de son efficacité ?

⁴²⁴ MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, livre XXIX, chapitre XVI « Chose à observer dans la composition des lois » cité par Kouakou Stéphane BOHOUSSOU in « Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA, proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles », p 7.



AFDD