

Horizons du Droit

N° 57

Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Directeur
scientifique

Jacques Mestre

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

Comité
scientifique

Patrick de Fontbressin

Avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich

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

Sandie Lacroix-de Sousa

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

Marie-Eve Pancrazi

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

Béatrice Parance

Professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

David Richard

Avocat au Barreau de Paris.

Rédacteur en
chef

Sabrina Dupouy

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

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

ISSN 2777- 9149

Sommaire

Bulletin n° 57 – octobre 2024

Page 5 Réflexions sur le concept de soumission

El Madhi TAIMOURI

Page 23 La coutume et le droit pénal en Afrique

Paul Marcellin FANSI

Page 52 La jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) et l'exécution forcée des biens des entreprises publiques

Marcel Urbain NGAH NOAH

Page 75 Interview de Margaux BASTERREIX, docteur en droit, déléguée aux données personnelles à l'Université de Limoges, pour sa thèse de doctorat récemment soutenue sur « Le droit de la protection des données personnelles des sportifs de haut niveau et professionnels »

Réflexions sur le concept de soumission

EI Mahdi TAÏMOURI¹ - Doctorant en Cotutelle internationale de thèse –

Facultés de Droit d'Aix-Marseille et de Casablanca

¹ elmahdi.taimouri@gmail.com.

Résumé

Envahissant progressivement l'ensemble des sources de nos droits positifs modernes, la soumission est un concept juridique qui nous contraint à mener des réflexions approfondies sur ses multiples facettes et les retombées concrètes de son encadrement sur les relations d'affaires. Son succès grandissant au sein de nos systèmes juridiques est à l'image de l'ampleur exponentielle des décalages structurels des rapports de force économique et informationnelle entre opérateurs dont il tend à contrecarrer le prolongement sur le terrain des rapports contractuels. Bien que louable, sa vocation protectrice des parties faibles ne doit pas autoriser d'entorses inconsidérées à la sécurité juridique.

1. S'il fallait s'accommoder d'un onzième commandement en droit des contrats¹, nous le formulerions volontiers de la manière que voici : « À ta volonté, ton partenaire contractuel tu ne soumettras point ! ». Et pour cause ! La soumission est l'un de ces standards juridiques ayant le vent en poupe. Elle indigné autant qu'elle intrigue. Sa simple évocation attire une nuée d'interrogations complexes et ésotériques. Émane-t-elle d'un sentiment de persécution fantasmagorique ou d'une réalité contractuelle authentique ? Doit-on percevoir en cet « OJPI »² l'infâme progéniture d'un sentimentalisme échevelé ou l'heureux triomphe d'un solidarisme éclairé³ ?

2. Pour avoir plein droit de cité au sein de notre ordre juridique interne, le sulfureux concept de soumission doit être rationalisé et appréhendé dans sa seule dimension objective. De ce point de vue, il suppose l'existence d'un rapport de force inégalitaire entre un soumis et un dominant. Convenons en effet que la soumission d'un cocontractant a pour toile de fond un contexte économique et informationnel structurellement déséquilibré⁴, fruit d'un entichement concentratif mondialisé⁵. Son outil de prédilection est le contrat d'adhésion qui en représente, dirions-nous, le prolongement instrumental.

3. Cela dit, l'adhésion est une notion plus vaste que la soumission. Elle n'implique pas nécessairement un rapport de domination entre l'adhérent et le stipulant et se justifie souvent par des considérations pragmatiques dont les

¹ V. D. MAZEAUD, « *Les dix commandements du droit français contemporain des contrats* », Conférences ROGER-COMTOIS (4^e), Montréal, Éd. Thémis, 2006 : [<https://chairedunotariat.openum.ca/files/sites/74/2017/07/ConferencesRogerComtois4.pdf>].

² Objet Juridique Partiellement Identifié. L'expression nous a été inspirée de l'acronyme bien connu des juristes « OJNI » signifiant « *Objet Juridique Non Identifié* ».

³ Le solidarisme contractuel est souvent mis aux prises avec l'idée de fraternité contractuelle, laquelle comporte une évidente connotation sentimentale. Sous cet angle, ce serait par amour de son prochain que l'opérateur privilégié devrait préférer « *une éthique de la discussion* » (G. CHANTEPIE et N. DISSAUX, « *Éthique et distribution. Un dilemme* », AJC 2019, p. 462) aux procédés tendant à la soumission de ses cocontractants. Le courant solidariste se veut, en revanche, moins exubérant et plus rationnel (pour une distinction des notions de fraternité et de celle, plus restrictive, de solidarité, V. A.-S. COURDIER-CUISINIER, « *Le solidarisme contractuel* », Litec, 2006, p. 86 et s., n° 150 et s.).

⁴ V. S. CHAUDOUET, « *Le déséquilibre significatif* », Thèse, Université de Montpellier, 2018, p. 36 et s., n° 39 et s. (Anciennement accessible sur : [<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-02057043>]).

⁵ Il est, de nos jours, un lieu commun d'établir une corrélation entre ce phénomène concentratif et l'acquisition par une poignée d'entreprises d'un pouvoir de marché conséquent (V. J.-M. CHEVALIER, « *La concentration économique et ses limites* », in « *L'Économie, le Travail, l'Entreprise* », Vol. 3, éd. Odile Jacob, 2002, p. 153 à 164).

deux parties peuvent équitablement tirer avantage¹. Mais au même titre que l'adhésion, l'acte de soumission n'est jamais une fin en soi. C'est toujours le moyen employé par la partie forte au rapport contractuel pour contraindre la partie faible à courber l'échine et se conformer, bon gré mal gré, à une ou plusieurs obligations bien définies (*infra* n° 16, 17 et n° 19 et s.). En dépit de son apparence autoritaire, il faut se garder d'en déduire une nature intrinsèquement injuste. C'est l'effet recherché par l'auteur de la pratique qui permettra de nous renseigner sur sa légitimité (*infra* n° 22 et s.).

4. De toute évidence, la soumission du plus vulnérable, fût-il professionnel, est illégitime lorsqu'elle se révèle abusive. L'abus se traduit souvent par l'avidité recherche d'un avantage excessif (*infra* n° 22) ou l'imposition à l'assujetti de clauses significativement déséquilibrées (*infra* n° 23 et s.)². Dans les relations d'affaires, il a pour ressort traditionnel l'exploitation de la situation de dépendance économique du partenaire par le recours à la menace, implicite ou explicite, de mesures de rétorsion commerciale ou de rupture totale ou partielle du flux d'affaires (*infra* n° 20). La violence économique est alors souvent de la partie (*infra* n° 19, 21 et 22).

5. Tel que nous l'observerons plus avant, le concept objet de notre étude n'est pas totalement ignoré du droit positif marocain. C'est cependant sous l'empire du système juridique français qu'il fait manifestement l'objet du traitement le plus franc et le plus cohérent.

6. Comment alors tracer les frontières d'une soumission contractuelle tolérable ? La tolérance à laquelle nous faisons ici référence ne renvoie pas à la situation du soumis ni à sa capacité à supporter le joug de son cocontractant

¹ Ces considérations tiennent notamment à l'opportunité offerte à la partie économiquement faible d'épargner de nombreux frais. Le constat est admirablement exposé par un auteur : « *si le client se "soumet" aux conditions, c'est que le temps et l'argent qu'il investirait soit dans une négociation pour obtenir une modification de la lettre de la convention, soit dans la recherche d'un autre prestataire dont les conditions seraient plus justes sur tel ou tel point se révéleraient hors de proportion avec l'avantage qu'il en retirerait. Si le client adhère aux conditions générales d'affaires préétablies, c'est donc moins par infériorité économique ou psychologique que pour éviter les coûts de transaction prohibitifs qu'il devrait exposer s'il voulait s'assurer un exercice effectif et plénier de la liberté de déterminer le contenu de la convention* » (F.-X. LICARI, « Déséquilibre significatif du contrat », JCl. Civil Code 2023, Fasc. 50, n° 2).

² Sur une étude détaillée des diverses manifestations de l'abus contractuel, V. Ph. STOFFEL-MUNCK, « *L'abus dans le contrat* », L.G.D.J., 2000, spéc. p. 291 et s., n° 346 et s.

favorisé, mais aux limites devant être imposées à ce dernier dans l'exercice de ses prérogatives astreignantes.

7. À l'aune de ces remarques liminaires et de la problématique énoncée, il apparaîtra à tout lecteur de la présente introduction que le fil d'Ariane de notre raisonnement sera axé sur l'établissement d'une distinction, à notre connaissance encore inexplorée par la doctrine, entre la soumission légitime (Partie I) et la soumission illégitime (Partie II) du partenaire contractuel asservi.

Partie I- La soumission légitime

8. La soumission et la subordination sont deux concepts distincts attestant néanmoins d'un lien de parenté évident. La subordination à un partenaire contractuel implique nécessairement l'existence d'un rapport de soumission du subordonné à l'égard du subordonnant (A). En droit privé, cette situation est consubstantielle aux relations de travail. En parallèle de cette configuration classique, la pratique a donné naissance à une grande variété de figures contractuelles entérinant les décalages de puissances économiques et informationnelles qui entachent les relations entre acteurs d'un même secteur et donnant lieu à des situations de soumission sans subordination (B).

A- La soumission avec subordination

9. L'idée de soumission à la volonté d'un cocontractant privé était, jusqu'à une époque relativement récente, le propre des relations salariées. Elle s'exprime à travers la découverte d'un lien de subordination entre l'employé et son employeur¹, lequel implique l'obéissance du premier à l'autorité du second. Cette soumission subordonnante est explicitement légitimée par l'article 21 du Code du travail marocain qui dispose en son premier alinéa que :

¹ L'affirmation de la subordination juridique comme l'un des critères de qualification du contrat de travail remonte à un célèbre arrêt de la Cour de cassation française, dit « *Bardou* », rendu le 6 juill. 1931. La Haute juridiction du Royaume s'aligne sur cette orientation de principe avec une constance imposée par la lettre de sa législation interne (art. 6 du C. trav.). Pour une illustration récente de cette tendance, V. Cass. soc., 7 mars 2023, Arr. n° 286/1, Doss. n° 2025/5/1/2022 [<https://juriscassation.cspj.ma/fr/ArretCassations/GetArret?idArret=21749>]. À travers cette décision, la juridiction suprême relève que « *le critère qui distingue le contrat de travail du reste des contrats est le critère de la subordination [...]* [traduit par nous] ».

« *Le salarié est soumis à l'autorité de l'employeur dans le cadre des dispositions législatives ou réglementaires, du contrat de travail, de la convention collective du travail ou du règlement intérieur [souligné par nous] ».*

10. Sous cet aspect, la soumission apparaît comme l'antichambre de la subordination et permet ainsi de nous éclairer sur la définition de ce pilier du contrat de travail¹ que le législateur marocain, suivant l'exemple de son homologue français, s'abstient de fournir². Par chance, la jurisprudence n'a pas manqué de remédier à cette carence regrettable. Depuis l'arrêt « *Société Générale* »³, la Cour de cassation française affirme à l'envi que :

« *Le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné [souligné par nous] ».*

La Haute juridiction marocaine lui emboîte le pas⁴ en réceptionnant les attributs de la subordination juridique qui se rapportent, dans un cadre spatio-temporel précis⁵, à l'exercice d'un pouvoir patronal de direction, de contrôle et de sanction⁶. Bien qu'il ne soit pas expressément fait référence à la soumission dans les décisions précitées, celle-ci apparaît clairement en filigrane des critères énoncés.

11. Cela étant, des plumes autorisées estiment dorénavant que la subordination n'est, dans les faits, plus l'apanage des relations de travail. Les contrats de distribution intégrée sont mis en avant de ce propos. D'aucuns

¹ أنظر محمد الكشور، "التبعية معيار للتمييز بين عقد الشغل وعقد المقاولة"، المناهج، ع. مزدوج 5-6، 2004، ص. 145-157.
² أنظر رضوان بوعواد، "مفهوم علاقة التبعية في التشريع المغربي والمقارن"، مجلة القضاء المدني، ع. 8، 2013، ص. 137-146.
³ Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187 ; Bull. civ. V, n° 386 : JurisData n° 1996-004273 : Dr. soc. 1996, p. 1067, note J.-J. DUPEYROUX.

⁴ V. C. Supr. soc., 1^{er} mars 2006, Arr. n° 181, Doss. n° 1229/5/1/2005 [https://juriscassation.cspj.ma/fr/ArretCassations/GetArret?idArret=5128]. À l'occasion de cet arrêt de censure, la Cour régulatrice se montre relativement exigeante quant à l'établissement du lien de subordination juridique caractéristique des relations de travail. En l'espèce, la Chambre sociale fait droit aux prétentions du demandeur au pourvoi qui reprochait à la juridiction du second degré d'avoir qualifié de contrat de travail l'exécution d'une prestation de service en contrepartie d'une rémunération reversée au défendeur sans tenir compte des autres critères de la subordination juridique tenant notamment à l'émission de directives et à la supervision de l'employeur.

⁵ أنظر حاتم المهدي، "نطاق التبعية في ظل الوسائل التقنية الحديثة"، مجلة الإرشاد القانوني، ع. مزدوج 8-9، 2020، ص. 45-54.
⁶ V. G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKES, « *Droit du travail* », Précis Dalloz, 37^e éd., 2024/2025, p. 284, n° 201 ;

رضوان بوعواد، "مفهوم علاقة التبعية في التشريع المغربي والمقارن"، م. س.، ص. 141.

considèrent effectivement qu'il existerait « *une certaine proximité structurelle entre le salarié et le franchisé : les deux subissent une subordination dont la différence serait de degré plus que de nature* »¹.

L'argument ainsi formulé séduit certes par sa portée analogique, mais son admission conduirait à favoriser l'établissement d'un lien de subordination juridique dans les contrats d'affaires et, ce faisant, d'accroître le risque de leur requalification en contrats de travail². En plus de déjouer les prévisions légitimes des parties et de porter ainsi une atteinte évidente à la sécurité juridique³, l'expectative d'une telle remise en cause de la qualification initiale du contrat produirait, au détriment de sa nature relationnelle⁴, des répercussions néfastes sur la qualité de la collaboration entre partenaires commerciaux. C'est alors la pérennité de la relation contractuelle qui s'en trouverait menacée et, par contrecoup, la précarité des parties faibles - contre laquelle les zéloteurs d'une conception maximaliste de la subordination entendent paradoxalement lutter - qui s'en verrait exacerbée.

12. Sans doute, l'extension de la subordination au-delà de ses limites naturelles tient au rapport étroit qu'elle entretient avec la notion de dépendance qui facilite l'obéissance des parties vulnérables⁵. La subordination a même été identifiée par un illustre auteur comme « *le corollaire de la dépendance économique* »⁶. Cela dit, s'il n'est point douteux que ladite situation de dépendance soit inséparable de l'activité salariale, celle caractéristique des relations d'affaires n'emporte aucunement subordination de l'assujetti qui conserve *a priori* son

¹ N. DISSAUX, « *Franchise* », Rép. com., Dalloz, 2024, n° 208.

² Sur la requalification d'un contrat de franchise en contrat de travail, V. Cass. soc. (fr.), 18 janv. 2012, n° 10-16.342, inédit : JurisData n° 2012-000564 : CCC 2012, comm. 95, obs. M. MALAURIE-VIGNAL.

Sur la requalification d'un contrat de gérance hôtelière en contrat de travail, V. Cass. soc. (fr.), 5 mai 2017, n° 15-28.433 et n° 15-28.434 : JT 2017, n°199, p.12, obs. X. DELPECH.

³ Sur le rôle de la prévisibilité contractuelle comme facteur de préservation de la sécurité juridique, V. Th. PIAZZON, « *La sécurité juridique* », Defrénois/Alpha, 2010, p. 46 et s., n° 33 et s., et p. 277 et s., n° 145 et s.

⁴ Certains contrats d'affaires, à l'instar des contrats de distribution intégrée, se caractérisent par une forte intensité relationnelle qui rend les parties plus enclines à agir de concert en vue de la réalisation d'une finalité identique (V. C. BOISMAIN, « *Les contrats relationnels* », PUAM, 2005). Sur la réception de ce concept d'origine anglo-saxonne par le droit français et, par extension, par les systèmes de droit continental dont le droit marocain est partie intégrante, V. Y.-M. LAITHIER, « *A propos de la réception du contrat relationnel en droit français* », Rec. Dalloz, 2006, p. 1003.

⁵ G. AUZERO, D. BAUGARD et E. DOCKES, « *Droit du travail* », *op. cit.*, p. 284, n° 201.

⁶ G. VIRASSAMY, « *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique* », L.G.D.J., 1986, p. 151 et s., n° 212 et s.

indépendance juridique à l'égard de la partie dominante¹. Là gît précisément la ligne de démarcation entre l'ascendant patronal et celui relevant des rapports de partenariat commercial, lesquels attestent d'un lien de soumission sans subordination.

B- La soumission sans subordination

13. La soumission ne pouvant raisonnablement s'exercer sur une volonté commune aux deux parties au contrat, tout porte à croire que ce comportement ne se conçoit qu'en présence d'intérêts antagonistes. Par conséquent, les contrats d'intérêt commun semblent *a priori* exclus de son domaine. *Exit* donc les mandats d'intérêt commun², les contrats d'agence commerciale³ et les contrats de distribution intégrée⁴. Ce sont pourtant ces types de contrats qui témoignent des inégalités les plus patentes et des exigences de conformité les plus cruciales aux instructions de la parties forte⁵. La soumission y est donc belle et bien prégnante et ne contrevient nullement à l'intérêt commun mais permet au contraire de le servir. Autrement dit, la réalisation de la finalité partagée par les parties requiert d'emprunter un processus plus ou moins long et d'adhérer aux conditions peu ou prou contraignantes du stipulant.

14. À titre d'illustration, la préservation de l'identité et de la réputation d'un réseau de distribution intégrée fait peser sur son promoteur l'obligation de

¹ V. F. BUY, M. LAMOUREUX et J.-C. RODA, « *Droit de la distribution* », 2^e éd., 2019, L.G.D.J., Lextenso, p. 77 et s., n° 71 et s.

² C'est en vertu des art. 879 et 931-1° du DOC qu'il est légalement prévu que le mandat puisse concomitamment servir l'intérêt du mandant et celui du mandataire. En France, cette règle est de source jurisprudentielle. L'arrêt précurseur a été rendu par la C. cass le 13 mai 1885.

³ L'al. 1^{er} de l'art. 395 du C. com. marocain dispose que : « *L'agence commerciale est conclue dans l'intérêt commun des parties* ». L'équivalent de cette disposition en droit français est contenu dans l'art. L. 134-4, al. 1^{er} du C. com. qui énonce que : « *Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties* ».

⁴ La présence d'un intérêt commun dans les contrats de distribution n'emporte pas l'unanimité de la doctrine. La controverse est ancienne et sensiblement plus clivante en droit français qu'elle ne l'est en droit marocain. Pour une opinion favorable, V. not. Ph. LE TOURNEAU et A. MENDOZA-CAMINADE, « *Concessions* », JCl. Contr. Distri. 2022, Fasc. 1010, n° 105. En droit marocain, V. :

نادية قايدى، "قانون التوزيع التجاري، عقد الامتياز نموذجاً"، دار الأمان، 2017، ص. 190.

Pour une opinion plus réservée, voire franchement réfractaire, V. not. A.-S. COURDIER-CUISINIER, « *Le solidarisme contractuel* », *op. cit.*, p. 117 et s., n° 206.

⁵ Sur ce constat ainsi que ses retombées juridiques, V., en matière d'agence commerciale, A. ABBOUR, « *Le contrat d'agence commerciale au Maroc : instrument juridique de représentation du commerce* », Presse universitaire de Perpignan, n° 26, 2019, p. 169 à 187. Plus globalement, en matière de distribution intégrée, V. :

محمد الكشيبور، وفاء لميس وفيصل بجدادي، "عقد التوزيع المندمج"، مجلة المناهج القانونية، ع. مزدوج 13-14، 2009، ص. 9-31.

contraindre les distributeurs à observer une discipline contractuelle rigoureuse dont il assure également le contrôle¹. Chacun des membres de la structure perçoit indirectement les bénéfices de l'assujettissement des autres membres aux exigences du fournisseur mais peut se montrer récalcitrant aussitôt qu'il lui incombera de participer à cet effort collectif. La cause en est que l'intérêt général du groupement puisse être contrebalancé par l'intérêt égoïste et immédiat de l'obligé. Il ne daignera y renoncer qu'à partir du moment où il se saura contraint de le faire et que toute tentative d'éluder ses engagements par des comportements opportunistes serait étouffée dans l'œuf par un arsenal de stipulations à vocation comminatoire.

15. La soumission sans subordination est favorisée par la situation de dépendance économique de l'assujetti à l'égard de son cocontractant dominant. Cette réalité structurelle a valu à ces contrats la qualification doctrinale de « *contrats de dépendance à sujétion imparfaite* », par opposition aux « *contrats de dépendance à sujétion parfaite* » où cohabitent la dépendance économique et la subordination juridique². Les deux catégories appartiennent à celle des contrats de dépendance que l'auteur de la distinction définit comme ceux « *régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des partenaires, l'assujetti, se trouve tributaire pour son existence ou sa survie, de la relation régulière privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination* »³.

16. Privé de solution équivalente⁴ par une structure de marché fortement déséquilibrée, l'opérateur dépendant n'aura d'autre alternative que de s'incliner

¹ V. F. BUY, « *Les devoirs du promoteur envers les membres - Le devoir d'assurer l'identité et la réputation du réseau* », Cah. dr. entr. 2022, doss. 22.

² G. VIRASSAMY, « *Les contrats de dépendance. [...]* », *op. cit.*, p. 160, n° 225.

³ *Ibid.*, p. 10 et p. 162, n° 226. L'absence de consécration de la catégorie des contrats de dépendance par la loi marocaine ni, à notre connaissance, par la jurisprudence du Royaume, n'a pas empêché une partie de la doctrine du pays de lui accorder un accueil favorable. V. not. : نادية قايدى، "قانون التوزيع التجاري، [...]"، م. س.، ص. 73 و 74.

⁴ L'absence de solutions équivalentes (ou alternatives) fait partie des quatre (4) critères de la dépendance économique dont la démonstration cumulative est indispensable à l'établissement d'un abus de dépendance économique (V. not. Cons. conc. (fr.), déc. n° 89-D-16, 2 mai 1989, relative à des pratiques anticoncurrentielles reprochées par la société *Chaptal SA* à la société *Mercedes Benz France* ; Cass. com. (fr.), 12 oct. 1993, n° 91-16.988 et 91-17.090, Bull. civ. IV, n° 337 ; ADLC, Avis n° 15-A-06, 31 mars 2015, relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande distribution, pt. 239 et s. En droit marocain, V.

docilement face à la volonté unilatérale et sacro-sainte d'un « *partenaire obligatoire* »¹.

17. La situation est encore plus alarmante dans les marchés du numérique. La position « *ultradominante* »² exploitée par les *leaders* du digital, conjuguée à leur « *pouvoir de marché sans précédent* »³, décuple leur emprise sur les entreprises utilisatrices de leurs services de plateforme essentiels⁴ et, par conséquent, leur capacité à soumettre ces dernières à des obligations intolérables. C'est à l'évocation de cette réalité affligeante que nous pénétrons dans les ténèbres de la soumission illégitime.

Partie II- La soumission illégitime

18. Le détenteur d'un pouvoir, de quelque nature qu'il soit, est naturellement tenté d'en abuser. Lorsque ce pouvoir est exercé sur un cocontractant économiquement dépendant en vue de le contraindre à souscrire à un engagement excessif ou désavantageux, la soumission dont il fera l'objet sera manifestement illicite. Les moyens employés à cet effet sont variés (A). Toutefois, la soumission n'étant pas condamnable en soi, la caractérisation de ces moyens demeure une étape insuffisante. Ce n'est qu'à l'analyse de la finalité recherchée par l'instigateur de cette pratique que nous pouvons valablement mettre en lumière son caractère illégitime (B).

Cons. conc., « *Guide relatif à la mise en place de programmes de conformité au droit de la concurrence au sein des entreprises et des organisations professionnelles* », 10 janv. 2022, p. 49).

¹ À l'échelle communautaire, cette expression, reprise par l'autorité française de la concurrence (ADLC, 19 déc. 2019, déc. n° 19-D-26, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches, pt. 306), a été employée à l'occasion de plusieurs affaires (V. not. CJCE, 13 févr. 1979, Aff. 85/76, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, pt. 41 ; TPICE, 25 juin 2010, Aff. T-66/01, *Imperial Chemical Industries c/ Commission*, pt. 256).

² E. TAÏMOURI, « *Les GAFAM saisis par le droit de la concurrence : les prémices d'une régulation* », in M. JAOUHAR (dir.), « *Le numérique saisi par le droit* », Ouvrage collectif à paraître.

³ ADLC, « *Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques* », févr. 2020, p. 11.

⁴ Monopolisés par les « *gatekeepers* », ces services de plateforme essentiels sont encadrés par le DMA (Règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 sept. 2022 relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828) qui entend les rendre plus accessibles aux entreprises utilisatrices. L'art. 2 du dispositif communautaire établit une liste exhaustive de ces services. La Commission européenne a récemment fixé à six (6) le nombre des contrôleurs d'accès et interprété de manière extensive les services de plateforme essentiels fournis par ces derniers [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328].

A- Les moyens employés

19. Relevant essentiellement du domaine comportemental, les moyens employés par l'opérateur privilégié par le rapport de force contractuel pour soumettre autrui à sa volonté illégitime ne sauraient être recensés de manière exhaustive. Mais peu importe le procédé utilisé, l'attitude du dominateur est nécessairement accompagnée d'une portion de violence. Elle se traduit par l'exploitation intimidante de l'état de nécessité ou de la situation de dépendance économique du partenaire soumis pour le contraindre à accepter des conditions auxquelles il n'aurait guère adhéré s'il disposait d'un pouvoir de négociation un brin comparable à celui de son interlocuteur hégémonique¹.

20. Pour ce faire, la menace s'affirme comme l'instrument privilégié du partenaire dominant. Elle peut être active, c'est-à-dire exprimée formellement par son auteur, ou passive, c'est-à-dire implicitement alimentée par ce dernier. Quel que soit son mode d'expression, la menace est tantôt subjective et tantôt objective. Elle est subjective lorsqu'elle émane de l'asservisseur qui l'entretient en adaptant son contenu à la personne de l'asservi dont il va concrètement exploiter les craintes et les besoins. L'exemple topique est la menace de rupture totale ou partielle d'un contrat à durée indéterminée ou celle de non renouvellement d'un contrat à durée déterminée². Elle est en revanche

¹ La violence économique est désormais encadrée par l'art. 1143 du C. civ. français qui dispose qu'« [i]l y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif ». La référence à l'état de nécessité figurait au projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats (V. P. ANCEL, « Article 1142 : violence économique », in doss. « Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis », RDC 2015, n° 112d6, p. 747) avant d'être finalement supprimée par le législateur (V. P. CHAUVEL, « Violence », Rép. civ., Dalloz, 2022, n° 55). L'art. préc. étend le vice de violence aux abus de dépendance économiques. Ce n'est pas encore le cas du droit civil marocain qui ne fait état d'aucune disposition équivalente et demeure jalousement attaché, dans sa lettre comme dans son esprit, à la théorie classique des vices du consentement (V. I. HILANI, « Violence et état de nécessité au regard du droit civil et du droit des affaires », in « La violence saisie par le droit », Ouvrage collectif, M. JAOUHAR (dir.), Publications du LJPSC, 1^{re} éd., 2020, p. 139 à 152). Sous l'empire du droit chérifien, l'abus de dépendance économique est encore l'apanage du droit *antitrust* qui l'érige en pratique anticoncurrentielle à travers l'art. 7 de la loi n° 104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Son instrumentalisation en faveur de l'équilibre des contrats et de la préservation d'un ordre public économique de protection est toujours au stade de proposition doctrinale. V. : نبيل أبو مسلم، "دور نظرية الإكراه الاقتصادي في المحافظة على التوازن العقدي"، مجلة المحاكم المغربية، ع. 148، 2015، ص. 67-75.

² La rupture brutale d'une relation commerciale établie est sanctionnée par l'art. L. 442-1, II du C. com. français qui interdit à « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation

objective lorsqu'elle relève de la nature de l'activité exercée ou de la structure du marché concerné.

La fameuse affaire *GALEC*¹ est particulièrement illustrative de ce dernier versant de la menace. Il y est observé « *que les fournisseurs, dont seuls 3 % étaient des grands groupes, ne pouvaient pas prendre le risque d'être déréférencés par le GALEC qui détenait, en 2009, 16,9 % des parts du marché de la distribution [souligné par nous]* ». Les magistrats du Quai de l'Horloge poursuivent leur démonstration en affirmant que :

« *[L]a cour d'appel, qui n'a pas procédé par affirmation générale, a pu en déduire que les fournisseurs avaient été soumis aux exigences du GALEC, caractérisant ainsi l'existence d'une soumission au sens de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce* ».

Il s'évince de cet attendu important que la menace de déréférencement pesant, telle une épée de Damoclès, sur les fournisseurs impliqués dans le contentieux n'est guère le fait du groupement d'achat mais de la position détenue par ce dernier dans le marché de la grande distribution.

21. Le rapprochement ainsi effectué entre la soumission et la menace ou, *a fortiori*, entre la soumission et la violence économique, est suffisamment révélateur du fait que l'intérêt du plus faible puisse être sacrifié sur l'autel de finalités illégitimes.

B- Les finalités recherchées

22. La soumission n'est condamnable qu'à partir du moment où la finalité recherchée par son auteur s'avère illicite. Ladite finalité réside le plus souvent dans la volonté de tirer un avantage indu de la relation contractuelle ou d'imposer au soumis une contrainte disproportionnée par rapport à l'objet du contrat.

Le premier cas de figure est abordé par le grand droit marocain de la concurrence. Le législateur évoque, parmi les manifestations non limitatives de l'abus de domination, « *la rupture de relations commerciales établies, au seul*

commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale [...] ». Le petit droit marocain de la concurrence ne comporte aucune disposition comparable.

¹ Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387 ; Bull. civ. IV, n° 87 ; JurisData n° 2015-012555 : CCC 2015, comm. 229, note N. MATHEY.

proportionnalité¹ est un exercice délicat confié aux juges auxquels il sera notamment loisible de s'enquérir du décalage du rapport de forces en présence.

23. De toute évidence, la réalisation des sinistres desseins évoqués au précédent paragraphe peut être à l'origine d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties². Cette fâcheuse conséquence fut d'abord sanctionnée par le droit communautaire en matière consumériste³, avant que la disposition ne soit transposée au Code de la consommation français⁴ puis finalement consacrée par la loi marocaine n° 31-08 sur la protection des consommateurs⁵. Contrairement au texte européen qui, tout en faisant bénéficier le consommateur d'une présomption simple de non-négociabilité de la clause litigieuse, ne s'applique qu'aux stipulations n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle⁶, les dispositifs français⁷ et marocain⁸ prennent le contre-pied de cette condition en étendant leurs domaines d'application respectifs aux contrats librement débattus. La soumission est ainsi exclue de l'empire de ces deux réglementations spéciales.

24. C'est sous l'égide du droit commercial que le concept, intimement apparenté à l'« *Unconscionability* »⁹, acquiert enfin ses lettres de noblesse et qu'il se voit attribuer un régime juridique digne de sa prééminence dans les

¹ V. S. LE GAC-PECH, « *La proportionnalité en droit privé des contrats* », L.G.D.J., 2000.

² La Cour régulatrice française s'est récemment prononcée sur l'articulation délicate des dispositions relatives au déséquilibre significatif et à l'obtention d'un avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné en optant pour une application complémentaire des deux textes (Cass. com., 11 janv. 2023, n° 21-11.163 : CCC 2023, comm. 44, note N. MATHEY ; JCP E 2023, 1049, note G. CHANTEPIE ; D. 2023, p. 485, note N. DISSAUX et R. LOIR).

³ Art. 3.1 de la Directive n° 93/13/CEE du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ; JOCE n° L 95/29 du 21 avr. 1993.

⁴ Art. L. 132-1, al. 1^{er} (actuel art. L. 212-1) issu de la loi n° 95-96 du 1^{er} févr. 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial ; JORF n° 28 du 2 févr. 1995.

⁵ Art. 15, al. 1^{er} de la loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur, promulguée par le Dahir n° 1-11-03 du 14 rabii I 1432 (18 févr. 2011) ; BO n° 5932 du 3 jourmada I 1432 (7 avr. 2011).

⁶ Art. 3.2. de la Directive n° 93/13/CEE préc.

⁷ Art. L. 212-1, al. 6 du C. conso. préc.

⁸ Art. 15, al. 2 de la loi n° 31-08 préc.

⁹ Consacrée par l'art. 2-302 de l'UCC américain, l'« *Unconscionability* » est une notion d'origine prétorienne qui vise notamment à éradiquer les clauses déraisonnables imposées par le détenteur d'un pouvoir de négociation (« *Bargaining Power* ») à un débiteur défavorisé. Pour une étude panoramique de ce concept juridique, V. C. McCULLOUGH, « *Unconscionability as a coherent legal concept* », University of Pennsylvania Law Review, Vol. 164, p. 179 à 826.

relations d'affaires. Introduite par la LME de 2008¹ au Code de commerce qui lui consacrait jadis son article L. 442-6, I, 2°, devenu L. 441-2, I, 2° depuis l'ordonnance du 24 avril 2019², la soumission est érigée, au même titre que sa tentative³, en préalable indispensable à la qualification d'un déséquilibre significatif⁴. L'engouement que rencontre cette pratique restrictive⁵ auprès des opérateurs concernés a donné lieu à un riche contentieux ayant permis d'en tracer les contours et d'aboutir à un équilibre entre les intérêts respectifs des parties, à mi-chemin entre un libéralisme débridé et un conservatisme paralysant⁶. C'est dans cette optique de conciliation que la Haute juridiction française, tout en affirmant que la soumission ne se présume pas⁷, admet qu'elle puisse être prouvée par tout moyen à travers le recours au faisceau d'indices⁸. Aussi tirons-nous de cette pratique judiciaire que la notion fait écho à « l'absence de négociation effective » ou « l'absence de toute possibilité de négociation » de la clause litigieuse⁹, « ce qui renvoie, à l'instar du droit

¹ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ; JORF n°0181 du 5 août 2008.

² Ord. n° 2019-359 du 24 avr. 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du C. com. relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées ; JORF n°0097 du 25 avr. 2019.

³ Il est effectivement question « [d]e soumettre ou de tenter de soumettre ».

⁴ V. CA Paris, 5-11, 16 févr. 2018, n° 16/05737 : LEDICO 2018, n° 111e0, p. 5, obs. G. TOULOUSE. Le droit commercial se montre donc moins permissif que le droit de la consommation mais également plus restrictif que la *lex mercatoria*. Pour preuve, l'art. 3.2.7 des principes d'*Unidroit* n'exige en aucune façon que l'octroi d'un avantage injuste à l'une des parties soit le produit d'une soumission de l'autre. Tout au plus, cette circonstance doit être prise en considération par l'arbitre ou le juge étatique s'il estime qu'elle relève du « fait que l'autre partie a profité d'une manière déloyale [...] de l'inaptitude à la négociation de la première » (art. 3.2.7, 1), a)).

⁵ Le déséquilibre significatif est à la tête du classement des pratiques restrictives les plus mobilisées par les opérateurs économiques. Sur ce constat, V. le bilan des actions en justices intentées par ces derniers et établi par le Centre du Droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit de Montpellier (p. 46 et s.) : [\[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan-des-%20d%C3%A9cisions-%20judiciaires-2021-%20Faculte-Montpellier.pdf?v=1682318931\]](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan-des-%20d%C3%A9cisions-%20judiciaires-2021-%20Faculte-Montpellier.pdf?v=1682318931).

⁶ Une conception trop restrictive de la soumission ou de sa tentative découragerait les victimes de clauses abusives d'emprunter la voie judiciaire pour faire valoir leurs droits compte tenu du risque important de représailles auquel ils s'exposent en recourant à cette démarche.

⁷ Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12.823, F-P+B : JurisData n° 2019-020587 : JCP E 2020, 1236, note E. GUÉGAN ; CCC 2020, comm. 6, note N. MATHEY ; RDC 2020, n° 116q5, p. 39, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; JCP G 2020, 17, note N. DISSAUX ; AJC 2020, p.35, obs. F. BUY ; RTD Com. 2020, p. 322, obs. M. CHAGNY ; LEDICO 2020, n° 112s8, p. 4, obs. C. GRIMALDI ; LEDC 2020, n° n° 112v3, p. 3, obs. N. LEBLOND.

⁸ V., en ce sens, F. BUY, « *Droit des contrats d'affaires* », L.G.D.J., Lextenso, 2023, pp. 114 et 115, n° 105 ; D. et N. FERRIER, « *Droit de la distribution* », LexisNexis, 9^e éd., 2020, p. 196 et s., n° 338.

⁹ Pour un ex. récent de décision affirmant cette condition, V. Cass. com., 28 févr. 2024, n° 22-10.314, FS-B : JurisData n° 2024-002247 : CCC 2024, comm. 58, note N. MATHEY ; Lexbase Affaires 2024, n° 787, obs. V. TÉCHENÉ. Inversement, la soumission est écartée dès lors

commun, au contrat d'adhésion »¹. En effet, après avoir accueilli la notion de déséquilibre significatif², le législateur civiliste français préfère au critère de la soumission du droit commercial celui, moins inclusif, de l'adhésion³.

25. En droit marocain des contrats, le déséquilibre significatif est encore la chasse gardée du droit de la consommation. Au grand dam de certains auteurs⁴, cette pratique n'est réglementée nulle part ailleurs. En tout état de cause, et sans céder à la tentation d'une prise de position argumentée qui serait quelque peu hors de propos, limitons-nous à la formulation de trois (3) affirmations importantes. D'abord, nous estimons qu'une protection des professionnels marocains attestant d'un état de faiblesse structurelle au moyen de cette pratique à l'efficacité indubitable est, aujourd'hui plus que jamais, dictée par des impératifs de cohérence et d'équité⁵. Ensuite, le succès rencontré par ce concept, à la fois sur un plan interne⁶ et communautaire⁷, rend

qu'existe une « *possibilité effective* » de négocier la clause fustigée ou de ne pas conclure le contrat (CA Paris, 5-11, 11 janv. 2019, n° 17/00234 : LEDICO 2019, n° n° 112k5, p. 3, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS).

¹ Y. PICOD, Y. AUGUET et M. GOMY, « *Concurrence : obligation de non-concurrence* », Rép. com., Dalloz, 2024, n° 152.

² Dans sa rédaction actuelle, l'art. 1171 du C. civ. français dispose que : « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ».

³ Dans sa mouture issue de la loi de ratification du 20 avr. 2018, l'art. 1110, al. 2 du C. civ. français identifie le contrat d'adhésion comme « *celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties* ». Il y a là une différence subtile avec la soumission qui peut tout à fait porter sur des contrats de gré à gré, à condition qu'il s'évince des circonstances de sa conclusion que la stipulation contestée, bien que négociable, n'a pu être effectivement négociée par le débiteur.

⁴ V. not. M. BOUSAOUF, « *Le sort des pratiques restrictives de la concurrence au Maroc* », in « *Mélanges en honneur au Professeur Leïla ZOUHRY* », Publications du Laboratoire Justice, Droit et Systèmes Comparés et du Laboratoire Études Juridiques Civiles et Fiqh Al Mouaamalat, FSJESAC-UH2C, 1^{re} éd., 2023, p. 61 à 89, spéc. p. 81.

⁵ V. E. TAÏMOURI, « *Le déséquilibre contractuel entre professionnels de la distribution. Étude comparative entre le droit marocain et le droit français.* », Thèse de Doctorat (non encore soutenue au moment de la rédaction de cet article), n° 280 et s. (les numéros de pages ne sont pas indiqués car ils varieraient éventuellement au stade de la publication de l'ouvrage).

⁶ Citons à cet égard le droit belge qui, par une loi du 4 avr. 2019, intègre à son Code de droit économique une disposition déclarant abusive « *toute clause d'un contrat conclu entre entreprises [...] lorsque, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses, elle crée un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties* » (art. VI.91/3, § 1). V. J. DEWISPELAERE et C. BINET, « *New Rules in B2B Relationships Seek to Reinforce Competition and to Balance Unequal Bargaining Power* », *European Competition and Regulatory Law Review*, Vol. 3, Issue 3, 2019, pp. 296 et 297.

⁷ À travers l'art. 12-5, b) du DMA, le déséquilibre significatif s'impose à présent comme un instrument de régulation des relations P2B. Il est vrai que le texte n'opère guère de référence expresse à la significativité du déséquilibre, mais celle-ci s'infère de la condition d'obtention par le contrôleur d'accès d'« *un avantage des entreprises utilisatrices qui est disproportionné par*

plus pressante l'exigence d'harmonisation induite par le statut avancé du Royaume. Enfin, et dans l'éventualité d'une extension du déséquilibre significatif au-delà de son cadre consumériste originel, les réflexions jusqu'ici développées nous permettent d'inférer qu'une place décente doit être réservée à la notion de soumission.

Conclusion

26. La soumission, ce fléau bien répandu entre les hommes et qui s'amplifie à mesure que se creuse l'écart de leurs inégalités économiques et informationnelles, est l'une des notions les plus aisées à concevoir mais des plus délicates à affronter. Bien que tolérée, la mort dans l'âme, lorsqu'elle est exercée avec sagesse et justifiée par des considérations outrepassant celles inhérentes à la situation de l'assujetti, tout individu modérément soucieux du sort de son prochain conviendra que cette pratique doit être combattue sitôt qu'elle franchit la barrière de l'acceptable. Le plus fort pourrait alors être tenté de jeter l'opprobre sur ce standard potentiellement « *conquérant* »¹ en alertant sur le risque d'insécurité juridique généré par son imprécision². L'objection repose néanmoins sur une conception surannée de la sécurité juridique appréhendée dans sa seule dimension « *cartésienne* »³. Après tout, la protection de catégories entières d'opérateurs démunis vaut bien, quitte à s'écarter d'un rationalisme sclérosant, de s'en remettre à notre intuition pour saisir le sens de concepts profondément inscrits dans le marbre de notre conscience collective. Sur un registre philosophique, d'aucuns pourraient voir dans la juridicisation de la soumission l'aboutissement d'une morale du

rapport au service fourni par ce contrôleur d'accès à ces entreprises utilisatrices ». Les rédacteurs du Règlement s'abstienne, à juste titre nous semble-t-il, d'y adjoindre le critères de la soumission, laquelle se présume de manière irréfragable dans le cadre de rapports de force aussi dissymétriques que ceux relevant de son champ d'application *ratione personae*.

¹ L'adaptabilité avérée des standards juridiques à la diversité des cas d'espèces justifie l'engouement législatif et jurisprudentiel à l'égard de ces instruments indispensables à « *la flexibilité du droit* » (S. Néron, « *Le standard, un instrument juridique complexe* », JCP G 2011, doctr. 1003, n° 4 et s.) et l'extension de leurs domaines. Ce fut par ex., en droit français, le cas de la bonne foi (V. J. Mestre, « *Une bonne foi franchement conquérante ... au service d'un certain pouvoir judiciaire de révision du contrat !* », obs. sous Cass. com., 3 nov. 1992, n° 90-18.547, RTD Civ. 1993, p.124).

² V. Th. PIAZZON, « *La sécurité juridique* », *op. cit.*, p. 222 et s., n° 126 et s.

³ V. J. VAN MEERBEECK, « *Relation et confiance légitime ou la face cachée du contrat* », R.I.E.J., 2016/1 vol. 76, p. 97 à 118.

ressentiment au sens nietzschéen de l'expression¹. À le supposer valable, cet argument est par trop subjectif pour justifier le rejet d'un concept témoignant d'une réalité structurelle incontestable. Quoi qu'il en soit, le vide juridique entourant la question en droit marocain est propice aux débats les plus stimulants et, pourquoi pas, les plus subversifs !

¹ F. NIETZSCHE, « *Généalogie de la morale* », 1887.

La coutume et le droit pénal en Afrique

**Paul Marcellin FANSI¹ - Enseignant Chargé de Cours à la Faculté des Sciences
juridiques de l'Université de Ngaoundéré**

¹ fansi23@yahoo.fr

Résumé :

En Afrique, la colonisation a permis la rencontre des systèmes traditionnels et modernes, avec pour conséquence l'expérimentation des cultures juridiques venant de divers horizons. Cette diversité est source de richesse, en ce sens que les législateurs devraient puiser de part et d'autre, des solutions pour élaborer un droit adapté à leur contexte et, partant, efficace dans sa mise en œuvre. Ce n'est malheureusement pas la logique suivie, en matière pénale notamment. Au lendemain des indépendances, l'option de perpétuer la politique dite de l'assimilation a conduit les législateurs à élaborer un droit pénal essentiellement fondé sur les conceptions occidentales. Qualifié de taré et d'anti-développementaliste, le droit pénal coutumier devait être abandonné au profit du seul droit moderne. Le revirement entraînant une certaine prise en compte de la coutume n'a finalement été provoqué que par une combinaison de facteurs, à savoir la résistance de ces coutumes, la crise que le droit moderne traverse presque partout dans le monde, et les difficultés d'endiguer la criminalité de masse sur le continent. Pour relever ces défis, le droit coutumier est de plus en plus convoqué. Ses conceptions sont perceptibles dans les législations pénales contemporaines, ce qui offre des réelles chances de progrès.

« Car, l’Afrique nouvelle a cessé d’avoir foi dans la coutume. Par une conversion véritablement radicale, elle a changé de credo législatif, renoncé au droit coutumier, à ses œuvres et à ses pompes pour donner désormais sa foi aux textes, à la loi et aux codes... ».

R. DECOTTIGNIES, « Prière à Thémis pour l’Afrique », R.S.D. août 1967, p.10-13.

L’idée d’un rapprochement entre la coutume et le droit pénal en Afrique est à première vue curieuse parce qu’a priori, tout semble les opposer. Le droit pénal désigne l’ensemble des règles de droit ayant pour objet la définition des infractions ainsi que les sanctions qui leur sont applicables¹. Selon le professeur Legros, il est « l’ensemble des mesures efficaces, justes et humaines édictées par la loi à l’égard des personnes poursuivies devant les tribunaux en raison de certains comportements fautifs qui leur sont imputables et que la loi détermine en raison d’impératifs sociaux, dans les buts d’intimidation, de défense sociale et de récupération »². Pour le Baron Constant, le droit pénal est « l’ensemble des lois et règlements édictés par le pouvoir souverain en vue de définir les faits punissables (infractions), et de déterminer les sanctions applicables (peines ou mesures de sûreté) aux auteurs des infractions »³. De façon restreinte, le droit pénal s’entend comme « la branche juridique qui traite des délits et des peines »⁴ et comme des lois qui déterminent ceux-là⁵. À côté de ces différentes définitions qui se rapportent au sens matériel, le droit pénal peut revêtir un sens général, et englober la procédure pénale qui consiste en sa mise œuvre⁶. C’est ce sens large qui sera retenu, pour

¹ S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2022-2023, v. Droit pénal.

² R. LEGROS, *Droit pénal* (notes de cours), Presses Universitaires de Bruxelles, 1982, vol. 1, p. 23.

³ J. CONSTANT, *Précis de droit pénal*, 6^{ème} éd. 1975, 1^{ère} partie – Les principes généraux, p. 34.

⁴ P.E. TROUSSE, *Les nouvelles-Droit pénal*, T.1, vol. 1, éd. Larcier, Bruxelles, 1956, n° 1.

⁵ J.J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal*, 1873, p. 1.

⁶ Parmi les règles encadrant la mise en œuvre du droit pénal, on cite principalement les règles d’organisation, de compétence, et de fonctionnement des juridictions et celles de son déroulement dans ses différentes phases.

permettre une vue assez complète de la question étudiée. Encore qu'avec l'émergence de la justice restaurative, on réalise à quel point les concepts de droit substantiel et processuel sont perméables et ce, dans le but de rechercher la pleine efficacité de la réalisation du droit. À l'effet de mieux cerner le droit pénal en Afrique, il convient précisément de le présenter comme un « droit moderne », principalement hérité des Etats colonisateurs ou chargés d'un mandat, et perpétué par les législateurs africains post-coloniaux. Il se particularise davantage par sa grande technicité, son caractère essentiellement écrit, et le rôle qui lui est assigné dans le développement des États africains¹.

Au même titre que droit pénal, la coutume est aussi polysémique. De manière générale elle renvoie à un ensemble de pratiques, d'usages, d'habitudes qui, avec le temps et grâce à l'adhésion populaire, deviennent des règles de droit bien qu'elles ne soient pas édictées en forme de commandement par les pouvoirs publics². Selon une conception classique, fidèle à la tradition juridique française, la coutume est source de droit, c'est-à-dire à la fois un mode de production du droit et des règles qui en découlent³. Pour appréhender une compétence vaste, la coutume doit être entendue comme dépassant une collection de règles pour constituer un ordre juridique plus complet, celui fondé sur une communauté et son schéma du monde, ses liens particuliers à la terre⁴. Les représentants des communautés coutumières voient dans « le droit coutumier », « l'existence de nos droits antérieurs à la présence occidentale », un « code de vie », « la pratique de notre coutume, de nos traditions dans le but précis de garder l'identité culturelle, garder la meilleure entente, une bonne harmonie de la communauté », « notre coutume et notre tradition, qui constituent notre patrimoine culturel », en somme, « la coutume c'est un droit de l'homme à vivre avec les autres, et avec soi-même »⁵. En considérant que la coutume est synonyme de droit traditionnel, de droit local et de droit coutumier qui

¹ F. PIE, « La justice à la recherche de son effectivité : le cas de la justice pénale », in *Afrique contemporaine*, 4^{ème} trimestre 1990, n° 156, p. 165. L'auteur l'écrit en effet : « Ainsi peuvent être résumés les deux objectifs de la justice pénale africaine. La première finalité énoncée est traditionnelle : il s'agit de maintenir la criminalité classique dans les limites supportables. La seconde est plus inhabituelle et novatrice : elle constitue une grande part de la spécificité du contexte africain. Elle consiste à utiliser le processus de pénalisation pour supprimer les comportements incompatibles avec le projet de développement formé par les jeunes gouvernements africains ».

² S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, op. cit., v. coutume.

³ P. DEUMIER, « La coutume kanake, le pluralisme des sources et le pluralisme des ordres juridiques », *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 2006, Chroniques, p. 516.

⁴ Dans cet ordre d'idées, voir R. LAFARGUE, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, 307 p.

⁵ P. DEUMIER, *ibid.*, p. 517.

pourront invariablement être utilisés, elle désignera le système de droit qui a régit les sociétés avant la colonisation¹. De la sorte, tandis que le droit pénal est essentiellement d'origine occidentale, la coutume africaine procède des traditions qui lui sont propres².

En effet, les coutumes encadraient l'ensemble des rapports sociaux dans les sociétés africaines précoloniales, intégrant logiquement la définition des valeurs sociales protégées et la répression des atteintes qui pouvaient leur être portées. Certes, les droits coutumiers ne faisaient pas de distinction tranchée entre les matières civiles et pénales³, mais des références historiques révèlent qu'ils comportaient un ensemble de règles coordonnées permettant la répression des comportements anti-sociaux⁴. Cet ensemble forme le système pénal, qui trouve ses sources dans les coutumes africaines, contrairement au droit pénal « moderne », « écrit » ou « officiel » d'inspiration occidentale qui est essentiellement contenu dans les Codes⁵. Il convient d'ailleurs de ne pas confondre la justice pénale coutumière avec la justice populaire⁶, apparue postérieurement, principalement dans les grandes métropoles, et qui s'analyse comme une (mauvaise) réponse des populations à l'échec du système officiel de justice pénale.

Au contact de la civilisation occidentale, le droit coutumier, et donc son système de justice pénale, est entré en conflit avec le modèle occidental. Alors qu'en

¹ Sur la coutume comme réalisation d'un équilibre social harmonieux, cf. J. VANDERLINDEN, « Contribution en forme de masecari à une théorie des sources du droit au départ d'une source délicieuse », *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1995, p. 69.

² Le système de justice coutumière est perçu comme celui qui suit généralement les principes du droit coutumier ou un ensemble de règles ou de comportements non codifiés, qui est mis en œuvre à l'aide de sanctions et peut évoluer avec le temps.

³ Un tel système n'est pas un cas isolé. Même en Europe, jusqu'au XIII^e siècle, le droit pénal n'était qu'une branche du droit privé et ne faisait l'objet que de quelques études sur les points précis, si ce n'est l'intérêt particulier que lui portaient quelques juristes canonistes. C'est à la suite des constructions doctrinales que cette matière s'est progressivement autonomisée. Voir en ce sens, Guillaume BEAUSSONIE, *Le rôle de la doctrine en droit pénal*. L'Harmattan, Paris, 2006, p. 19.

⁴ Un bref rappel historique révèle l'existence d'un droit pénal coutumier pendant la période coloniale, notamment au Cameroun francophone. Cette existence, passablement méconnue, se manifestait par la compétence affirmée des juridictions coutumières en matière pénale, et à travers l'édition des règles textuelles de fond, d'abord éparées, puis codifiées. Cf. G. B. DZEUKOU, « Code pénal et droit civil coutumier », *Adilaaku*, Vol. 2, n° 1, 2022, p. 38.

⁵ Le propos doit néanmoins être nuancé, car avec la « bureaucratisation » du droit pénal, on assiste à un foisonnement de normes pénales qui se développent en dehors du code pénal. Ces normes pénales sont de manière générales, sanctionnatrices des règles techniques édictées par un texte non pénal.

⁶ Alors que la justice coutumière est celle fondée sur les traditions africaines, qui fut essentiellement appliquée à l'époque précoloniale, la justice populaire est, quant à elle, consubstantielle à l'Etat contemporain. Elle est analysée par la doctrine comme une réponse des populations à « la crise de la justice de l'Etat ». En ce sens, P. NKOU MVONDO, « La justice parallèle au Cameroun : la réponse des populations camerounaises à la crise de la justice de l'Etat ». In, *Droit et société*, 2002/2, n° 51-52, pp. 369-381.

matière civile, le législateur colonial s'est montré subtil, planifiant la mort de la coutume avec le temps, il a été moins indulgent en matière pénale. Dans les territoires relevant de la France par exemple, la suppression du droit pénal coutumier fut clairement amorcée dès 1945, par l'abolition des peines de l'indigénat. Le mouvement se poursuivit avec la suppression de la justice indigène en 1946. Selon les territoires, les coutumes abolies étaient remplacées par les textes transposés du droit français ou des solutions élaborées selon les techniques juridiques anglaises. Au lendemain des indépendances, il revenait au législateur post-colonial de fixer le droit pénal. L'option lui était alors offerte entre réhabiliter¹ le droit pénal coutumier, perpétuer l'hégémonie du droit pénal d'inspiration occidentale, ou même réaliser une synthèse de laquelle naîtra un système nouveau, riche et adapté. Dans leur grande majorité, les législateurs africains ont opté pour « la perpétuation de la politique d'assimilation mise en place à l'époque de la colonisation »², consistant à substituer progressivement, mais effectivement des données culturelles de l'occident aux données culturelles traditionnelles³. Un auteur souligne que : « L'époque était celle des grandes certitudes et des grandes ambitions. La grande certitude est celle d'avoir trouvé la panacée vers le développement. Le droit du développement qui devait remplacer l'ordre juridique ancien était plus proche des textes juridiques du colonisateur que des institutions juridiques dites traditionnelles »⁴. En faveur de cette tendance pour les États africains à importer les produits juridiques finis⁵, on faisait valoir que le droit coutumier était « un droit parfois fondamentalement taré »⁶ et donc anti-développementaliste. A contrario, le droit d'origine européenne semblait propice

¹ La Cour suprême du Gabon avait par exemple consacré cette solution de réhabilitation en matière civile lorsqu'elle déclarait dans un arrêt du 4 janvier 1971 « *Que si, avant l'indépendance, le statut civil de droit moderne était considéré, en vertu de la réglementation prise par application de ce qu'on appelait l'ordre public colonial, comme statut de droit commun, il en va différemment aujourd'hui où l'on constate une certaine primauté du droit ancestral, considéré par certains comme le droit originaire* ». Cité par J. VANDERLINDEN, « Le juge et la coutume en Afrique aujourd'hui », In *Afrique contemporaine*, n° 156, 4/90, p. 237.

² P.-G. POUGOUE, *La famille et la terre. Essai de contribution à la systématisation du droit privé au Cameroun*. Thèse, Bordeaux 1997, p. 13.

³ La loi n° 96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 02 juin 1972 modifiée et complétée par la loi n° 2008/001 du 14 avril 2008 dispose par exemple à son article 68 que « *La législation résultant des lois et règlements applicables dans l'Etat fédéral du Cameroun et dans les Etats fédérés à la date de prise d'effet de la présente constitution reste en vigueur dans ses dispositions qui ne sont pas contraires aux stipulations de celle-ci, tant qu'elle n'aura pas été modifiée par voie législative ou réglementaire* ».

⁴ S. MELONE, « Les juridictions mixtes de droit écrit et de droit coutumier dans les pays en voie de développement. Du bon usage du pluralisme judiciaire en Afrique : l'exemple du Cameroun ». In, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 38, n° 2, avril-juin 1986, p. 328.

⁵ Sur la question, lire D. ABARCHI, « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du Droit ». In, *Penant*, n° 842, p. 88-105.

⁶ V.E. BOKALLI, « La coutume, source de droit au Cameroun », *Revue générale de droit*, Vol. 28, n° 1, 1997, p. 56.

au développement, car crédité de nombreux atouts¹. Le droit pénal du développement pouvait alors être présenté comme celui qui garantirait le développement, celui le mieux à même de permettre aux sociétés africaines d'atteindre rapidement le niveau de développement des sociétés européennes. Le mimétisme juridique fut alors utilisé comme principale technique législative. C'est ainsi que les conceptions traditionnelles en matière pénale furent clouées au pilori sans un inventaire objectif.

Aujourd'hui, le droit « moderne » dans son ensemble², et le droit pénal en particulier, sont en crise³. La doctrine relève que la crise de l'Etat pénal moderne, "du tout répressif" est patente. Essentiellement conçu pour réprimer les comportements anti-sociaux, le droit pénal officiel peine de plus en plus à réaliser les objectifs de paix sociale que poursuit le droit. Les textes pénaux, définis de façon restrictive pour, dit-on, assurer la sécurité juridique, sont fréquemment instrumentalisés par des plaideurs habiles ou leurs conseils pour assurer l'impunité. Le formalisme, censé être protecteur des droits et libertés, est de plus en plus pointé du doigt accusateur comme facteur de lenteur, de complexité, voire d'inefficacité de la justice pénale. L'emprisonnement, peine principale suivant le modèle de justice officielle, s'avère de plus en plus inapproprié en tant que réponse à la criminalité. Pour avoir hérité du droit occidental sans inventaire, les Etats africains doivent également assumer le passif successoral. En plus des difficultés à contenir la criminalité ordinaire, ils doivent affronter des crimes de masse, et même l'internationalisation croissante de cette même criminalité.

Le droit comparé donne à voir depuis une trentaine d'années, de profondes transformations concourant à l'émergence de nouveaux modèles de justice pénale.

¹ Sur la forme, l'organisation et le fonctionnement de la justice pénale constitueraient des gages d'une bonne administration de la justice. Le formalisme rigoureux observé en la matière était alors présenté comme protecteur des droits des parties. Au fond, le droit pénal moderne est essentiellement écrit, et l'interprétation des textes est strict, ce qui serait facteur de sécurité juridique. La peine, envisagée comme principale réponse à la criminalité est généralement assez sévère et systématiquement appliquée aux délinquants en vue de dissuader et préserver la société contre la criminalité.

² Les juristes sont aujourd'hui unanimes sur le fait que le droit est devenu très complexe, et diverses raisons sont avancées pour le justifier : la prolifération des sources du droit, l'inflation des règles de droit, la politisation de la loi...etc. Pour une vue générale, v. Ph. JESTAZ, « Source délicieuse...Remarques en cascades sur les sources du droit », RTD civ. 1993, p. 73 ; F. ZENATI, « L'évolution des sources dans les pays de droit civil », D. 2003, chr. 15 ; J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996 ; R. SAVATIER, « L'inflation des lois et l'indigestion du corps social », D. 1977, Chron., 43 ; P. PACTET, « La loi, permanence et changements », Mélanges Chapus, 1992, p. 503 ; Ph. MALAURIE, « L'effet pervers des lois », Mélanges Cornu, 1994, p. 309 ; F. TERRE, La « Crise de la loi », in *La loi*, Archives de philosophie du droit, tome 25, p. 17 et s.

³ H. DONNEDIEU de VABRES, *La crise moderne du droit pénal : la politique criminelle des Etats autoritaires*, Paris, Dalloz Sirey, réimpression, 2009, 246 p.

Un réel changement de cap est par exemple matérialisé en Europe à travers la justice restaurative, qui préconise une ouverture du procès pénal à tous, dans le dessein à la fois de « la punition en vue de la resocialisation du condamné, la réparation globale de la victime, le rétablissement de la paix sociale »¹. Progressivement, ces sociétés passent du droit comme instrument de contrôle social, au droit comme moyen de faciliter l'interaction sociale harmonieuse². A l'observation, les solutions émergentes en droit pénal procèdent pour la plupart, d'une réactivation des mécanismes de justice coutumière ayant existé aussi bien en Occident, qu'en Afrique. Les propos de Cario à cet égard sont assez édifiants, lorsque l'auteur écrit : « La (Re) découverte des pratiques traditionnelles de régulation des conflits se révèle être aujourd'hui et en troisième lieu une voie prometteuse de consolidation de la justice restaurative. Comme elle le fut à de nombreux égards par le passé : apaiseurs, conciliateurs et arbitres dans la France du Haut Moyen Age. Comme elle le demeure dans quelques civilisations épargnées : cercles de sentence chez les inuits du Québec ; Conférence du groupe familial chez les Maoris de Nouvelle Zélande, justice traditionnelle et palabre en Afrique »³. On peut alors comprendre que des textes juridiques internationaux aient rappelé l'importance des systèmes de justice traditionnelle en ces termes : « Les moyens non judiciaires de règlement des différends, y compris la médiation, l'arbitrage et les pratiques de droit coutumier ou les pratiques autochtones de justice, doivent être utilisés, s'il y a lieu, pour faciliter la conciliation et obtenir réparation pour les victimes »⁴. Dans un tel contexte, il s'avère légitime de s'interroger sur la valeur que les Etats africains accordent à la coutume dans leur droit pénal. Est-elle toujours rejetée ? A-t-elle fait l'objet d'une quelconque (re) considération ? La valeur normative éventuellement accordée à la coutume, permettra d'apprécier sa capacité à offrir des alternatives ou des compléments aux solutions du droit pénal officiel.

La réflexion s'inscrit dans la problématique des transformations du droit pénal. Elle épouse un courant de pensée relativement récent suivant lequel les modes

¹ R. CARIO, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *Revue actualité juridique pénal*, 2007, n° 9, p. 372.

² Commission du droit du Canada, *De la justice réparatrice à la justice transformatrice*, multigraph., 1999, pp. 5-6.

³ V not. N. ROULAND, *Anthropologie juridique*, PUF, 1988, 318 p ; M. RAYNAL, *Justice traditionnelle et justice moderne. Le devin, le juge, le sorcier*, Ed. L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, 1994, 338 p. ; E. Leroy, *Les Africains et l'Institution de la justice. Entre mimétisme et métissage*, Ed. Dalloz, Coll. Etats de droits, 2004, 282 p.

⁴ Cf. La Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de de pouvoir (1985), §7.

traditionnels de gestion des conflits africains peuvent offrir un complément efficace, si ce n'est une alternative aux dispositifs mobilisés à l'échelle nationale et internationale pour faire face aux dynamiques conflictuelles qui embrasent le continent¹. Le champ géographique de l'étude ouvert sur l'Afrique, ne doit pas être considéré comme prétentieux². Le continent est en effet constitué de plusieurs pays dotés chacun d'un système juridique spécifique. Mais l'approche holistique retenue s'explique par le souci de mettre en lumière des expériences plurielles de justice³, élargissant ainsi l'éventail de solutions susceptibles de servir pour l'amélioration du système de justice pénale officiel dans les Etats africains. En tout état de cause, comme souligne un auteur, « La plupart des systèmes judiciaires mis en place par les Etats africains revêtent un aspect assez classique. On trouve peu de différences et d'originalité d'un pays à l'autre, sauf sur les détails [...] »⁴. Et justement, notre réflexion ne porte pas sur les détails. Elle tente globalement d'établir un changement progressif en ce qui concerne la valeur de la coutume en matière pénale. Du rejet initial (I), on passe à une valorisation progressive de la coutume en matière pénale (II).

I. Le rejet initial de la coutume en droit pénal.

Dès leur accession à l'indépendance, la plupart des Etats africains ont unifié leur législation pénale. Contrairement à certaines autres matières à l'instar du droit civil où la coutume était tolérée, la tendance en matière pénale était à la suppression des institutions et règles coutumières. Cette option a été diversement matérialisée (A). Pour curieuse qu'elle pouvait paraître dans un contexte où les discours officiels appelaient à un retour à l'authenticité africaine, elle devait être justifiée (B).

¹ N. BAGAYOKO, F. R. KONE, Les mécanismes traditionnels de gestion des conflits en Afrique subsaharienne, Rapport de recherche Franco-Paix n° 2, juin 2017, 60 p ; B. L. TOUERE ELENGA, « Justice traditionnelle et systèmes africain de protection des droits de l'homme », *Revue des droits de l'homme* n° 22, pp. 1- 18.

² Un auteur a pu en effet souligner qu'une telle ouverture procède en réalité d'une malhonnêteté intellectuelle, dans la mesure où la plupart des auteurs qui prétendent se pencher sur les problèmes juridiques de la totalité de l'Afrique noire contemporaine se cramponnent en réalité sur un pays. Cf. P.-G. POUGOUE, *La famille et la terre, Essai de contribution à la systématisation du droit privé au Cameroun*. Thèse, Bordeaux 1977, p. 12.

³ L'Afrique précoloniale ignorait la forme actuelle de l'Etat. Les découpages ont été essentiellement l'œuvre du colon, qui n'a tenu compte ni des territoires des sociétés traditionnelles, ni des aires culturelles, en dépit du fait que chaque unité sociale traditionnelle avait une organisation politique indépendante. Dès lors, toute limitation dans l'espace des études sur le droit coutumier originel paraît arbitraire. En ce sens, J. MAQUET, « Droit coutumier traditionnel et colonial en Afrique centrale. Bibliographie commentée ». In, *Journal de la société des Africanistes*, 1965, tome 35, fascicule 2, pp. 411-418.

⁴ G. MANGIN, « Quelques points de repère dans l'histoire de la justice en Afrique francophone », In *Afrique contemporaine*, n° 156, 4/90, p. 24.

A : Le rejet de la coutume diversement matérialisé

Deux arguments majeurs tirés de l'évolution des législations africaines en matière pénale peuvent servir à établir le rejet de la coutume. Il s'agit d'une part, de la suppression de la fonction normative de la coutume en matière pénale (1), et d'autre part, de la suppression des compétences répressives des juridictions coutumières (2).

1 : L'exclusion de la fonction normative de la coutume en matière pénale

Il ne fait l'ombre d'aucun doute que la coutume est une source du droit¹, c'est-à-dire qu'elle est génératrice de normes juridiques dotées de la force obligatoire. A ce titre, elle coexiste avec le droit écrit, de manière à pouvoir créer des normes obligatoires dans le domaine qui lui est réservé. Le droit pénal coutumier, constitué des coutumes originelles², se manifestait à travers l'édiction des règles non textuelles, réprimant des comportements anti-sociaux. Il incriminait par exemple l'anthropophagie, l'esclavage, la mise en gage, l'escroquerie à la dot, etc. Ces règles de fond, d'abord éparses, furent progressivement codifiées³, même si la codification amorçait en réalité la désactivation de la fonction normative du droit coutumier. La disparition du droit pénal coutumier fut réalisée en 1945 dans plusieurs Etats, sur le fondement du décret du 17 juillet 1944 instituant le Code pénal indigène pour l'A.O.F., l'A.E.F., le Cameroun et le TOGO⁴. Les législateurs post-coloniaux n'ont fait que conforter l'option de soustraire du domaine des coutumes le droit pénal qui protège les valeurs les plus fondamentales⁵. Certes, en parcourant le code pénal des

¹ C'est d'ailleurs à ce titre que de nombreuses études récentes ont été consacrées au droit coutumier. Voir en ce sens : V. E. BOKALLI, « La coutume, source de droit au Cameroun », *Revue générale de droit*, vol. 28, numéro 1, mars 1997, pp. 37-69 ; S. TEPI, « L'ineffectivité des coutumes devant les juridictions de droit traditionnel au Cameroun », *Revue Afrilex*, 2001, n° 2, pp. 31-50 ; C. SIETCHOUA DJUITCHOKO, « Du nouveau pour la coutume en droit positif camerounais : la constitutionnalisation de la coutume et ses conséquences », *Revue juridique Thémis*, 2000, 34, pp. 130-157 ; V. AKOMDJA AVOM, « L'énonciation de la coutume en droit camerounais de la famille : leurre ou réalité », *RASJ*, 2001, vol. 2, pp. 97-117 ; G. B. DZEUKOU, « l'effectivité du droit coutumier », in *L'effectivité du droit*, Mélanges en l'honneur du professeur François ANOUKAHA, L'Harmattan, 2021, pp. 467-494 ; S. S. KUATE TAMEGHE, « Accroître l'efficacité de la justice traditionnelle au Cameroun », in *L'effectivité du droit*, Mélanges en l'honneur du professeur François ANOUKAHA, L'Harmattan, 2021, pp. 750-763.

² La doctrine fait une distinction entre « source coutumière », la plus ancienne ; « source coloniale », intermédiaire et disparue ; et « source étatique », plus récente. Cf. D. ZAMBO ZAMBO, « Compte à rebours pour la coutume au Cameroun (Éléments pour une théorie de la "scripturalisation" du droit camerounais ». In, *Le droit au pluriel : Mélanges en hommage au Doyen Stanislas MELONE*, J.C. MEBU NCHIMI (dir.) P.U.A., Yaoundé, 2018, p. 177.

³ Voir par exemple le Décret du 17 juillet 1944 instituant le code pénal indigène pour l'A.O.F., l'A.E.F., le Cameroun et le TOGO (J.O.C.F., 1^{er} septembre 1944, n° 597, p. 571.

⁴ J.O.C.F., 1^{er} septembre 1944, n° 597, p. 571.

⁵ A titre de droit comparé, voir dans le même sens V.G. VERMELLE, « Commentaire : les aspects pénaux de l'avant-projet de 1984 », in *Coutumes et droit en Guyane*, Paris, Economica, 1993, p. 129.

Etats africains, on y retrouve de nombreuses allusions faites aux institutions coutumières¹, mais force est de constater que la coutume en elle-même n'est plus une source du droit pénal. La production des normes en matière pénale a été exclusivement confiée aux organes de l'Etat et elle est seule promue. Dès lors, la définition des infractions et de leurs sanctions sont concurremment réservées au pouvoir législatif et exécutif². Dans la plupart des constitutions africaines, la définition des infractions et leurs sanctions sont du domaine de la loi³. Un auteur a précisé en ce sens que « La désactivation de la coutume comme source primaire du droit procède donc du syllogisme qui suit : depuis l'accession [du Cameroun] à l'indépendance toutes les matières à normer ne le sont que par les deux seuls organes étatico-institutionnels que sont le législatif et l'exécutif selon une répartition constitutionnelle de compétences »⁴. C'est pratiquement la même logique qui a été suivie dans la plupart des Etats africains.

En réservant la définition des infractions ainsi que leurs sanctions au domaine du droit écrit, les constitutions africaines entendent clairement exclure la coutume des sources normatives. L'idée d'une telle exclusion est particulièrement soutenable en matière pénale, au regard notamment des principes et caractéristiques du droit pénal moderne dont les règles sont par nature écrites, précises et impératives. La matière serait particulièrement incompatible avec les règles non écrites qui constituent la coutume⁵. Par exemple, le principe de la légalité criminelle⁶ chère aux pénalistes et largement consacré en droit positif⁷, interdit les infractions et

¹ Sur la question, lire G. B. DZEUKOU, « Code pénal et droit civil coutumier », *Adilaaku. Droit, politique et société en Afrique*, Vol. 2, numéro 1, 2022, pp. 35- 65.

² Dans les matières qui relèvent du domaine de la loi, le parlement peut autoriser le Président de la République, pendant un délai limité et sur des objets déterminés, à prendre des ordonnances. Art. 28 de la constitution du Cameroun ;

³ Voir par exemple : Article 67 de la constitution du Sénégal ; Article 98 de la constitution du Benin ; article 101 nouveau de la constitution de la République de Côte-d'Ivoire (Loi constitutionnelle N° 2020-348 du 19 mars 2020 modifiant la loi N° 2016-886 du 8 novembre 2016 portant constitution de la République de Côte d'Ivoire.

⁴ D. ZAMBO ZAMBO, « Compte à rebours pour la coutume au Cameroun (Eléments pour une théorie de la "scripturalisation" du droit camerounais ». Op. cit., p. 177.

⁵ La doctrine déplore le fait que « par une des nombreuses erreurs d'optique qui caractérise sa vision des mondes africains, le colonisateur a confondu droit non écrit et coutume. Certes la coutume, dans sa gestualité, est non-écrite. Mais la doctrine (lorsqu'elle est formulée par le diseur de droit), la jurisprudence (comme dans les pays de *common law* où la décision du juge n'est pas rédigée par lui) ou la loi (lorsqu'elle est proclamée) peuvent également être non écrites ». J. VANDERLINDEN, « Le juge et la coutume en Afrique aujourd'hui », Précité, p. 234.

⁶ Ce principe peut ainsi s'énoncer : « pas d'infraction, et pas de peine sans texte de loi ». Il signifie que toutes les infractions doivent être prévues par la loi ; et pour chaque infraction, la loi, qui la définit et crée, prévoit un maximum de peine applicable.

⁷ Voir par exemple l'article 17 du Code pénal camerounais, principe rappelé à maintes reprises par la chambre criminelle. Ainsi, personne ne peut être puni d'une peine qui n'a été prévue par un texte d'incrimination. Cass. Crim., 23 mai 2013, n° 12-84.520 ; *Juris Data* n° 2013-016725, ou qui n'existait pas encore au moment où les faits ont été commis (Cass crim. 10 avril 2013, n° 12-85.687 : *Juris Data* n°2013-008843.

incriminations sans textes. Il exclut logiquement la coutume, qui a essentiellement pour caractéristiques de ne pas émaner des pouvoirs publics et de ne pas être écrite¹. Les prolongements de ce principe tenant par exemple à l'exigence de qualité de la norme pénale, ne font que renforcer l'incompatibilité entre la coutume et le droit pénal. C'est dire, contrairement au droit civil où la coutume est encore tolérée, que cette dernière n'est plus créatrice de normes en matière pénale. Il faut même souligner que, de façon générale, le droit pénal est souvent mobilisé pour combattre les pratiques coutumières jugées incompatibles avec l'évolution des sociétés actuelles².

En dehors du fait que la coutume ne produit plus de normes pénales, les juridictions coutumières se sont également vues retirer les compétences dont elles jouissaient autrefois en matière pénale.

2 : La suppression de la compétence pénale des juridictions coutumières

La prise en compte des coutumes a eu pour conséquence en Afrique, le dualisme juridictionnel. La plupart des législations prévoyait à côté des juridictions de droit moderne, des juridictions ou autorités traditionnelles chargées justement d'appliquer le droit coutumier suivant les procédures coutumières. Quand bien même les juridictions de droit moderne devaient statuer dans le contexte pluraliste, la composition du tribunal était particulière, avec notamment la participation des assesseurs, et dans certains cas, le préliminaire de conciliation obligatoire par les chefs traditionnels. La marginalisation de la coutume en droit pénal s'est essentiellement matérialisée par la suppression de toutes ces particularités

¹ La coutume est classiquement entendue comme une règle de droit fondée sur une tradition populaire (*consensus utentium*), qui prête à une pratique constante et répétée un caractère juridique contraignant, reconnu par les intéressés eux-mêmes ; d'origine non étatique et en général non écrite, elle est une règle de conduite adoptée par un groupe social par habitude (*diuturnus usus*) dans la conviction de son caractère obligatoire (*opinio necessitatis*). Cf. A.-J. ARNAUD et al. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., 2^e édition, Paris 1993, p. 283.

² De nombreuses dispositions des codes pénaux africains condamnent manifestement des pratiques coutumières jugées contraires à l'évolution de la société. Il s'agit pour l'essentiel d'une internalisation des conventions internationales ratifiées par de nombreux Etats Africains. Cas par exemple de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (qui fonde la répression des mutilations génitales et des atteintes à la croissance d'un organe), ou de la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant du 02 septembre 1990 en son article 1 al. 3, 21 al. 1 : les Etats s'obligent à faire de sorte que « Toute coutume, tradition, pratique culturelle ou religieuse incompatible avec les droits, devoirs et obligations énoncés dans la présente Charte doit être découragée dans la mesure de cette incompatibilité » ; ils prennent « toutes les mesures appropriées pour abolir les coutumes et les pratiques négatives, culturelles et sociales qui sont au détriment du bien-être, de la dignité, de la croissance et du développement normal de l'enfant, en particulier : a) les coutumes et pratiques préjudiciables à la santé, voire à la vie de l'enfant ; b) les coutumes et pratiques qui constituent une discrimination à l'égard de certains enfants, pour des raisons de sexe ou autres raisons » (Union africaine, 1990, p. 14). Sur la question, lire G.B. DZEUKOU, « Code pénal et droit civil coutumier », *Adilaaku*, vol. 2, n° 1, 2022, p. 52 et s.

procédant de la coutume¹. Par le passé, les juridictions coutumières avaient plénitude de compétence. Elles pouvaient alors statuer sur des différends aussi bien civils que pénaux. Dans le processus d'exclusion de la coutume, de nombreux Etats ont supprimé les tribunaux de droit coutumier². Quelques Etats ont maintenu à titre transitoire un système de dualité de juridictions, accordant de ce fait un sursis aux tribunaux traditionnels³. En dépit de ce maintien, les juridictions traditionnelles qui subsistent dans l'organisation judiciaire en Afrique, n'ont pour la plupart, aucune attribution pénale⁴. Au Cameroun par exemple⁵, la première réforme de l'ensemble du système judiciaire consacrée par l'ordonnance n° 72/4 du 26 août 1972 a maintenu les juridictions existantes dans chaque territoire. Dans l'ex-Cameroun oriental, il a maintenu le Tribunaux de premier degré et les tribunaux coutumiers sans leur reconnaître la moindre compétence pénale. Dans l'ex-Cameroun occidental, en dépit du maintien des Customary courts, leurs compétences en matière pénale avaient été supprimées. C'est d'ailleurs cette organisation qui a été reprise en dernier ressort par la loi du 29 décembre 2015 portant organisation judiciaire.

Dans le même ordre d'idées, les procédures coutumières sont officiellement devenues inopérantes en matière pénale. Les chefs traditionnels, leurs notables ou toutes autres autorités coutumières ne sont plus en principe habilités à statuer sur des différends relevant du droit pénal. Le procès pénal est exclusivement du ressort des juridictions répressives telles que définies par les lois sur l'organisation judiciaire. Les règles de compétence matérielle sont généralement d'ordre public, et les textes ne font plus aucune référence aux juridictions coutumières⁶.

¹ Il faut souligner l'une des mesures les plus radicales en ce sens, l'article 5 de l'ordonnance guinéenne n° 47 P.R.G. du 20 novembre 1960 qui abolit officiellement le droit coutumier. Cette disposition entraînait de plano, la suppression des juridictions compétentes pour appliquer ce droit

² Il s'agit dans l'ordre chronologique, du Sénégal, de la Côte-d'Ivoire, du Mali, du Burundi, du Rwanda.

³ Ce sont : le Cameroun, le Congo, le Benin, le Gabon, le Niger, la République centrafricaine, le Tchad, le Congo Kinshasa, la république islamique de Mauritanie, le Burkina Faso

⁴Cf. par exemple le décret n° 46-677 du 30 avril 1946 portant suppression de la justice indigène dans les territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer (J.O.C.F., 1^{er} juin 1946, n° 642, p. 705, dont la mise en vigueur fut reportée de deux mois par celui du 30 juin 1946, J.O.C.F., 1^{er} août 1946, n° 646, p. 936. Le décret du 30 avril 1946 a abrogé le très éphémère code pénal indigène.

⁵ Voir GUERMAN, « L'organisation judiciaire du Cameroun », (1973), RCD, n° 3, P. 29 ; A. MARTICOU-RIOU, « L'organisation judiciaire du Cameroun », Penant, 1969, n° 723, pp. 33-86.

⁶La forme en matière pénale, renvoie essentiellement à la procédure qui doit être suivie pour obtenir la répression des infractions. Elle englobe principalement les juridictions compétentes, ainsi que les procédures qui doivent être suivies devant ces juridictions. Autrefois régie par deux textes différents, la procédure pénale camerounaise a été unifiée par le code de procédure pénale institué en 2005. De la nomenclature des juridictions de jugement faite à l'article 288, al. 2, les juridictions de droit traditionnel ne ressortent nulle part. Ces dernières ne sont pas non plus envisagées parmi les juridictions

L'éviction officielle du droit pénal coutumier étant actée, il faut relever que du point de vue de l'effectivité du droit, elle peine à emporter l'adhésion de nombreux justiciables africains. D'où la nécessité de la justifier.

B : L'exclusion de la coutume diversement justifiée.

L'exclusion de la coutume en matière pénale a été justifiée par plusieurs raisons. L'argument d'ordre politique ne sera plus développé, car il a déjà été rappelé qu'au lendemain des indépendances, la politique des Etats africains était essentiellement orientée vers le développement¹, et la conviction était alors forte que le droit, et précisément le droit moderne, pouvait y conduire². Cette raison justifiait déjà le rejet de la coutume. Les arguments d'ordre philosophique (1) et technique (2) seront convoqués en renfort.

1. L'argument d'ordre philosophique

Tout système juridique repose sur des postulats, sur des valeurs, sur des préceptes, sur une vision du monde. En dépit des spécificités procédant des particularités de chaque peuple, on a observé depuis le XIXe siècle, l'émergence de certaines valeurs communément partagées par les Etats modernes. Elles sont en réalité appropriées à travers des principes « transcendant en quelque sorte l'absence de texte, soit des textes trop souvent marqués par l'inflation, la contingence et la factualité, sinon la vacuité »³ et qualifiés en cela de principes matriciels du droit. Il en est ainsi des droits humains, qui trouvent leurs racines dans la philosophie grecque antique et dont les valeurs essentielles sont la dignité humaine et l'égalité. La doctrine inscrit les droits de l'homme parmi les sept piliers de la sagesse du droit,

d'exception, qui se ramènent essentiellement à la Haute cour de justice de l'Etat, le Tribunal militaire et le tribunal criminel spécial. Les juridictions de droit traditionnel ne ressortent nulle part dans cette nomenclature. En matière civile, là où les juridictions traditionnelles ont été maintenues, le législateur les a clairement évoquées en énonçant leurs compétences, même s'il a précisé qu'elles sont maintenues de manière provisoire.

¹ Classiquement, la justice pénale africaine vise deux objectifs. La première finalité est de maintenir la criminalité classique dans des limites supportables. La seconde est plus inhabituelle et novatrice : elle constitue une grande part de la spécificité du contexte africain. Elle consiste à utiliser le processus de pénalisation pour supprimer les comportements incompatibles avec le projet de développement formé par les jeunes gouvernements africains. Cf. F. PIE, « La justice à la recherche de son effectivité : cas de la justice pénale ». In, *L'Afrique contemporaine*, n° 156, 4^e trimestre 1990, p. 65.

² Comme souligne Daniel COISSY, « *La politique pénale peut jouer un rôle important dans le développement d'un pays en déployant sa force répressive et préventive pour contenir la criminalité galopante, constatée dans les pays en mutation, et pour exiger de la population un comportement conforme au modèle de développement choisi* ». D. M. COISSY, « La politique pénale des Etats d'Afrique noire francophone », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, vol. 27, n°3, 1974, p. 203-218.

³ P. SARGOS, « Les sept piliers de la sagesse du droit », *La semaine juridique*, éd. Générale n° 1-2, 2015, doctrine, p. 34.

ceux-là même qui doivent, face à la pluralité de lois, servir à leur interprétation. De la sorte, il existe un principe de primauté des droits de l'homme, que fondé sur divers instruments juridiques en vigueur sur le continent africain.

Plusieurs instruments juridiques internationaux et régionaux ratifiés par les Etats africains protègent les droits de l'homme¹. Sur le plan substantiel, ils garantissent notamment l'égalité de tous devant la loi, la liberté, les droits sociaux et le respect de la dignité humaine. Au plan formel, ils imposent le respect des principes garantissant un procès équitable : droit d'accès à la justice, présomption d'innocence, droit de la défense, impartialité du juge, jugement dans un délai raisonnable, ...etc. Il s'avère malheureusement que dans le système pénal coutumier, certains de ces droits humains étaient littéralement mis en berne. La place réservée aux femmes et aux enfants, constituait dans bien de cas une atteinte au principe d'égalité. Les moyens de preuve étaient parfois attentatoires à la dignité humaine voire susceptibles de porter atteinte à la liberté ou la vie². Certaines sanctions coutumières corporelles à l'instar de la bastonnade étaient gravement attentatoires à la dignité humaine. Dans un contexte d'affirmation marquée et de protection souhaitée des droits de l'homme, certaines pratiques coutumières ne pouvaient plus être tolérées. La commission africaine des droits de l'homme et des peuples a eu à préciser par exemple que « les tribunaux traditionnels ne dérogent pas aux dispositions de la charte africaine relative aux procès équitables »³. En somme, la protection des droits de l'homme réclame la mise en œuvre des règles rigoureuses que le système pénal coutumier ne peut offrir. Dès lors, les Etats africains qui aspirent à la modernité, en ont tiré prétexte pour ne pas continuer à laisser prospérer le système pénal coutumier tout entier.

¹ Les plus significatifs qui peuvent être soulignés, sont : la Déclaration universelle des droits de l'homme (10 décembre 1948), le pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981), la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes (1981), la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant (1990) ...etc.

² On rappellera par exemple les multiples rites et épreuves utilisés comme moyens de preuve : l'épreuve de l'eau bouillante (les plaideurs sont invités à retirer une hache d'une marmite d'eau bouillante), l'épreuve du grain de maïs (où une petite graine de maïs est introduite dans la paupière de l'accusé par une main experte en la matière. Après quelques incantations du maître de l'opération, l'accusé est appelé à agiter les paupières. Si le grain sort de l'œil, c'est que l'accusé est innocent ; si jamais le grain reste coincé dans l'œil, c'est qu'il est coupable) ; et l'ingestion des poisons permettant de déceler et de punir le mensonge ou la fraude sous toutes leurs formes. Sur l'ensemble, lire J. BINET, « Le système des preuves en droit coutumier africain, plus spécialement en Guinée et au Cameroun ». In : *La preuve. Recueils de la société Jean Bodin*, 1964, n° 18, pp. 109-123.

³ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Résolution sur le droit à un procès équitable et à l'assistance judiciaire en Afrique ; 26^e session ordinaire, 1-15 novembre 1999.

L'argument d'ordre philosophique, tiré de l'exigence du respect des droits de l'homme est à lisière d'un autre tenant à la technicité du droit pénal.

2. L'argument d'ordre technique

Le rejet de la coutume en matière pénale a été aussi fondé sur la technicité de cette matière. Un auteur l'a relevé, « Le droit pénal, dans toutes ses composantes, est une discipline technique parce que sans mécanismes précis, ni analyses juridiques fines, les grands principes proclamés ne sont que des déclarations d'intention »¹. La conciliation entre les valeurs cardinales qui entrent en opposition sur le champ pénal est recherchée à travers un certain nombre de principes qui fondent en cette matière un procédé propre. Les principes du droit pénal sont nombreux. On peut mentionner notamment le caractère d'ordre public de la loi pénale, la règle non bis in idem, la rétroactivité de la loi pénale plus douce, l'interprétation stricte de la loi pénale, le contradictoire et le respect des droits de la défense, et le principe de la légalité. Ce sont des principes systématisés dans le cadre des législations modernes et qui visent globalement à rationaliser et d'humaniser le droit pénal. Ils donnent au droit pénal moderne sa physionomie. Chacun de ces principes engendre des subtilités qui rendent sa réception, son application ou son contrôle difficiles dans le système coutumier. Dans certains cas, les coutumes africaines heurtent frontalement certaines de ces exigences, ce qui justifie amplement leur rejet.

Le principe de la légalité par exemple, demeure l'élément fondateur du droit pénal. La célèbre maxime latine « Nullum crimen, nulla poena sine lege », trouve ses fondements doctrinaux dans des propositions formulées en 1766 par Cesare Beccaria dans son *Traité des délits et des peines*², et relayées par de nombreux auteurs. Consacré de nos jours par la plupart des constitutions africaines, ce principe procède de l'idée que la loi doit être formulée de manière à permettre à chacun au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. Autrement dit, il exige du législateur qu'il indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante,

¹ G. BEAUSSONIE, *Le rôle de la doctrine en droit pénal*, op. cit., p. 8.

² Pour une tentative de présentation plus complète de la pensée de l'économiste et de son influence, v. N. CATELAN, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, P.U.A.M., 2004.

quelle sera la conséquence de ce comportement et, afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge trop grand pouvoir d'appréciation. On se limitera à rappeler ici que le principe exige l'intervention du législateur, l'incrimination préalable, et le caractère écrit du droit pénal. Au-delà de l'énonciation des infractions et leurs sanctions par le législateur, ce principe requiert de la loi certaines qualités à savoir accessibilité, lisibilité, prévisibilité et sécurité juridique. Ces exigences ne peuvent qu'imparfaitement être satisfaites par les coutumes. Leur caractère oral contredit le principe de la légalité criminelle. Le droit pénal coutumier, à l'instar de l'ensemble du droit coutumier, est un droit non écrit. Il n'existe pas un texte permettant de connaître à l'avance les comportements incriminés ou les sanctions encourues. Pour l'essentiel, les incriminations résultent des usages, et les sanctions sont décidées au cas par cas. Cela ne facilite pas l'accès au droit, et peut même prêter le flanc à l'arbitraire ou l'injustice. Les principes du droit pénal, essentiellement conçus dans le cadre des législations modernes, s'avèrent ainsi d'articulation difficile avec la coutume.

En dépit des critiques et la condamnation officielle du droit pénal coutumier il a survécu sous l'angle de l'effectivité du droit. Face aux difficultés que rencontre le droit pénal de nos jours, il offre des voies alternatives, fondant l'idée perceptible et défendue d'un retour progressif à la coutume.

II. La valorisation progressive de la coutume en droit pénal

Contrairement aux dispositions législatives des premières années d'indépendance en Afrique, où la tendance était résolument à la suppression de la coutume, les législations pénales récentes lui accordent une certaine considération. Il est vrai, les hypothèses de recours direct au droit pénal coutumier sont encore limitées (A). Mais une analyse minutieuse permet de découvrir que le droit pénal émergent s'abreuve à la source des conceptions coutumières (B).

A. L'admission directe de la coutume en droit pénal

L'admission directe renvoie aux hypothèses dans lesquelles la coutume est directement convoquée en matière pénale, matérialisant une reconnaissance certaine. Il ressort du droit positif que la place réservée à la coutume dans les

législations africaines procède tantôt de la tolérance (1), tantôt de la consécration expresse de ces coutumes par l'Etat (2).

1. La tolérance de la coutume en matière pénale

En premier lieu, la tolérance de la coutume en matière pénale procède dans certains Etats africains d'une confusion entre les fonctions de chef traditionnel et celles de juge comme ce fut déjà le cas à l'époque précoloniale¹. Originellement, cette fonction est indissociable de celle de juger². Dans les sociétés africaines traditionnelles, un chef ou un roi est avant tout un juge, puisqu'il est chargé d'assurer la sécurité du groupe ainsi que sa cohésion et sa permanence dès lors qu'un litige fait peser une menace sur l'harmonie des relations sociales. Il s'ensuit que la fonction judiciaire est un important attribut du pouvoir traditionnel³. C'est un fait indiscutable que de nombreux justiciables en Afrique préfèrent souvent porter leur litige à la connaissance du chef de village⁴, de quartier ou de communauté, qui n'hésitent pas à se prononcer. Comme relève la doctrine, « Le droit dit "moderne" d'origine européenne, pour lequel le législateur a opté demeure bien souvent une œuvre théorique. Les rapports de vie privée continuent de s'établir en fonction des indications des coutumes. Le droit réel, quotidiennement vécu, reste le droit traditionnel. [En particulier dans le domaine de la famille et de la terre], les conceptions traditionnelles persistent et offrent une résistance très forte »⁵. Le droit pénal aussi, n'échappe pas à cette réalité. Dans bien de cas, les litiges, y compris ceux ayant une connotation pénale continuent d'être jugés dans les chefferies traditionnelles suivant les règles coutumières. Le développement des villes n'enlève rien à cette réalité, puisque les villages sont généralement reproduits en ville de sorte

¹ Faute de documents écrits, la manière dont pouvait être rendue la justice dans l'Afrique précoloniale était fort mal connue. Elle était exercée par les chefs coutumiers : les chefs de village entourés des anciens, chefs de canton assistés de notables, roi ou empereur dans les pays constitués en royaume ou en empire. Des cadis, chefs religieux jugeaient les conflits entre musulmans suivant le rite malékite. Le pouvoir de juger et celui de commandement étaient confondus. La notion de séparation de pouvoirs était inconnue. C'était le règne du chef-juge. Cf. Gilbert Mangin, « Quelques points de repère dans l'histoire de la justice en Afrique francophone. In, *Afrique contemporaine*, n° 156, Avril 1990, p. 21.

² La justice du roi a d'ailleurs marqué de façon significative l'histoire de justice. Le roi Salomon demeure l'une des figures emblématiques par ses œuvres. Hormis les perfectionnements apportés à la justice, ses décisions étaient le reflet d'« une intelligence juridique reçue d'en haut » ; « le produit d'une sagesse intuitive, d'une illumination par la grâce ». Cf. J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*. L.G.D.J., Paris, 10^e édition 2001, 434 et s.

³ A. MIGNOT, « La justice traditionnelle, une justice parallèle : l'exemple du Togo », *Penant*, n°775, 1982, pp. 9-11.

⁴ La doctrine rapporte que dans les régions où la chefferie a perdu autorité et respect, on a recours à d'autres personnes qui ont su s'imposer tout en se faisant respecter : ce peut être l'instituteur du village, le fonctionnaire à la retraite, le marabout, le catéchiste... Toute personne méritant la confiance et acceptée de tous peut être appelée à présider une instance de règlement des litiges.

⁵ P.-G. POUGOUE, *La famille et la terre, essai de contribution à la systématisation du droit privé au Cameroun*, Thèse, Bordeaux, 1977, p. 182.

que les « chefs de communauté » exercent les fonctions juridictionnelles du chef de village. Il n'est d'ailleurs pas étonnant de voir les ressortissants d'une même communauté partir de la ville pour porter leur différend à la sanction du chef de village¹. De la sorte, « la juridiction du chef » connaît pratiquement de toutes les infractions, y compris des plus graves. Le droit moderne prête d'ailleurs le flanc à une telle fonction, en ouvrant au profit des chefs traditionnels, des brèches pour l'exercice du pouvoir juridictionnel. A titre illustratif, la loi n° 98-005 du 14 avril 1998 portant régime de l'eau dispose que « Les autorités traditionnelles ont compétence pour régler des litiges liés à l'utilisation des ressources en eau sur la base des us et coutumes locaux, sans préjudice du droit des parties au litige d'en saisir les tribunaux compétents »². De même, le décret du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles au Cameroun dispose : « les chefs traditionnels peuvent, conformément à la coutume et lorsque les lois et règlements n'en disposent pas autrement, procéder à des conciliations ou arbitrages entre leurs administrés »³.

En second lieu, le recours à la coutume résulte d'une extension de leurs compétences d'attribution par certaines autorités investies du pouvoir judiciaire. L'organisation judiciaire dans certains pays africains maintient les juridictions traditionnelles à côté des juridictions modernes. La compétence de ces juridictions traditionnelles est généralement limitée aux domaines civil et commercial, la matière répressive leur ayant été retirée⁴. « Mais il n'est pas rare que les tribunaux traditionnels exercent une juridiction plus étendue qui leur permet de connaître certaines affaires relevant du domaine pénal comme le vol, les rixes ou les injures graves, et parfois dans une moindre mesure les crimes et délits les plus graves »⁵. Un tribunal de premier degré au Cameroun, celui de Garoua en l'occurrence, s'est carrément arrogé des attributions répressives : « En marge de l'organisation judiciaire officielle, s'est effectivement créée une troisième juridiction de droit local

¹ De nombreux cas de détournement de fonds, d'abus de confiance enregistrés dans les tontines tribales ne sont presque jamais portés à la justice Etatique, mais sont plutôt soumis aux chefs de villages ou communauté qui les règlent en suivant les mécanismes du droit coutumier.

² Cf. article 24 de la loi n° 98-005 du 14 avril 1998 portant régime de l'eau, in J.O.R.C., 1^{er} mai 1998, n° 8, pp. 303-309.

³ Cf. art. 21 du décret n° 77/245 du 15 juillet 1977 portant organisation des chefferies traditionnelles.

⁴ Jusqu'à l'harmonisation de l'organisation judiciaire réalisée en 1972, les juridictions traditionnelles du Cameroun occidental avaient conservé leur compétence en matière pénale. Sur la question, voir GWANMESSIA « The customary court of the West Cameroon », Mémoire de licence en droit, Yaoundé 1968 ; A. MINKOA SHE, « Essai sur l'évolution de la politique criminelle au Cameroun depuis l'indépendance », thèse d'Etat en droit, Strasbourg, 1987, t. 1.

⁵ B. L. TOUERE ELENGA, « Justice traditionnelle et système africain de protection des droits de l'homme », in *Revue des droits de l'homme*, 2022, n° 22, p. 2.

tolérée par les pouvoirs publics et reconnue par une écrasante majorité des justiciables à une centaine de kilomètres à la ronde. Présidée par des "modibbos", cette juridiction connaît notamment des infractions d'atteinte à l'intégrité physique ou à la fortune d'autrui »¹. Bien que contestables², de telles prorogations de compétence peuvent s'expliquer par plusieurs raisons : les frontières de plus en plus floues entre le droit pénal et le droit civil ; la volonté des parties de voir juger leur affaire par le juge traditionnel plutôt que le juge officiel parfois considéré comme corrompu ; mais également le débordement du système pénal officiel souvent inapte à répondre efficacement aux multiples sollicitations dont il fait l'objet³. Quoi qu'il en soit, il demeure que la tolérance dont les pouvoirs publics font montre à l'égard de ces pratiques, matérialise un début de reconnaissance des coutumes. D'ailleurs il arrive que les droits africains aillent plus loin en réhabilitant expressément la coutume en matière pénale.

2. La réhabilitation des coutumes en matière pénale

Le souci de célérité ou d'efficacité de la justice pénale a quelques-fois poussé les Etats africains à réhabiliter la coutume. Parce que le droit pénal coutumier est flexible, moins formaliste et essentiellement orienté vers la recherche de la paix sociale, il s'est dans bien de cas avéré mieux apte que le droit pénal moderne pour répondre à la criminalité.

Le premier cas qui mérite d'être souligné avec emphase est celui du Rwanda. Face à l'ampleur et la spécificité des crimes perpétrés entre avril et juillet 1994 et qualifiés de génocide par les Nations Unies, il était indispensable d'établir les responsabilités et juger les responsables. Ces malheureux événements avaient paralysé les institutions officielles : leur personnel était décimé ou exilé, et les bâtiments éventrés et pillés. Pourtant, il y avait plus de cent vingt mille personnes à juger. Pour faire face à cette situation anormale, les pouvoirs publics ont réhabilité la

¹ V.-E. BOKALLI, « La Coutume, source de droit au Cameroun ». In, *Revue générale de droit*, vol. 28, n° 1, mars 1997, p. 54.

²La survivance de telles juridictions en l'état constitue une importante source d'insécurité juridique. Les problématiques du respect des droits de l'homme devant ces juridictions, de l'exécution de leurs décisions, de l'existence et de l'exercice des voies de recours contre leurs décisions, demeurent entières et interpellent. Les pouvoirs publics gagneraient à se prononcer clairement soit en leur apportant l'encadrement juridique nécessaire, soit en les supprimant.

³ L'un des défis majeurs qui interpelle la justice moderne est celui d'appliquer la rigueur rationnelle qu'exige la conduite d'un procès dans le cadre d'une justice moderne dans la solution des litiges fondés sur des faits absolument irrationnels ; cas par exemple du procès en sorcellerie. Cf. M. KAMTO, « Une justice entre tradition et modernité », *Afrique contemporaine*, n° 156, 4^{ème} trimestre 1990, p. 61.

pratique coutumière des Gacaca¹ qui fait appel aux sages d'une colline afin de régler un litige. La loi du 26 janvier 2001 transposa ce système coutumier en instituant de nouvelles instances de jugement. Du fait de cette réhabilitation, il eut au moins trois ordres de juridictions pour juger les auteurs des crimes perpétrés au Rwanda, à savoir : le Tribunal Pénal International pour le Rwanda qui appliquait le droit pénal international sous l'incrimination de génocide, les tribunaux français intervenant sur le fondement de la compétence universelle, mais surtout les Gacaca, juridictions traditionnelles exceptionnellement réhabilitées pour la circonstance². Les particularités tenaient au fait que dans ce dernier système, les juges n'étaient pas des juges professionnels³, les survivants et les accusés n'étaient pas représentés par des avocats, et les audiences avaient lieu dans des espaces ouverts. Les objectifs poursuivis à travers ces juridictions coutumières étaient de : « faire éclater la vérité, accélérer les procès afin de désengorger les prisons et de réduire les coûts pénitentiaires, éradiquer la culture de l'impunité, et enfin favoriser la réconciliation du peuple rwandais »⁴.

Le bilan des différentes initiatives évoquées ci-dessus illustre à suffisance la place centrale tenue par les juridictions de l'ordre traditionnel dans l'accélération des procès. En vingt-ans pratiquement, le Tribunal pénal international pour le Rwanda n'avait pu juger qu'environ 93 personnes⁵, tandis qu'en dix ans, près de deux millions de dossiers avaient été examinés sur les collines et dans les quartiers par les juridictions gacaca. Malgré les reproches dont elles ont fait l'objet⁶, nul ne peut nier l'apport significatif de ces juridictions coutumières dans l'accélération des procès post-génocide au Rwanda.

¹ *Gacaca* signifie « herbe » en kinyarwanda, et par extension « la justice sur l'herbe ».

² Il convient toutefois de souligner que, contrairement à la *gacaca* traditionnelle qui ne pouvait traiter des crimes de sang, les nouvelles juridictions ont pour mission de juger des personnes poursuivies pour les crimes les plus graves. Pour ce faire, elles ont été habilitées par la loi à mener des enquêtes, assigner en comparution, ordonner des détentions préventives et prononcer des sentences.

³ On les appelait *inyangamugayo*, ils étaient élus par leurs communautés de base et étaient souvent des rescapés ou des témoins directs de l'évènement.

⁴ V. ROSOUX, A. SHYAKA MUGABE, « Le cas des gacaca au Rwanda. Jusqu'où négocier la réconciliation ? », in, *Négociations*, 2008, n° 9, p. 32.

⁵ Soit 61 personnes condamnées et 14 acquittées.

⁶ Les juridictions *gacaca* reposaient en grande partie sur deux notions essentielles : l'aveu et le pardon. La sincérité de ces aveux, parfois obtenus sous la pression des autorités rwandaises ou des organisations humanitaires était discutée. Cf. V. ROSOUX, A. SHYAKA MUGABE, « Le cas des gacaca au Rwanda. Jusqu'où négocier la réconciliation ? », op. cit., pp. 35 et s.

L'Afrique du Sud a également expérimenté un modèle de justice calqué sur les coutumes à travers la commission vérité et réconciliation créée en 1995¹. En lieu et place des procès et condamnations des responsables de l'apartheid, la commission fut créée dans le but de recenser toutes les violations des droits de l'homme commises sous l'apartheid, afin de permettre la réconciliation nationale entre les victimes et les auteurs d'exactions². Ici encore, la spécificité consiste à obtenir une amnistie pleine et entière des crimes commis en échange de leur confession publique. Cela a déjà été rappelé, dans les systèmes de justice traditionnelle, l'objectif poursuivi est moins la répression des coupables que le rétablissement de la paix sociale.

De ces différentes expériences de mise en œuvre du droit pénal coutumier, il ressort que de par ses caractéristiques, ce dernier présente des atouts susceptibles d'améliorer le droit pénal moderne. C'est certainement à cette fin que le droit pénal moderne s'ouvre de plus en plus aux conceptions coutumières.

B. L'ouverture progressive du droit pénal aux conceptions coutumières

Le droit pénal moderne est originellement conçu comme un droit de punition. Il s'agit « d'un mode de solution du conflit engendré par la violation de la règle, où l'infraction est à la fois recherchée, poursuivie et condamnée par des organes exclusivement étatiques (...), dont les décisions sont adoptées unilatéralement et s'imposent de manière autoritaire à leurs destinataires »³. Il est l'incarnation d'un modèle de justice imposée, la forme la plus aboutie de « l'imperium régalien judiciaire »⁴. Suivant ce modèle, le crime est considéré comme un acte portant atteinte à l'Etat. La justice met exclusivement l'accent sur la responsabilité abstraite de l'infacteur, dans le but de lui appliquer la peine prévue par la loi. Les conceptions coutumières sont en revanche très différentes. Cela a déjà été souligné, l'objectif poursuivi par les systèmes de justice traditionnelle reste la réconciliation et le maintien de la cohésion communautaire. « C'est pourquoi le but recherché n'était pas

¹ Loi adoptée par l'assemblée constituante. Cf. Ph. J. SALAZAR, *Truth & Reconciliation in South africa : the Fundamental Documents*, New Africa Book, 2007, p. 36.

² Sur la question, on lira utilement S. PARMENTIER, « La commission de vérité et réconciliation » en Afrique du Sud : possibilités et limites de la « justice restaurative » après conflits politiques majeurs, in D. SALAS (dir.), *Victimes de guerre en quête de justice. Faire entendre leur voix et les pérenniser dans l'histoire*, Ed. L'Harmattan, 2004, pp. 55-83.

³ M. Van de KERCHOVE, « Éclatement et recomposition du droit pénal », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, *RSCrim.*, 2000, p. 9.

⁴ Ph. MILBURN, « De la négociation dans la justice imposée », *Négociations*, n°1, 2004, p. 31.

tellement de punir que de régler le différend en restaurant l'harmonie des rapports sociaux »¹. Le juge apparaissait plus comme un conciliateur, la négociation constituant l'un de ses principaux moyens. Les conceptions coutumières sont progressivement accueillies dans les législations pénales actuelles. Celles-ci proposent de plus en plus aux différends pénaux des réponses difficilement justifiables sur la base des paradigmes classiques en la matière. De nos jours en effet, on assiste à la diversification des modes de règlement des différends pénaux (1), de même qu'à la diversification des sanctions pénales (2).

1. La diversification des modes de règlement des différends pénaux

En matière pénale, l'idée traditionnellement partagée est qu'« on ne discute pas de ses péchés avec le pêcheur (...), parce que la société qui renoncerait à sévir contre le crime, et [négocierait l'ouverture ou la poursuite de l'action pénale avec le délinquant] se rendrait complice de ce crime »². Suivant cette conception, il semblait aller de soi que l'usage des termes de négociation, de consensus voire de consentement étaient proscrits du vocabulaire judiciaire répressif³. La conception du droit coutumier était toute autre. Ici, l'objectif est moins la sanction⁴ du fautif, que la réconciliation et le maintien de la cohésion communautaire. « Les mécanismes de justice traditionnelle se distinguent des juridictions officielles en ce qu'ils visent d'abord et avant tout la recherche d'un consensus pour garantir la stabilité sociale plutôt que la condamnation de l'une des parties »⁵. Même si des sanctions, parfois sévères, viennent à être appliquées en droit traditionnel, elles ne constituent pas l'objectif poursuivi. « Depuis l'époque précoloniale, la justice en Afrique est conçue comme une fonction de médiation, son rôle ne consistant pas tant à régler un litige en fonction de la règle de droit applicable au cas d'espèce, mais à préserver

¹ P. F. GONIDEC, *Les droits africains-Evolution et Sources*, Paris LGDJ, 1968, p. 195.

² P.-H. BOLLE, « Le procès pénal nouveau », *RDPC*, 1995, p. 11.

³ Consacrant leurs développements à la place du consentement ou, plus largement à la recherche du consensus en droit pénal, nombre d'auteurs ne manquent pas de rappeler son caractère purement coercitif et unilatéral. V. par ex. C. AMBROISE-CASTEROT, « Le consentement en procédure pénale », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à J. PRADEL*, Paris, éd. Cujas, 2006, pp. 29-46 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2002, n°381 : « il est classique d'affirmer que la justice pénale échappe à la volonté individuelle. Autrement dit, l'effectivité de la loi pénale repose traditionnellement sur son caractère impératif » ; : « Le concept traditionnel de la procédure pénale ne se prête pas à un consensus : le droit de punir, le principe de la légalité, le caractère strict des règles procédurales, la recherche de la vérité comme but du procès [...] ne semblent pas permettre une telle flexibilisation ».

⁴ La prison n'est pas la principale sanction pénale. Le pardon y tient une place prépondérante, et d'autres sanctions telles que la réparation, la condamnation aux travaux communautaires sont régulièrement appliquées.

⁵ N. BAGAYOKO, F. R. KONE, *Les mécanismes traditionnels de gestion des conflits en Afrique subsaharienne*, Rapport de recherche -Franco-Paix n° 2, juin 2017, p. 13.

l'équilibre de ceux des groupes sociaux impliqués dans le litige »¹. Dans le droit pénal coutumier, la norme est mise au service de l'harmonie sociale et de la conciliation. Le droit apparaît alors davantage comme un ensemble de mécanismes de régulation sociale qu'un ensemble de règles. Le procès africain, dit un auteur², est originellement d'abord et dans la quasi-totalité des cas, tentative d'arbitrage [et] la procédure ici est presque toujours publique et même bien plus que publique, collective. La tendance est donc à rechercher le juste milieu en tenant compte de tous les intérêts en conflit.

A l'opposé des conceptions initiales, on voit émerger en droit pénal une certaine tendance à créer des mécanismes procéduraux fondés sur la collaboration directe des parties prenantes. Une diversification des modes de résolution des conflits pénaux est observable dans les législations contemporaines. De plus en plus, le droit pénal envisage le plaider coupable³, la conciliation, la transaction, avec comme finalités le pardon, la réconciliation, l'extinction de l'action publique. L'essentiel ne semble plus être la poursuite des délinquants, mais dans certains cas, la préservation de la paix sociale au besoin en renonçant à l'action publique. Relevons à titre de droit comparé, que la diversification des modes de règlement des différends pénaux s'observe également dans le droit français où, au fil des réformes, le législateur a généreusement diversifié les voies procédurales utilisables par le procureur de la République⁴, au point d'en faire un « quasi-juge »⁵, voire un « procureur juge »⁶, tant la réponse pénale à un acte de délinquance ne consiste plus nécessairement en l'engagement de poursuites suivies de l'intervention d'un juge⁷.

¹ J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone », in, *La justice en Afrique, Afrique contemporaine*, n° 156, 4^e trimestre 1990, p. 7.

² J. VANDERLINDEN, *Les systèmes juridiques africains*, Collection Que sais-je ? Paris, PUF, 1983, p. 22.

³ H. JUNG, « Le plaider coupable et la théorie du procès pénal », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à J. PRADEL*, op cit., p. 808

⁴ Par la création des procédures simplifiées (ordonnance pénale, l'amende forfaitaire, la composition pénale, la convocation par procès-verbal...), le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits, sans oublier le développement des procédures accélérées pour le traitement de la délinquance ordinaire et juvénile.

⁵ D. CHARVET, « Réflexions autour du plaider coupable », *D.*, 2004, p. 2518 ; J.-C. SAINT-PAU, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? » *Dr. pén.*, n°9, 2007, pp. 14-15 ; J.-P. JEAN, *Le système pénal*, Paris, La Découverte, 2008, p. 91 ; F. AUDIER, M. BEAUVALLET, E.-G. MATHIAS, J.-L. OURTIN et M. TABARIES, *Le métier de procureur de la République ou le paradoxe du parquetier moderne*, Rapport au GIP Droit et Justice, juin 2007, p. 11.

⁶ P. PONCELA, « Le combat des gladiateurs. La procédure pénale au prisme de la loi Perben II », *Droit & Société*, n°60, 2005, p. 489.

⁷ Sur la question et plus largement sur l'évolution de la procédure pénale française, v. J. PRADEL, « La procédure pénale française à l'aube du troisième millénaire », *D.*, 2000, Chron., p. 1 ; « La procédure pénale française au début du XXI^{ème} siècle », *RPDP*, 2003, n°2, Doctr., p. 341 ; P.-H. BOLLE, « Le procès pénal nouveau », *RDPC*, 1995, n°1, p. 5 ; J. DANET, « La concurrence des procédures pénales », *APD*, n°23, 2010, p. 200.

Comme relève la doctrine, « En regardant les choses d'un peu plus près, il semble qu'à bien des égards, le législateur pénal actuel, contrairement à celui d'hier, s'emploie à instituer des stratégies originales pour diversifier les procédures. Autrefois binaire, les choix du procureur de la République se diversifient progressivement. Aussi, pour combler le fossé entre un sentiment général diffus de non-justice et une réalité judiciaire parfois déconcertante, le législateur se met d'un pas lent mais assuré, en quête de solutions pénales négociées »¹. L'activité judiciaire n'est plus seulement une activité d'autorité, la justice pénale s'ouvre aux solutions négociées². Pareille révolution constitue une curiosité en matière pénale, et mérite amples explications. La doctrine³ s'est péniblement évertuée à expliquer la loi relative à la création du Tribunal criminel spécial, qui envisage l'arrêt des poursuites en cas de restitution du corps du délit⁴. Il faut reconnaître que pareille solution, difficilement soutenable suivant les conceptions originelles en matière pénale, est parfaitement compréhensible à la lumière du droit coutumier. Il a en effet été rappelé que l'objectif majeur n'était pas tant la condamnation du délinquant, mais la recherche de la paix sociale à travers une prise en compte de tous les intérêts en jeu : société, délinquant, victime. L'arrêt des poursuites participe clairement de cette logique, en permettant au délinquant de retrouver la liberté, à la victime de récupérer des fonds qui disparaîtraient facilement dans les paradis fiscaux et à la société de bénéficier des projets de développement susceptibles d'être financés par les fonds recouvrés.

Quoi qu'il en soit, le recours aux outils de justice traditionnelle est recommandé par des instruments juridiques internationaux à l'instar de la Convention relative aux

¹ B. BELBARA, *Le temps et le procès pénal : contribution à la célérité du procès pénal* ; thèse,

² Sur ce thème et sur la justice négociée en général, v. A. CISSE, « Justice traditionnelle et justice pénale », *RSCrim.*, 2001, p. 509 ; M. DELMAS-MARTY, « Sanctionner autrement ? », *APC*, 1984, p. 50 ; S. GUINCHARD, « Les nouvelles dimensions de la justice pénale », *Justices*, 1998, n°10, p. 7 ;

³J. M. TCHAKOUA, « La considération de l'intérêt social et de la paix publique en matière de poursuite : conjectures autour de l'article 64 du Code de procédure pénale », in *Les tendances nouvelles de la procédure pénale camerounaise*, Yaoundé, PUA, vol. 1, 2007, p. 87 ; L.-C. AMBASSA, « Le fameux "qui paye sort" ou une renonciation à l'action publique par le ministère public : le pragmatisme contre la lettre », *Miroir du droit*, n°002, 2010, p. 9 et s. ; FOKO, « Le Tribunal criminel spécial ; un dernier né particulièrement controversé dans la carte judiciaire camerounaise », *Cah. Jur. et Pol.*, 2012, p. 111 et s. ; S. YAWAGA, « Avancées et reculades dans la répression des infractions de détournement des deniers publics au Cameroun : regard critique sur la loi n°2011/028 du 14 décembre 2011 portant création d'un Tribunal Criminel Spécial », *Juridis Périodique*, 2012, p. 41 et s. ; R. DJILA, « Libres propos sur la politique criminelle de la lutte contre les atteintes à la fortune publique au Cameroun depuis le 14 décembre 2011 », in *Le Tribunal Criminel Spécial : Que pensent les dialoguistes ?*, *Miroir du droit*, n°003, 2012, p. 10 et s. ; G.B. DZEUKOU (G. B.), « L'obligation de restitution du corps du délit née de l'infraction de détournement de deniers publics », in *L'obligation. Études offertes au Professeur P.-G. POUYOUÉ*, Paris, L'Harmattan, 2015, p. 249 et s.

⁴ Cf. art. 18 de la loi n°2011/028 du 14 décembre 2011, modifiée complétée par la loi n°2012/011 du 16 juillet 2012.

peuples indigènes et tribaux¹, la Déclaration des Nations unies sur les Droits des peuples autochtones², et la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir³. Il ressort de la synthèse de ces différents instruments juridiques que la seule exigence liée à la réception des mécanismes de justice coutumière tient à leur compatibilité avec les droits de l'homme contenus dans les instruments juridiques internationaux. Sous cette réserve, les législateurs africains peuvent davantage intégrer les conceptions coutumières dans leur droit pénal.

La prise en compte des conceptions coutumières impacte également la typologie des sanctions désormais préconisées en droit pénal.

2. La diversification des sanctions pénales.

Le droit pénal moderne a essentiellement une fonction rétributive. Suivant sa conception originnaire, la peine apparaît comme un châtement destiné à punir l'individu pour la faute commise. C'est en raison de cette faute (en latin culpa) qu'on le dit coupable et la peine est généralement proportionnée à la gravité de la faute commise. Dans cet ordre d'idées, l'emprisonnement était envisagé comme la principale sanction. « La réaction sociale après poursuites s'affirme très répressive, la « prison ayant colonisé la peine »⁴. Un auteur⁵ relève en ce sens que, « Pendant longtemps en effet, au début du XIXe siècle, à l'époque de la promulgation des premiers codes, le droit pénal obéit à une logique unidimensionnelle assez simple : une peine principale, la prison, qui sert d'étalon de mesure à la gravité de l'infraction ; un système juridique principal selon lequel se décide l'application de la peine ; un ensemble normatif unique fait de règles juridiques relevant du code pénal et plus largement des lois pénales ». En raison de son obsession pour la punition du

¹ L'article 9 de cette convention stipule que « 1. Dans la mesure où cela est compatible avec le système juridique national et avec les droits de l'homme reconnus au niveau international, les méthodes auxquelles les peuples intéressés ont recours à titre coutumier pour réprimer les délits commis par leurs membres doivent être respectés. 2. Les autorités et les tribunaux appelés à statuer en matière pénale doivent tenir compte des coutumes de ces peuples dans ce domaine ».

² Selon l'article 34, « Les peuples autochtones ont le droit de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles et leurs coutumes, spiritualité, traditions, procédures ou pratiques particulières et, lorsqu'ils existent, leurs systèmes ou coutumes juridiques, en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme ».

³ Le paragraphe 7 de ce texte dispose que « Les moyens non judiciaires de règlement des différends, y compris la médiation, l'arbitrage et les pratiques de droits coutumiers ou les pratiques autochtones de justice doivent être utilisés, s'il y a lieu, pour faciliter la conciliation et obtenir réparation pour les victimes »

⁴ V ; R. MERLE et A. VITU, Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle, Tome 1, Droit Pénal général, Ed. Cujas, 7è éd. 1997, p. 900, citant FOUCAULT.

⁵ S.P. KOUAM, « Les mouvements du champ pénal au Cameroun. Contribution à l'étude des transformations contemporaines du droit pénal », Revue africaine de droit et de science politique, n° 13, 2^e semestre 1018, p. 63.

délinquant, le droit moderne ne met suffisamment l'accent ni sur les victimes, ni sur les coupables¹, et encore moins sur les conséquences sociales de ses solutions. Les institutions du droit moderne donnent l'impression d'appliquer de manière littérale des règles rigides, en tout cas souvent disproportionnées par rapport à la faute commise². La doctrine déplore alors « une tendance certaine à l'application des emprisonnements à outrance jugée contre-productive, parce que très peu propices à la réadaptation et à la réinsertion sociale des personnes condamnées »³. Plutôt que de dissuader le délinquant et épurer la société de la criminalité, la peine d'emprisonnement s'est dans bien souvent, révélée nocive pour la société, déshumanisante pour le condamné et dans tous cas, criminogène. La sanction pénale essentiellement limitée à la privation de liberté et à des peines pécuniaires, n'a pas toujours eu en définitive la fonction intimidante voulue. « Que signifie la condamnation à une amende pour celui qui n'a pas de ressource ? Que signifie la prison assurant un « minimum vital », par rapport à une liberté dans la misère ? Enfin, les Etats doivent-ils investir pour les délinquants, alors que les tâches économiques et la mission d'éducation de la population dans son ensemble sont urgentes ? »⁴. La justice coutumière par contre, offre l'avantage d'être essentiellement flexible. Les sanctions n'étant pas fixées à l'avance par un texte, une place importante est accordée à la négociation afin de convenir des sanctions. C'est pourquoi les systèmes pénaux coutumiers ont toujours préconisé à la criminalité, des réponses diversifiées. Comme souligne le professeur Maurice Kamto, « Sauf les cas de crimes exceptionnellement graves qui conduisaient au bannissement du criminel, même la justice pénale cherchait toujours à réintégrer le coupable dans la communauté : on lui infligeait généralement un châtement corporel, mais on lui donnait ensuite la chance de se racheter en le laissant vaquer à ses occupations habituelles. La honte qui est l'une des sanctions sociales les plus lourdes à porter dans la plupart des sociétés traditionnelles faisait le reste »⁵. La Convention relative

¹ Le droit pénal moderne s'est rarement soucié de ce que le coupable pense de sa condamnation, et par conséquent de l'acceptation de la sanction. On compte essentiellement sur la contrainte pour faire accepter la sentence

² Dans ce système, on considère qu'un vol est un vol, qu'il concerne un œuf ou un bœuf, avec de fortes chances que la sanction soit la même.

³ L.J.B. TCHOUMBIA TOMTOM, « L'effectivité des peines alternatives à l'emprisonnement dans le système pénal camerounais ». In, L'effectivité du droit, Mélanges en l'honneur du professeur François ANOUKAHA, Paris, L'Harmattan, 2021, p. 667.

⁴J. COSTA-LASCOUX, « Le droit pénal, l'unité nationale et le développement économique », Archives de politique criminelle, vol. 1, 1975, p. 93-118.

⁵M. KAMTO, « Une justice entre tradition et modernité », In *Afrique contemporaine*, n° 156, 1990, p. 58.

aux peuples indigènes et tribaux de 1989 prescrit pratiquement d'éviter des peines d'emprisonnement¹.

A l'analyse, des logiques coutumières sont clairement perceptibles dans le droit pénal. On assiste à un éclatement de la notion de peines, ainsi qu'à la recherche des alternatives à l'emprisonnement². Le recul du tout carcéral est matérialisé dans les législations pénales africaines par un retour progressif à la diversification des sanctions pénales. La réforme pénale de 2007 au Cameroun par exemple a consacré diverses peines alternatives, notamment le travail d'intérêt général et la sanction réparation³. Le Code pénal tchadien envisage également les peines alternatives⁴. Bien qu'apparaissant sous un jour nouveau dans le code pénal, elles demeurent très proches de certaines pratiques coutumières. Suivant la même logique, le code pénal rwandais prévoit des sanctions comme l'interdiction de séjour⁵ ou l'obligation de séjour⁶. On peut y voir des similitudes avec des sanctions coutumières telles l'interdiction de fréquenter certains lieux, ou l'obligation de demeurer en un lieu. En cas d'infraction grave, les droits coutumiers envisageaient le bannissement du coupable, équivalent à la peine capitale.

Conclusion

La coutume, et particulièrement les données du droit pénal coutumier n'ont pendant longtemps occupé qu'une place marginale en droit pénal. Durant les premières années d'indépendance, les législateurs africains, préoccupés par la quête de modernité, l'avaient jugée rétrograde et par conséquent indigne d'être consacrée. Malgré cela, la coutume n'a pas disparu. Bien au contraire, elle a continuellement bénéficié d'une grande confiance de la part des populations, sans doute en raison de ses atouts. Pour faire face aux défis qui interpellent actuellement

¹ D'après l'article 10 de ce texte, « 1. Lorsque les sanctions pénales prévues par la législation générale sont infligées à des membres des peuples intéressés, il doit être tenu compte de leurs caractéristiques économiques, sociales et culturelles.

2. La préférence doit être donnée à des formes de sanction autres que l'emprisonnement ».

² R. MERLE, « Place respective des sanctions privatives et non privatives de liberté », Rapport aux journées franco-roumaines de la société de législation comparée, R.I.D.C., 1981, pp. 7-16 ; G. DOMINIQUE, « Les sanctions pénales alternatives », R.I.D.C., vol. 46, n° 2, p. 691 ; S. PORTELLI, « Les alternatives à la prison », *Pouvoirs*, 2010/4, p. 15-28 ; G. VINEY, « Les différentes voies de droit proposées aux victimes », A.P.C., n° 24, 2002, p. 27-40.

³ Article 18-1 du code pénal.

⁴ D'après l'article 18, « Les peines alternatives sont : a) la peine de jour-amende ; b) le travail d'intérêt général ».

⁵ Article 54, al. 1 du code pénal rwandais L'interdiction de séjour consiste dans la défense faite à un condamné de paraître dans certains lieux.

⁶ Article 54, al. 2 du code pénal rwandais L'obligation de séjour consiste dans l'obligation faite à un condamné de résider dans certains lieux

le droit pénal, la coutume est de plus en plus reconsidérée dans les législations africaines. Elle s'est vue convoquée à maintes reprises pour relever des défis inédits de justice en matière pénale. De plus en plus, ses conceptions, ses méthodes et ses finalités sont perceptibles en droit positif, sous-tendant d'imprévisibles transformations du droit pénal. Tout cela conforte l'idée émise par M. Kouassigan selon laquelle « la meilleure chance pour un peuple d'évoluer, il la tire de lui-même ; l'apport extérieur est à la fois complément et stimulant. Le progrès est véritablement approfondissement de soi. Toute culture, notamment la culture juridique a en elle-même les données de sa transformation et de son évolution. Il faut, pour cela, qu'elle rétablisse ses liens avec la nature, qu'elle retrouve et rétablisse ses bases et ses accomplissements, qu'elle se réapproprie son monde en valorisant ses valeurs et concepts, et qu'elle élimine ce qui ne se prête pas à sa restructuration »¹. Vivement, que les législateurs africains s'approprient ces sages propos, et puisent davantage dans les coutumes africaines pour améliorer les réponses du droit pénal officiel.

¹ G.A. KOUASSIGAN, *Quelle est ma loi ?* Paris, Pedone, 1974, p. 295.

La jurisprudence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et l'exécution forcée des biens des entreprises publiques

**Marcel Urbain NGAH NOAH¹ - Enseignant/Chercheur à la FSJP de l'Université
de Douala - Maitre-Assistant CAMES**

¹ noahga@yahoo.fr

Réfléchir sur la jurisprudence de la CCJA et l'exécution forcée des biens des entreprises publiques peut avoir les allures d'une randonnée juridique appelant quelques précisions liminaires. La référence aux biens des entreprises publiques peut laisser penser de prime abord à l'insaisissabilité mais à bien y regarder c'est l'immunité d'exécution des entités publiques qui a donné lieu à une abondante jurisprudence. La mise en perspective entre la jurisprudence et l'exécution forcée des biens des entreprises publiques suggère de manière intuitive de rendre compte du traitement qui est réservée à cette dernière dans le cadre de la première. La conjonction de coordination « et » laisse cependant ouvert la possibilité d'une approche interactive articulante d'une part, le traitement de l'exécution forcée des biens des entreprises publiques dans la jurisprudence de la CCJA et, d'autre part, les enseignements que l'exécution forcée de ces biens fournissent sur la jurisprudence de la CCJA.

En premier lieu, une étude synoptique du traitement réservé à l'exécution forcée des biens des entreprises publiques dans la jurisprudence de la CCJA révèle qu'il est fluctuant. Dans un premier temps, fidèle à la lettre de l'ancien article 30 de l'AUPSRVE, la CCJA a prohibé l'exécution forcée sur les biens des entreprises publiques en reconnaissant à ces dernières le bénéfice de l'immunité d'exécution. Dans un second temps, mue par des préoccupations économiques, la CCJA va progressivement en adoptant une interprétation audacieuse admettre l'exécution forcée des biens des entreprises publiques en leur déniaient le bénéfice de l'immunité d'exécution.

En second lieu, une analyse attentive de l'activité jurisprudentielle de la CCJA en matière d'exécution forcée des biens des entreprises publiques emporte un certain nombre d'enseignements en rapport avec le débat de la jurisprudence comme source du droit OHADA. Premièrement, elle met en perspective la jurisprudence comme source créatrice du droit. Fondée sur un certain pragmatisme et sur des motivations économiques, prenant acte des critiques doctrinales, le juge supranational en procédant à une interprétation audacieuse de la teneur de l'article 30 de l'AUPSRVE procède à une réécriture de celui-ci. Secondement, la jurisprudence apparaît comme une source inspiratrice du droit textuel. En effet, les

lignes de démarcation tracées par la jurisprudence ont été ainsi entérinées par la réforme de l'AUPSFVE de 2023 marquant l'instauration d'un dialogue constructif entre le juge et le législateur OHADA.

1. Le poids des traditions. « *Le dogme est toujours debout* »¹. Cette réplique du professeur **PACTEAU** dans ses observations dans le cadre de l'arrêt de principe rendu par la Cour de cassation française le 21 décembre 1987 dans l'affaire BRGM, décision fondant l'insaisissabilité des propriétés publiques sur un critère exclusivement organique, peut être remise ici à l'entame de cette réflexion sur la jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) et l'exécution forcée des biens des entreprises publiques. En effet, l'étude de l'exécution forcée des biens des entreprises publiques est le siège d'une tension entre la problématique des immunités d'exécution et la question de l'insaisissabilité. C'est davantage le premier aspect qui a fait l'objet d'une activité jurisprudentielle consistante dans le cadre du droit de l'OHADA notamment devant la CCJA, la détermination des biens insaisissables ayant été reléguée à la compétence des Etats membres par l'ancien article 51 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution (AUPSRVE). Admettre que le dogme est toujours debout implique de déterminer la nature de celui-ci et de préciser ce qu'il en reste. Le dogme est le principe de la prohibition de l'exécution forcée des biens des personnes morales de droit public. Une telle solution repose sur la mobilisation de la technique soit de l'insaisissabilité soit de l'immunité d'exécution. Les deux mécanismes s'opposant à la mise en œuvre des voies d'exécution forcée sur les biens des entités publiques concernées. Cette solution demeure valable et assure une protection « *permanente et absolue* »². Bien que toujours debout, ce dogme a vacillé sous l'effet des critiques doctrinales appelant à une rationalisation de son champ en réduisant l'assiette de ses bénéficiaires³ et a été remodelé par la production jurisprudentielle de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) qui, après avoir reconnu le bénéfice de l'immunité d'exécution de l'ancien article 30 de l'AUPSRVE aux entreprises publiques sans considération de leur forme et leurs activités, a lentement mais sûrement entrepris de leur dénier son bénéfice lorsqu'elles avaient une forme privée et étaient soumises au droit des affaires OHADA. C'est cette évolution jurisprudentielle qui fait l'objet de cette étude.

¹ B. PACTEAU, Note sous l'arrêt, cass. Civ. 1^{ère}, 21 décembre 1987, BRGM c/Lloyd Continental, *RFDA*, 1988, p. 771.

² Ph. YOLKA, « Protection des propriétés publiques : régime général », *J. Cl. Propriétés publiques*, Fasc., 60, 2003.

³ Y. GAUDEMET, « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public », dans *Mélanges Drago, Economica*, 1996, pp. 259 et s., même auteur, « La réforme du droit des propriétés publiques », *CJEG*, 2004, n° 608, pp. 163 et s.

2. L'exigence de clarification. Le thème tel qu'il est libellé appelle quelques précisions notionnelles. Anciennement envisagée comme la science du droit, le terme jurisprudence est une notion polysémique. Elle renvoie à un ensemble de décisions rendues par une juridiction donnée. On parle ainsi de jurisprudence de la Cour suprême. Elle s'entend aussi à la solution dégagée par une juridiction dans une affaire. Elle est aussi la manière dont une juridiction réglée habituellement une question de droit¹. Elle est entendue ici dans tous ces sens. La Cour commune de justice et d'arbitrage est la juridiction suprême de l'OHADA. Elle est prévue par l'article 3 alinéa 2 du Traité de l'OHADA révisé. Elle est chargée de l'interprétation et de l'application communes du Traité, des règlements pris pour son application, des actes uniformes et des décisions². Elle remplit également une fonction consultative auprès du Conseil des Ministres, des Etats-membres et des juridictions nationales dans le cadre d'un contentieux portant sur le droit OHADA. Elle arbitre également un centre d'arbitrage. C'est la jurisprudence de cette juridiction en matière d'exécution forcée des biens des entreprises publiques qui fait l'objet de cette étude. L'exécution forcée renvoie à la procédure à suivre pour contraindre un débiteur à l'exécution de son obligation et à son résultat³. Elle recouvre l'hypothèse d'être débiteur récalcitrant ou insolvable⁴. Ce n'est pas l'ensemble de la procédure d'exécution forcée qui est visée mais celle relative aux biens des entreprises publiques marquée par le sceau de l'immunité d'exécution qui rend les insaisissables. La référence aux biens des entreprises publiques implique de clarifier ces deux composantes grammaticales. Les biens renvoient à toute chose dont on dispose et qui fait l'objet d'un droit réel c'est-à-dire est susceptible d'appropriation. On distingue ainsi les biens corporels et incorporels, meubles et immeubles. Il convient de noter que la distinction fondamentale entre biens publics et biens privés au cœur de la problématique des entreprises publiques⁵. Une entreprise publique est une entreprise sur laquelle l'Etat peut directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété ou de la participation financière, en disposant soit de la majorité du capital, soit de la majorité des voix attachés aux parts émises, soit la totalité du capital. Les entreprises

¹ S. GOLTZBERG, *Les sources du droit*, Paris, PUF, 2016, 128 p.

² Article 14 du Traité OHADA révisé.

³ L. JACQUIGNON, « L'exécution forcée sur les biens des autorités et services publics », *AJDA* 1958, I, p. 71.

⁴ G. DEHARO, « Ce qu'exécuter veut dire...Une approche théorique de la notion d'exécution », *Droit et procédures*, n° 4, juillet/août 2005, p. 208.

⁵ C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés*, Thèse de doctorat, Lyon III, juin 2002, Paris, Dalloz, 2004.

publiques sont régies au Cameroun par la loi n° 2017/011 du 12 juillet 2017 portant statut général des entreprises publiques. Il ressort de l'article 2 de cette loi que les entreprises publiques sont des sociétés à capital public et les sociétés à économie mixte où l'Etat, la collectivité territoriale décentralisée et l'entreprise publique sont majoritaires. Elles sont constituées sous forme de société anonyme.

3. Un siège de passions. Ici comme ailleurs, une des nombreuses pomme de discorde du droit de l'exécution forcée qui n'a cessé d'attiser les passions est la question de savoir si tous les biens des débiteurs peuvent faire l'objet d'une saisie¹. L'article 2092 du Code civil applicable au Cameroun énonce que « *quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous les biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* »². Il pose le principe de la « saisissabilité » générale des biens du débiteur. Cette règle, érigée en principe générale par la jurisprudence³, est rappelée par l'ancien article 50 alinéa 1 de l'AUPSRVE. Pourtant, pour des motifs liés à la préservation des intérêts particuliers notamment l'humanisation des procédures d'exécution forcée⁴ et à l'intérêt général, deux mécanismes sont venus atténuer la portée de ce principe. Il s'agit d'une part, de l'insaisissabilité et de l'immunité d'exécution respectivement prévues aux anciens articles 51 et 30 de l'AUPSRVE. Le premier dispose que « *les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des Etats* ». La question de l'insaisissabilité⁵ ne sera pas abordée dans le cadre de cette étude, seule la production jurisprudentielle de la CCJA sur l'immunité d'exécution en relation avec les entreprises publiques en constitue l'objet. Le législateur OHADA dans la première mouture de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution reconnaît contre toute attente le bénéfice de l'immunité d'exécution de l'article 30 aux entreprises publiques. Cette solution

¹ Sur la présence de cette préoccupation dans le cadre du contentieux de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution, S. S. KUATE TAMEGHE, La protection du débiteur dans les procédures individuelles, Paris, L'Harmattan, 2004 ; A. NGWE, « L'application des actes uniformes de l'OHADA au Cameroun », *Penant*, n° 850, janvier-juin, 2005, pp. 81 et s.

² L'article 2093 du même texte dispose que « *Les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers (...)* ».

³ Requêtes, 22 novembre 1853, D. P., 1853, I, 32.

⁴ G. DELEVAL, « Recouvrement et dignité humaine », dans Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à Jacques Normand, Paris, Litec, 2003, pp. 326 et s.

⁵ Sur cette question, V. S. S. KUATE TAMEGHE, « Les mystères des articles 50 alinéa 1 et 51 AUPSRVE », *Afrilex* n° 5, pp. 177 et s. [http : //www.afrilex.u-bordeaux4.fr](http://www.afrilex.u-bordeaux4.fr), consulté le 26 février 2024.

textuelle est confirmée par l'application jurisprudentielle qui en découle. Cette solution soulève les critiques de la doctrine qui y voit un danger pour la sécurité juridique et judiciaire et une pesanteur à l'attractivité du droit de l'OHADA.

4. Une source de questions. La solution initiale du législateur OHADA de reconnaître le bénéfice de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques pendant longtemps entérinée par la Cour commune de justice et d'arbitrage et qui entraînait corrélativement l'insaisissabilité des leurs biens n'a pas résisté aux assauts répétés de la doctrine. Dans une conjoncture dominée par une lutte exacerbée entre les systèmes juridiques désormais évalués à l'aune de la qualité de leur droit comme en témoigne les classements *Doing business* de la Banque mondiale et l'impératif de réconcilier les solutions normatives de l'OHADA avec son dogme fondateur articulé autour de la quête de sécurité juridique et judiciaire, le juge supranational va lentement mais sûrement infléchir sa position procédant de ce fait à une réécriture de l'article 30 de l'AUPSRVE. Ce revirement se situe dans un contexte caractérisé par une réactualisation des questionnements autour de la jurisprudence comme source du droit¹ y compris dans le cadre de l'OHADA². Cette étude sur la jurisprudence de la CCJA n'est pas inédite³, elle se singularise par son champ qui porte essentiellement sur l'exécution forcée des biens des entreprises publiques, son contexte historique caractérisé par une évolution jurisprudentielle faite de constantes et de ruptures avec pour point d'orgue la récente adoption et entrée en vigueur de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution révisé⁴. Ces éléments fondent la question essentielle autour de laquelle se structure cette réflexion : **quelle appréciation peut-on objectivement porter sur la jurisprudence de la CCJA en matière d'exécution forcée sur les biens des**

¹ *La création du droit par les juges*, *Archive de Philosophie du Droit*, t. 50, Dalloz, 2007.

² J. GATSI, « La jurisprudence, source du droit OHADA », *Revue Internationale de Droit Comparé*, volume 64, numéro 2, 2012, pp. 477 et s.

³ B. BAYO BYBI, *Le rôle de la CCJA dans la sécurisation dans l'espace OHADA*, Thèse dactylographiée, Université Caen /Basse Normandie, 2009 ; F. ONANA ETOUNDI, « l'état de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA », *Penant*, volume 118, numéro 865, 2008, pp. 465 et s. ; F. ONANA ETOUNDI, « L'évaluation de la jurisprudence de la CCJA en matière d'interprétation et d'application du droit OHADA (07 avril 1997-30 avril 1998, ohadata D-11-18 ; M. MAÏDAGI, « Les tendances jurisprudentielles de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) par acte uniforme », *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 3, p. 85, ohadata D-11-35 ; P. S. AKUETE, « Problématique du colloque sur les tendances jurisprudentielles de la CCJA en matière d'application et d'interprétation du Traité OHADA et actes uniformes », *Revue de Droit Uniforme Africain*, n°3, p. 4, ohadata D-11-77.

⁴ Ce texte a été promulgué le 17 octobre 2023 et est entré en vigueur le 14 février 2024 soit 90 jours après sa publication au journal officiel de l'OHADA.

entreprises publiques ? L'hypothèse retenue pour amorcer cette étude est celle d'une appréciation ambivalente.

5. Sous fond de motivations. Cette étude n'est pas sans intérêt. Sur le plan scientifique, elle présente une double importance. Sur le plan théorique, elle relance le débat sur la reconnaissance du bénéfice de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques. Elle réactualise le débat sur la portée de la jurisprudence dans les ordres juridiques notamment d'inspiration romano-germanique. Elle présente également une vocation pédagogique dans la mesure où elle retrace l'évolution jurisprudentielle sur cette importante question source de controverses. Dans une perspective pratique, la réflexion met en perspective le dialogue constructif et les oppositions légitimes entre le législateur OHADA et la Cour commune de justice et d'arbitrage et le rôle de proposition de la doctrine qui à travers ses critiques contribue à l'évolution et l'amélioration du droit OHADA.

6. La voie de la raison. Porter une appréciation sur la production jurisprudentielle de la CCJA en matière d'exécution forcée des biens des entreprises suppose la sélection d'une démarche méthodologique. Celle retenue se fonde essentiellement sur une perspective herméneutique fondée sur l'interprétation des décisions de justice en perspective avec les sources textuelles et les contributions doctrinales sur l'objet de l'étude. Une telle approche se veut critique et évolutive. La mobilisation d'une telle démarche aurait pu conduire à envisager le traitement du sujet en mettant en perspective l'évolution de la jurisprudence de la CCJA sur cette question. Elle n'a pas été retenue au profit d'une approche apparentée à la technique proche du commentaire de décision appliquée non pas à une décision mais à une série de décisions et à des solutions jurisprudentielles divergentes. Sa mise en œuvre a abouti à envisager d'une part, un traitement fluctuant de l'exécution forcée des biens des entreprises publiques dans la jurisprudence de la CCJA (I) et, d'autre part, les enseignements ambivalents que la gestion de cette question fournit sur la jurisprudence de la CCJA (II).

I. Une jurisprudence fluctuante

7. Sous fond de fluctuations. L'exécution forcée des biens des entreprises publiques dans la jurisprudence de la CCJA est tributaire de l'évolution de la

question de l'immunité d'exécution prévue par l'article 30 de l'AUPSRVE. Soumis aux critiques doctrinales et aux contraintes économiques et à un environnement juridique favorable, son traitement jurisprudentiel loin d'être stable est marqué par des fluctuations qui se résument à la prohibition principielle de l'exécution forcée des biens des entreprises publiques (A) puis une admission graduelle de celle-ci (B).

A. La prohibition de principe de l'exécution forcée

8. L'option de la prohibition. Une analyse attentive de la production jurisprudentielle de la CCJA sur l'exécution forcée des biens des entreprises publiques, qui a suivi l'adoption de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution du 10 avril 1998¹, indique que celle-ci a opté à la suite de la solution textuelle de prohiber l'exécution forcée sur leurs biens en leur accordant le bénéfice de l'immunité d'exécution de l'ancien article 30 de l'AUPSRVE. Avant d'aller plus loin dans les développements, il convient de rappeler la quintessence de l'article 30 précité, il dispose en substance que « *l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution. Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité. Les dettes des personnes et entreprises visées à l'alinéa précédent ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se trouvent lesdites personnes et entreprises* ». La formulation de cette disposition textuelle posant le principe de l'immunité d'exécution est le siège d'une pomme de discorde à propos des bénéficiaires de celle-ci, l'enjeu de fond étant la question de l'insaisissabilité ou non des biens des entreprises publiques. La CCJA a alors dû intervenir pour apporter des clarifications utiles. Sans vouloir revisiter ici toute la production jurisprudentielle sur les bénéficiaires de l'immunité d'exécution, il convient de revenir sur quelques arrêts

¹ Ce texte a été adopté le 10 avril 1998, publié au journal officiel de l'OHADA du 1^{er} juin 1998 et entré en vigueur le 11 juillet 1998.

qui fondent l'interdiction de l'exécution forcée sur les biens des entreprises publiques.

9. La position initiale. L'arrêt n° 043/2005 du 07 juillet 2005 plus connue sous l'appellation de l'affaire **Togo Telecom c/ AziabléviYovo** et autres¹ constitue le prologue de la construction jurisprudentielle de la Cour commune de justice et d'arbitrage en la matière. Les faits de l'espèce et la procédure suivis sont les suivants : des travailleurs ont attiré la société Togo Telecom en justice pour la voir condamnée à payer des dommages et intérêts. Ayant eu gain de cause en appel, ils vont entreprendre en exécution de cette décision de procéder à une saisie-attribution de créances sur les comptes de Togo Telecom détenus par divers établissements de crédit. Contestant cette saisie-attribution, la société Togo Telecom a assigné les créanciers poursuivants devant le président du tribunal de première instance de Lomé pour obtenir une main levée de la saisie ainsi pratiquée. Le juge saisi a ordonné la main levée par ordonnance n° 425/03 du 13 août 2003, décision confirmée par la Cour d'appel de Lomé par l'arrêt n° 186/2003 du 26 septembre 2003. C'est cette décision de la Cour d'appel qui fait l'objet du pourvoi objet de ce commentaire². Dans sa décision du 07 juillet 2005, la CCJA rejette le pourvoi des requérants en se fondant sur deux arguments : - premièrement, elle indique qu'aux termes de l'article 30 de l'AUPSRVE les biens des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, sont insaisissables. La société Togo Telecom étant une entreprise publique ses biens sont insaisissables ce qui rend la saisie pratiquée sur ses comptes non fondée.

- Secondement, elle rappelle la portée abrogatoire des actes uniformes en indiquant que l'AUPSRVE posant le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes morales de droit public et des entreprises, il l'emporte sur la loi togolaise qui accorde sa faveur à la saisissabilité de ces biens.

¹ Recueil de jurisprudence de la CCJA, numéro 6, juillet-décembre 2005, pp. 25-29. Faire un rapport avec la jurisprudence française à propos des établissements publics industriels et commerciaux à qui la Cour de cassation française a décidé de reconnaître sans exception l'immunité d'exécution, Civ. 1^{ère}, 21 décembre 1987, Bureau de recherches géologiques et minières c/Société Lloyd Continental, Bulletin Civil, I, n° 348, JCP ed. G., 1989, I, n° 21183.

² Le pourvoi a été enregistré au greffe de la CCJA sous le numéro 103/2003 du 04 novembre 2003.

Confrontée à deux interprétations possibles : celle de l'indépendance des alinéas de l'article 30 soutenue par les requérants au pourvoi militant pour le déni du bénéfice de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques et la saisissabilité de leurs biens et celle de l'interdépendance des alinéas indiqués favorable à la reconnaissance de l'immunité envisagée à ces dernières conférant du même coup le privilège d'insaisissabilité à leurs biens, la CCJA a opté pour la seconde orientation qui paraît fondée en droit au regard de la structure de l'article.

10. La confirmation subséquente. La cour commune de justice et d'arbitrage a systématiquement confirmé cette solution. C'est d'abord le cas dans l'arrêt n° 09/2014 du 27 février 2014, affaire Société des télécommunications du Tchad dite Sotel Tchad c/ SAS Alcatel espace dans laquelle la première, société d'Etat, a été victime d'une saisie en violation de l'article 30 de l'AUPSRVE. C'est aussi le cas des affaires impliquant AES SONEL Cameroun dans l'arrêt de n° 105/2014 du 04 novembre 2014 de l'Assemblée Plénière de la CCJA et la société FER en Côte d'Ivoire dans l'arrêt n° 44/2016 du 18 janvier 2016 de la première chambre de la même juridiction. Dans ces affaires, la Cour commune rappelle que les sociétés à capitaux publics et les sociétés d'économie mixte, constituées sous la forme de sociétés commerciales notamment des sociétés anonymes, dans lesquelles l'Etat est respectivement actionnaire unique et majoritaire sont des entreprises publiques au sens de l'article 30 de l'AUPSRVE et par conséquent bénéficient de l'immunité d'exécution et son corollaire l'insaisissabilité de leurs biens s'opposant de ce fait à toute mesure d'exécution forcée. La haute juridiction, dans l'arrêt n° 24/2014 du 13 mars 2014, affaire Société Togo-Port dite Port autonome de Lomé contre Koutouati A. Akakpo Danwodina et 18 autres, précise que le bénéfice de l'immunité d'exécution doit être reconnu à toute entreprise publique y compris celle ayant la forme d'une société commerciale nonobstant le fait que la législation nationale la soumette aux règles de droit privé reprenant un volet de la solution dégagée dans l'arrêt Togo Telecom.

En clair, se fondant sur une interprétation systémique de l'article 30 de l'AUPSRVE, la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA retient une conception large des bénéficiaires de l'immunité d'exécution en y intégrant les entreprises publiques.

La reconnaissance du bénéfice de l'immunité d'exécution à ces dernières entraîne corrélativement l'impossibilité de procéder à une exécution forcée du fait de l'insaisissabilité des biens qui en découle logiquement. Cette solution apparemment conforme à la lettre et à la structure de l'article ne va pas sans soulever les critiques doctrinales du fait de son inadéquation à la conjoncture dominée par une admission progressive de l'exécution forcée à l'égard des entreprises publiques et son incompatibilité avec les objectifs de l'OHADA.

B. L'admission graduelle de l'exécution forcée

11. De la prohibition à l'admission. Après avoir pendant longtemps opté pour la prohibition de l'exécution forcée sur les biens des entreprises publiques par la reconnaissance à celles-ci du bénéfice de l'immunité d'exécution, la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA, sous l'effet des critiques de la doctrine, a entrepris de manière progressive de revenir sur cette solution. Il paraît judicieux d'envisager les causes de ce revirement jurisprudentiel pour mieux envisager sa consistance.

12. Les motivations de l'admission. La position de la jurisprudence de la CCJA consistant à rendre insaisissables les biens des entreprises publiques au moyen de l'immunité d'exécution a suscité les critiques abondantes de la doctrine¹. Les griefs soulevés constituent la trame des motivations ayant entraîné le revirement de jurisprudence. Les arguments évoqués sont d'abord d'ordre conjoncturel, avec la tendance généralisée tant en droit interne des Etats membres de l'OHADA² et comparé qu'en droit international en faveur la saisissabilité des biens des entreprises publiques dans le sillage de l'amenuisement de la portée des immunités reconnues

¹Voir notamment, F. M. SAWADOGO, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA (A propos de l'arrêt de la CCJA du 07 juillet 2005, affaire AziabléviYovo et autres contre Société Togo Telecom), ohadata D-07-16, www.odaha.com ; G. KENFACK DJOUANI, « Propos sur l'immunité d'exécution et des émanations des Etats », *Revue Camerounaise de l'Arbitrage*, numéro 30, juillet-août-septembre 2005, pp. 3 et s. ; P.-G. POUGOUE, « Les sociétés d'état à l'épreuve du droit OHADA », *Juris Périodique*, numéro 65, janvier-février-mars 2006, pp. 100 et s. ; A. U. IBONO, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public à l'épreuve de la pratique en droit OHADA », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires-Pratique professionnelle*, numéro 3, septembre 2013, pp. 82 et s. ; MUKENDA KIPOLE, *La protection des créanciers des pouvoirs et organismes publics face au privilège de l'immunité d'exécution : étude du droit congolais et des systèmes juridiques belges et français*, Thèse de doctorat en droit, Université Catholique de Louvain, 2010 ;

² A titre illustratif, les droits togolais, Burkina bè ont opté pour la saisissabilité des biens des entreprises publiques.

aux personnes morales de droit public¹. D'autres arguments de nature structurelle sont fondées sur la mise à mal des objectifs de l'OHADA. Il s'agit d'abord de l'incidence préjudiciable de cette solution sur l'attractivité du droit OHADA dans un contexte marqué par la concurrence des systèmes juridiques et une course aux investissements. Il est ensuite question de l'impact de la reconnaissance de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques sur leur accès au crédit du fait de la réticence de leurs créanciers à pouvoir recouvrer sereinement leurs créances. Le positionnement jurisprudentiel de la CCJA heurte également frontalement l'objectif de sécurité juridique et judiciaire poursuivie par le projet d'intégration de l'OHADA. De manière systémique, une doctrine avisée fait remarquer que l'octroi du bénéfice de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques s'inscrit à contre-courant de l'esprit du droit OHADA qui soumet dans le même temps celles-ci aux procédures collectives et à l'arbitrage.

13. La construction de l'admission. Le revirement de la jurisprudence de la CCJA en faveur de l'exclusion de l'exécution forcée qui se situe dans le cadre de la levée des obstacles à l'exécution forcée dans le cadre de l'OHADA se situe moins dans la perspective de la permanence que des évolutions². L'admission de la saisissabilité des biens des entreprises publiques est une construction qui s'est faite de manière graduelle.

14. La semelle de l'édifice. Les premiers indices du revirement de la jurisprudence de la CCJA relative à l'octroi de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques sont perceptibles dans l'arrêt n° 103/2018 du 26 avril 2018, affaire MbuluMuseso c/Société des grands hôtels du Congo SA, Trust Merchant Bank SA, Banque Commerciale du Congo SA, Eco Bank du Congo SA, Banque International pour l'Afrique du Congo SA, Citi Group Congo SA, Fibank SA, Biblos Bank SA et Bank of

¹ En droit international, elles peuvent être mise en échec à travers la distinction entre les activités *jus imperii* (actes de souveraineté) et *jus gestionis* (actes de droit privé) dégagée en droits américain et anglais et repris par le juge français dans le cadre des jurisprudences Eurodif et Sonotrach ; la renonciation expresse ou tacite à l'immunité notamment par la souscription d'une clause d'arbitrage (Affaire Creighton c/Qatar, Paris, 12 décembre 2001, Revue d'Arbitrage, 2003, 417, note Ph. LEBOULAGER) et des atteintes aux droits fondamentaux (Civ. 1^{ère}, 14 octobre 2009, n°08-14978). En droit interne notamment français, les articles L. 911-10 du Code justice administrative confère au juge administratif un pouvoir d'injonction et d'astreinte en cas d'inexécution d'une décision de justice par une administration publique. Une loi tchadienne de 1998 prévoit que « lorsque l'administration est condamnée au paiement d'une somme déterminée, elle est tenue de procéder à son mandatement dans les quatre (04) mois qui suivent la date ou l'arrêt devenu définitif. Dans le cadre contraire, le comptable concerné, au vu de l'arrêt, en assure l'exécution d'office ».

² A. LEBORGNE, E. PUTMAN (Dir.), *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolutions*, Acte du colloque, Paris, Editions Juridiques et Techniques, 2009.

Nigeria SA. La Cour commune de justice et d'arbitrage procède en une argumentation en deux temps. En premier lieu, elle dénie la qualité d'entreprise publique à la société des grands hôtels du Congo SA en vertu de la loi n° 08/10 du 07 juillet 2008 relative à la transformation des entreprises publiques¹ du fait de sa forme de société d'économie mixte et sa nature privée². En second lieu, elle lui refuse le bénéfice de l'immunité d'exécution validant de ce fait la saisie pratiquée sur ses comptes bancaires.

15. Les pierres de l'édifice. Premièrement, dans l'arrêt n° 267/2019 du 26 novembre 2019, affaire **Grégoire Bakendja Wa Mpungu contre la société des grands hôtels du Congo SA**, la Cour commune infirme l'Ordonnance MU 884 rendue le 18 septembre 2017 par le Président du Tribunal de commerce de Kinshasa/Gombe autorisant la mainlevée des saisies-attributions pratiquées sur ces comptes entre les sociétés Procredit Bank SA, Ecobank SA, TMB SA et BIAC SA aux motifs que la présence de l'Etat dans l'actionnariat de la société concernée ne suffit pas à lui enlever sa nature de société commerciale lui déniant de ce fait le bénéfice de l'immunité d'exécution de l'article 30 de l'AUPSRE.

Deuxièmement, dans l'arrêt n° 190/2020 du 28 mai 2020, affaire **SOTRA contre SONAREST et Etat de Côte d'Ivoire**, la CCJA admet que la forme de société anonyme de la SOTRA et sa soumission au droit OHADA lui confère la qualité de personne morale de droit privé et non de droit public. A cet effet, la présence d'une personne morale de droit public et des fonds publics est sans incidence sur sa nature privée. Cette dernière justifie le refus de reconnaître à celle-ci le bénéfice de l'immunité d'exécution rendant de ce fait ses biens saisissables par ces créanciers.

Troisièmement, dans l'arrêt n° 076/2021 du 29 avril 2021, affaire société ENERCA, la haute juridiction indique que « *jugé que les entreprises dans l'actionnariat desquelles participent des personnes morales de droit public, constituées sous une forme sociétale de droit OHADA, ne sont plus admises à invoquer le bénéfice des dispositions de l'article 30 de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE)* ». Elle ajoute

¹ LUKOMBE NGHENDA, *Droit des entreprises publiques né de la réforme du 07 juillet 2008*, Kinshasa, PFDUC, 2009, pp. 5 et s.

² En effet, la société des grands hôtels du Congo SA est une société anonyme dont le capital est détenue à parts égales par des personnes privées et par l'Etat et ses démembrements.

qu'«attendu qu'il résulte de l'article 30 de l'AUPSRVE que seules bénéficient de l'immunité d'exécution les personnes morales de droit public et les entreprises publiques ; qu'en l'espèce, la société ENERCA, du fait de sa forme en tant que société anonyme, constituée sous l'une des formes régies par l'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, est une entreprise de droit privé exploitée sous la forme de personne morale de droit privé ; qu'elle n'est donc ni une personne morale de droit public ni une entreprise publique au sens de l'article 30 sus visé ; qu'en jugeant que cette société bénéficie de l'immunité d'exécution du seul fait, d'une part, qu'elle est une « société d'Etat » régie par la loi n° 08-011 du 13 février 2008 portant organisation du cadre institutionnel et juridique applicable aux entreprises et offices publics et dont le capital est tenu par l'Etat centrafricain et, d'autre part, que sa mission de production de l'électricité pour les usagers est une mission de service public, la cour d'appel a commis le grief allégué et exposé son arrêt à cassation ; qu'il échoit de casser l'arrêt attaqué et d'évoquer sur le fond... ».

Quatrièmement, dans l'arrêt n°139/2021 du 24 juin 2021, affaire **Koudio N'Guessan Norbert contre la société nationale d'opérations pétrolières de la Côte d'Ivoire SA(PETROCI SA), Banque Internationale pour le Commerce et l'Industrie de Côte d'Ivoire SA (BICICI SA)**, la haute juridiction a jugé que la Cour d'appel d'Abidjan, en confirmant la mainlevée de la saisie prononcée par le juge de l'exécution du Tribunal de première instance d'Abidjan Plateau par ordonnance n° 346 du 13 février 2017 au motif que la société PETROCI était bénéficiaire de l'immunité d'exécution, a violé l'article 30 de l'AUPSRVE et sa décision encourt cassation. La cour commune de justice et d'arbitrage dénie donc le bénéfice de l'immunité d'exécution à la société PETROCI autorisant de ce fait la saisie-attribution de ces comptes malgré le fait que l'Etat de Côte d'Ivoire y détient 95 % du capital contre 5% aux particuliers. Elle indique que le fait que l'Etat ivoirien y soit actionnaire majoritaire ne lui confère pas la qualité de personne morale de droit public ou d'entreprise publique à partir du moment où elle a la forme d'une société anonyme et est alors soumise aux dispositions de l'acte uniforme relatif aux sociétés commerciales et groupement d'intérêt économique.

Cet édifice jurisprudentiel s'est consolidé à travers l'arrêt n° 05303-03-2022, affaire **ESTARGI SARL contre SNEL SA**. En l'espèce, une saisie-attribution de créances a

été pratiquée sur les comptes bancaires de la SNEL SA par sa créancière, la société ESTARGI SARL. Cette saisie a fait l'objet de contestations par la débitrice au soutien qu'elle bénéficiait de l'immunité d'exécution. Le recours a été rejeté par le juge de l'exécution dont la décision a été rapportée par la cour d'appel. La CCJA a cassé l'arrêt de cette dernière au motif qu'une société ayant la forme d'une société anonyme avec l'Etat pour unique actionnaire même accomplissant une mission de service n'acquiert pas le statut de personne morale de droit public ni d'entreprise publique et ne bénéficie par conséquent pas de l'immunité d'exécution de l'article 30 de l'AUPSRVE.

Pour parachever sa construction, la CCJA conforte sa position dans son arrêt n° 54/2023 du 30 mars 2023, affaire Port autonome d'Abidjan. Dans cette espèce, la haute juridiction, cassant l'arrêt de la Cour d'appel d'Abidjan, dénie le bénéfice de l'immunité d'exécution au Port autonome d'Abidjan du fait que ce dernier n'a pas la qualité de personne morale de droit public mais celle de personne morale de droit privé constituée sous la forme commerciale d'une société anonyme comme le précise l'article 4 de la Loi n° 97-519 du 04 septembre 2017 portant définition et organisation des sociétés d'Etat en Côte d'Ivoire. Elle ajoute que la composition de son capital social marqué par la présence de l'Etat comme actionnaire est indifférente à cette argumentation.

15. En somme, la jurisprudence de la CCJA sur l'exécution forcée des biens des entreprises publiques est fluctuante. Marquant son attachement à la lettre de l'article 30 de l'AUPSRVE, elle a d'abord reconnu le bénéfice de l'immunité d'exécution à toutes les entreprises publiques sans considération de leur et de leurs activités. Eu égard aux critiques pertinentes de la frange majoritaire de la doctrine face à sa politique jurisprudentielle quelque peu anachronique dans un environnement juridique international concurrentiel et en déphasage avec les objectifs de l'OHADA, la cour a ces dernières années ajusté sa politique jurisprudentielle en essayant de rationaliser la reconnaissance du bénéfice de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques en traçant les contours de cette notion. Cette trajectoire jurisprudentielle quelque peu instable mais audacieuse, qui a abouti à la réécriture de l'article 30 de l'AUPSRVE, mérite qu'on en tire les enseignements qu'elle suscite.

II. Une appréciation doctrinale ambivalente

16. La production jurisprudentielle de la Cour commune de justice et d'arbitrage sur l'exécution forcée sur les biens des entreprises par le biais du contentieux des bénéficiaires de l'immunité d'exécution de l'article 30 de l'AUPSRVE appelle quelques observations. Les enseignements à en tirer sont essentiellement ambivalents répondant à une analyse dialectique. Cette ambivalence se traduit par le fait que la jurisprudence de la haute cour en la matière s'expose à des critiques qui marquent son caractère vicieux (**A**) qui n'occulte pas un certain nombre de ses mérites qui révèlent sa dimension fructueuse (**B**).

A. Une jurisprudence sujette à la critique

17. Le juge face à un dilemme. La position de la Cour commune de justice et d'arbitrage dans le cadre de l'exécution forcée des biens des entreprises publiques a été fluctuante marquant de ce fait le dilemme auquel le juge faisait face et qui s'est traduit par tantôt sa déférence au législateur tantôt sa défiance à l'égard de ce dernier.

18. La déférence critiquable du juge au législateur. Pour éclairer sa position sur l'exécution forcée des biens des entreprises publiques, la Cour commune a dû procéder à une interprétation de l'article 30 de l'AUPSRVE dans sa version initiale. En effet, la rédaction de cette disposition textuelle ne brille pas par une clarté exemplaire. Composée de trois alinéas, le premier énonce le principe de l'insaisissabilité des biens des personnes bénéficiant d'une immunité d'exécution sans pour autant en énoncer ses bénéficiaires. Le deuxième pose une atténuation à ce principe en prévoyant la possibilité de compensation des dettes des personnes morales de droit public et des entreprises publiques énonçant de ce fait les bénéficiaires de cette mesure. Cette formulation laissait la place à deux interprétations. L'une fondée sur une analyse indépendante de chaque alinéa suggérait que le législateur n'avait pas précisé les bénéficiaires de l'immunité d'exécution mais simplement ceux de la compensation. L'autre s'appuyant sur l'interdépendance des alinéas soutient que les personnes morales de droit public et les entreprises publiques indiquées à l'alinéa 2 sont les bénéficiaires de cette

immunité. C'est cette seconde interprétation qui a d'abord retenu les faveurs de la Cour commune. Le faisant, elle privilégie une interprétation exégétique, formelle, restrictive et systémique de l'article 30 de l'AUPSRVE. Une telle approche est favorable aux entreprises publiques qui quelle que soit leur forme et leur mission bénéficient de l'immunité d'exécution rendant de ce fait l'exécution forcée sur leurs biens impossible. Elle procède à une application sans nuance de la lettre de l'article 30 précité comme elle le rappelle dans l'affaire du **Fonds d'Entretien Routier (FER)** où elle décide que « *lorsqu'une société réunit les attributs d'une personne publique, notamment la poursuite d'une mission de service public et la détention du capital par l'Etat, le fait qu'une autre loi nationale la soumette aux règles de droit privé ne saurait empêcher ladite entreprise de bénéficier de l'immunité d'exécution* »¹.

19. Cette orientation jurisprudentielle qui marque la déférence du juge au législateur a suscité un certain nombre de réserves et de critiques de la doctrine. Conforme à la thèse de MONTESQUIEU selon laquelle le juge est la bouche morte de la loi, les griefs soulevés à l'encontre de cette orientation jurisprudentielle sont nombreux : un facteur préjudiciable à l'attractivité du droit OHADA parce que située aux antipodes de la tendance généralisée à la restriction du champ et de la portée de l'immunité d'exécution dans les Etats membres et en droit comparé interne et international mais aussi à la faculté des entreprises publiques à accéder efficacement au crédit du fait de la méfiance des créanciers ; un obstacle à la logique d'attrait des investissements ; une atteinte à l'objectif d'instauration de la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA ; une solution contradictoire avec l'esprit général du droit OHADA marqué par la volonté de soumettre les entités publiques au droit des affaires en matière de droit des sociétés commerciales, d'entreprises en difficultés et de droit de l'arbitrage.

20. La défiance contestable du juge à l'égard du législateur. Fort de ces abondantes et pertinentes critiques doctrinales, la Cour commune a entrepris de réviser sa position initiale en faveur de l'octroi du bénéfice de l'immunité aux entreprises publiques en autorisant l'exécution forcée sur leurs biens. Les bonnes intentions de la Cour en faveur de la rationalisation des bénéficiaires de l'immunité d'exécution de l'article 30 de l'AUPSRVE par l'exclusion des entreprises publiques

¹ CCJA, arrêt n° 044/206, 18 mars 2016, affaire Fonds d'Entretien Routier (FER) c/Gnankou Goth Philippe.

ont été marquées par une mise en œuvre chaotique. Après avoir appliquée de manière constante la solution reconnaissant l'immunité d'exécution aux entreprises publiques depuis l'affaire **Togo Telecom** en 2005, la Cour commune de justice et d'arbitrage va dès 2018 dans l'affaire **MbuluMuseso** entreprendre d'ajuster sa position jusqu'à l'affaire **ESTARGI SARL** en 2022. Si cette initiative est fondée sur de bonnes intentions sa conduite est quelque peu chaotique. En effet, se reconnaissant la compétence pour déterminer les bénéficiaires de l'immunité d'exécution de l'article 30 de l'AUPSRVE, la Cour va instaurer une insécurité juridique et judiciaire loin de sa mission de sécurisation de l'investissement dans l'espace OHADA¹. L'insécurité juridique est le fait du flou qui entoure l'interprétation que la Cour donne à la notion d'entreprise publique donc les critères varient au gré des affaires. Cette instabilité recouvre les difficultés classiques à pouvoir cerner de manière claire les entreprises publiques² à travers un criterium précis mais introuvable³. Elle se matérialise également dans l'instabilité qui grève la jurisprudence de la Cour en la matière. Elle a tour à tour adossé la qualité d'entreprises publiques à un critère patrimonial et fonctionnel constitué par la détection majoritaire ou totale de titres sociaux par une personne morale de droit publique avant de retenir un criterium formel et matériel en privilégiant la référence à la forme sociale privée et le droit qui leur est applicable en l'occurrence le droit des sociétés commerciales pour dénier la qualité d'entreprises publiques. L'insécurité judiciaire est constituée par l'incapacité des justiciables à pouvoir faire des prévisions raisonnables sur l'issue du contentieux en matière d'exécution forcée des biens des entreprises eu égard aux fluctuations qui greffent l'activité jurisprudentielle de la Cour. On note également une rupture de l'égalité des justiciables dont le sort est réglé de manière variable.

21. En clair, le positionnement de la Cour sur la question de l'exécution forcée des biens des entreprises a toujours suscité des réserves. Sa position initiale conforme à la lettre de l'ancien article 30 de l'AUPSRVE qui prescrivait la reconnaissance du bénéfice de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques peu importe leur forme et leurs activités était anachronique eu égard au contexte interne et international et aux antipodes des objectifs de l'OHADA notamment en termes de sécurité juridique

¹ F. ONANA ETOUNDI, « La sécurisation judiciaire de l'investissement en Afrique : à propos du rôle de joué par la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA », *Actualités Juridiques*, n° 53/2007, p. 3.

²J. DU BOIS DE GAUDUSSON, « Identification des entreprises », *Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, t. XII, EJA, NEA, 1982, pp. 201 et s.

³ M. DURUPTY, « Existe-t-il un critère de l'entreprise publique ? » *Rev. Adm.*, 1984, pp. 7 et s.

et judiciaire et d'attire des investissements étrangers. L'évolution de ses solutions jurisprudentielles dans une perspective manifestement *contra legem* n'est pas non plus exempt de critiques notamment du fait de son caractère attentatoire à la sécurité juridique et judiciaire. Malgré tous ces vices, la jurisprudence de la Cour n'en est pas moins fructueuse.

B. Mais cependant des éloges à adresser à la jurisprudence...

22. Les mérites de la jurisprudence. La jurisprudence de la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA en matière d'exécution forcée sur les biens des entreprises publiques fluctuante n'a pas échappé aux fourches caudines d'une doctrine incisive. Nonobstant les vices soulevés dans l'activité jurisprudentielle de la Cour, la jurisprudence étudiée présente quelques mérites qu'il convient d'explicitier.

23. Une jurisprudence créatrice du droit. Le débat du juge autorité d'application ou instance de création du droit s'est aujourd'hui quelque peu estompé au profit de la réflexion sur les modalités et la portée de la création du droit par le juge. L'activité jurisprudentielle de la CCJA dans le cadre de l'exécution forcée des biens des entreprises publiques permet de nourrir la réflexion sur cette problématique classique. La volonté de concilier l'impératif de recouvrement des créances et de sécurisation des créanciers et la protection des intérêts publics, de l'intérêt général a poussé la CCJA à adopter une interprétation innovante de l'article 30 de l'AUPSRVE après avoir systématiquement reconnu pendant une longue période le bénéfice de l'immunité d'exécution aux personnes morales de droit public et aux entreprises publiques sans considération de leur forme et leurs activités. Il convient de rappeler la consistance de l'évolution de la position de la CCJA pour mieux rendre compte de sa nature et de sa portée.

24. Dans un premier temps, en affirmant sa compétence pour déterminer les bénéficiaires de l'article 30 de l'UPSRVE, la Cour a dénié le bénéfice de l'immunité d'exécution à des entités dans lesquelles l'Etat était actionnaire tantôt égalitaire

tantôt majoritaire¹. Par la suite, elle va de manière systématique faire primer la forme sociale de société commerciale et leur soumission au droit des sociétés commerciales pour retenir la nature privée des entités visées et leur dénier la qualité d'entreprises publiques.

25. La cour commune de justice et d'arbitrage crée le droit au sens faible dans la mesure où elle n'institue par une règle de droit sur la base d'un silence textuel, elle procède à une interprétation de l'article 30 de l'AUPSRVE en vue d'en préciser le sens et de l'adapter à un certain nombre d'impératifs tant conjoncturels que structurels. Les précisions apportées et l'adaptation recherchée porte sur un certain nombre d'éléments relatifs à l'exécution forcée des biens des entreprises publiques. Tout d'abord, elle clarifie la notion d'entreprises publiques en affirmant sa compétence en la matière au détriment des droits internes. Puis, elle précise les entreprises publiques susceptibles de bénéficier de l'immunité d'exécution de l'article 30 précité et celles qui en sont exclues. Après avoir affirmé que la présence des attributs de l'entreprise publique notamment l'accomplissement d'une mission de service public et la détention par l'Etat du capital social suffisaient pour bénéficier de l'immunité d'exécution nonobstant sa soumission au droit privé par la législation nationale², elle a indiqué que la présence de l'Etat dans le capital social à parts égales avec des privés d'une société, même accomplissant une mission de service public, ne suffisait pas à lui conférer la qualité d'entreprise publique, elle demeure une entité privée soumise de ce fait aux voies d'exécution³. La principale contribution de la jurisprudence de la CCJA est d'avoir proposé la primauté des critères formel et matériel sur les critères patrimoniaux et fonctionnel dans la détermination des entreprises publiques dont la forme privée et la soumission au droit des affaires des entités rend inapplicable la qualification.

26. Une jurisprudence inspiratrice du droit. Selon la logique dominante dans les systèmes romano germanique, le législateur élabore les règles de droit que le juge doit appliquer et éventuellement les interpréter le cas échéant. Mais, l'évolution a laissé entrevoir un mouvement en sens inverse dans lequel la jurisprudence inspirait

¹ Affaires MBULU MUSESO ; Grégoire BAKENDJA ; SOTRA SA, ENERCA SA, KOUDIO N'GUESSAN Norbert ; ESTARGI SARL.

² CCJA, arrêt n° 044/206, 18 mars 2016, affaire Fonds d'Entretien Routier (FER) c/Gnankou Goth Philippe.

³ CCJA, arrêt n° 103/2018 du 26 avril 2018, affaire MbuluMuseso c/Société des grands hôtels du Congo SA ; l'arrêt n° 267/2019 du 26 novembre 2019, affaire Grégoire Bakendja Wa Mpungu contre la société des grands hôtels du Congo SA.

les solutions textuelles à venir soit par une consolidation des solutions jurisprudentielles soit par une volonté législative de combattre une solution jurisprudentielle inopportune. Dans le cas d'espèce, il est difficile de nier le rôle précurseur que la jurisprudence de la CCJA a joué dans le cadre de la réécriture de l'article 30 de l'AUPSRVE adopté le 17 octobre 2023. Autant la jurisprudence de la CCJA a évolué en s'inspirant des critiques doctrinales constructives et pertinentes, autant l'activité jurisprudentielle de la CCJA pendant ces dernières années a inspiré de manière décisive la réécriture de la lettre de l'article 30 précité comme l'indique un haut magistrat de la Cour¹. L'obligation de recueillir l'avis de la CCJA dans le cadre de l'élaboration des actes uniformes par l'article 6 in fine du Traité OHADA constitue le moyen formel à travers lequel cette dernière a pu faire entendre sa voix sur cette question au-delà de sa production jurisprudentielle. A ce titre, la nouvelle formulation de l'article 30 alinéa 1 de l'AUPSRVE dispose qu'« *il n'y a pas d'exécution forcée ni de mesures conservatoires contre les personnes morales de droit public, notamment l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics. Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité. Les dettes des personnes visées à l'alinéa précédent ne peuvent être considérées comme certaines au sens des dispositions du présent article que si elles résultent d'une reconnaissance par elles de ces dettes ou d'un titre ayant un caractère exécutoire sur le territoire de l'Etat où se situent lesdites personnes et entreprises* ». Le législateur OHADA apporte des clarifications importantes sur les bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Il ressort de la lecture de cette disposition qu'il s'agit des personnes morales de droit public nationales notamment l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics. Dans le même ordre d'idées l'article 30-3 du même texte indique que « *sauf renonciation expresse, il n'y a pas d'exécution forcée ni de mesures conservatoires contre les personnes morales de droit public étrangères et les organisations internationales qui bénéficient de l'immunité d'exécution en vertu des conventions sur les relations diplomatiques ou consulaires ou d'accords d'établissement ou de siège* ». Cette intervention législative dénote de la volonté du législateur OHADA d'apporter une réponse claire et précise à une

¹ A. J B. MINIME, « Exécution forcée sur les biens des entités publiques », p. 2.<https://www.ahjucaf.org/>

problématique qui a longtemps suscité les controverses doctrinales et jurisprudentielles.

Au final, la question des bénéficiaires de l'immunité d'exécution dans le cadre du droit de l'exécution forcée OHADA a suscité des débats doctrinaux passionnés et des controverses jurisprudentielles animées entre les juges nationaux. De manière singulière, la reconnaissance ou non du bénéfice de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques a retenu l'attention de la cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA en sa qualité de gardienne de l'application et de l'interprétation uniforme du droit OHADA. Son traitement dans la jurisprudence de la juridiction commune n'a pas été marqué par le sceau de la constance mais plutôt par des flottements. Ces fluctuations sont concrétisées par deux temps majeurs. Le premier moment a été marqué par une reconnaissance systématique du bénéfice de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques conformément à la lettre de l'ancien article 30 de l'AUPSRVE. Résultat de l'effet conjugué des critiques doctrinales et de la pression institutionnelle liée à la lutte des systèmes juridiques consacrée dans les Rapports *Doing Business*, le second mouvement a consisté à dénier le bénéfice de l'immunité d'exécution aux entreprises publiques au terme d'une construction jurisprudentielle parfois laborieuse voire chaotique. Les enseignements tirés de cette production sont ambivalents. Il révèle une jurisprudence vicieuse parce que *contra legem* mais fructueuse parce qu'elle œuvrant à l'amélioration de l'attractivité du droit OHADA par la promotion de la sécurité juridique et judiciaire. La production jurisprudentielle de la CCJA et son épilogue mettent en lumière le dialogue entre le juge et le législateur dans une perspective de fertilisation mutuelle. Le juge a de manière audacieuse et pragmatique essayé de corriger les carences préjudiciables du législateur dans sa conception de l'immunité d'exécution. En retour, le législateur prenant acte du travail jurisprudentiel effectué s'en est inspiré pour réécrire l'article 30 de l'AUPSRVE.

INTERVIEW DE MARGAUX BASTERREIX¹

Qui vient de soutenir sa thèse de doctorat à l'Université de Limoges où elle est, par ailleurs, Déléguée aux données personnelles

¹ margaux.basterreix@unilim.fr

1. Chère Margaux, quel est l'intitulé de votre thèse ? Pourquoi avoir choisi ce sujet sur la protection des données personnelles ?

Bonjour, je souhaite tout d'abord vous remercier de m'offrir la possibilité de présenter mes travaux. J'ai rédigé une thèse intitulée « le droit de la protection des données personnelles des sportifs de haut niveau et professionnels » que j'ai soutenue en juillet dernier.

Après l'obtention d'un master 2 en droit du sport, j'ai ressenti le besoin de me spécialiser dans un domaine d'activité en lien avec le secteur sportif. Pour cela, j'ai choisi de réaliser un doctorat qui me permettait de choisir librement un sujet de thèse en fonction de mes sensibilités et des besoins formulés par les acteurs du monde du sport.

J'ai procédé à de nombreux entretiens avec des personnes évoluant dans différentes organisations sportives (clubs, fédérations sportives, ligues, syndicats...) pour évoquer les thématiques présentant des difficultés d'application juridiques et déterminer ainsi un sujet de thèse.

L'application du droit des données personnelles constituait une thématique fréquemment abordée dans le cadre de ces entretiens.

Sans connaissance particulière du Règlement général sur la protection des données (RGPD) mais consciente de l'intérêt de ce sujet et des perspectives professionnelles qu'il offrait, je l'ai choisi comme sujet de thèse.

2. Le sujet est ambitieux, quelle méthode et quelle problématique avez-vous retenues ?

Dès le début de la rédaction de ma thèse, j'ai pris conscience du manque de ressources juridiques sur ce sujet. Ce constat a été à la fois la principale difficulté à laquelle j'ai été confrontée et le plus grand intérêt de mon travail de rédaction.

Cette situation a, en effet, été anxiogène mais elle m'a donné une grande liberté dans l'approche de mon sujet.

J'ai choisi de partir des dispositions du RGPD et de les appliquer aux traitements de données des sportifs de haut niveau et professionnels. Cette application pratique a révélé de nombreuses incompatibilités entre les objectifs poursuivis par le législateur européen, d'une part, et la pratique des organisations sportives, d'autre part.

Sur la base de ces difficultés, j'ai identifié une problématique : comment les spécificités sportives doivent-elles être prises en compte dans l'application des principes du droit des données personnelles ?

3. Quels résultats avez-vous obtenus ?

Mes recherches ont permis de mettre en évidence le fait que peu d'organisations sportives respectent, à ce jour, les obligations mises à leur charge par le droit des données personnelles par méconnaissance de ce régime juridique et par manque de ressources internes.

Outre la nécessité de sensibiliser et d'accompagner les organisations sportives dans leur prise en compte du RGPD, mes travaux de recherche ont permis de démontrer que les spécificités sportives ont une incidence sur la mise en œuvre de ce régime juridique par les organisations sportives.

En effet, elles entravent l'application de certains principes consacrés par le législateur européen. Pour rendre la protection des données des sportifs plus effective, j'ai identifié plusieurs perspectives d'amélioration.

Le développement d'outils juridiques adaptés aux spécificités sportives et facilitant l'application du RGPD constitue un premier axe de réflexion.

Certaines difficultés persistent toutefois et j'ai donc souhaité engager une réflexion en faveur d'un régime juridique spécifique à la protection des données personnelles

des sportifs de haut niveau et professionnels. Ce régime permettrait de prendre en compte la nécessaire exploitation des données personnelles des sportifs par les organisations sportives tout en garantissant un niveau de protection effectif.

4. Comment s'est déroulée votre soutenance ? Quels souvenirs en conserverez-vous ?

Ma soutenance s'est très bien passée, j'ai tenté de la préparer du mieux possible en assistant, les mois précédents, à d'autres soutenances sur des sujets similaires pour pouvoir me familiariser avec cet exercice.

J'ai également tenu à me rendre sur le lieu de ma soutenance quelques jours avant pour visualiser ce moment. Cela m'a énormément aidé à mieux appréhender l'enjeu.

Mes directeurs de thèse m'ont également accompagné dans la préparation de cet exercice ce qui m'a permis de gagner en sérénité. Ils m'ont notamment conseillé de profiter autant que possible de ce moment si particulier. J'ai pu appliquer leurs conseils et apprécier cet instant qui a conclu de la meilleure des manières mes années de recherche.

5. Quels sont vos projets professionnels à venir ? En quoi votre doctorat va-t-il vous servir ?

Dès le début de la rédaction de ma thèse, j'ai souhaité travailler dans le secteur d'activité que j'étudie pour mettre en pratique les concepts évoqués. J'ai donc, en parallèle de mon doctorat, travaillé à mi-temps à l'Université de Limoges en tant que chargée de mission RGD. Les derniers mois de mon doctorat, j'ai été nommée déléguée à la protection des données de l'Université et j'occupe désormais ce poste à temps plein.

Pendant mon doctorat, j'ai également créé une auto-entreprise pour accompagner les organisations sportives dans leur démarche de conformité au RGPD. J'interviens en qualité de prestataire auprès de quelques structures (fédérations et clubs). Je souhaiterais développer cette activité pour, à termes, m'y consacrer totalement. Ces interventions me permettent de valoriser mon doctorat et d'apporter une expertise adaptée aux enjeux des organisations sportives.

Mon doctorat me permet de proposer un accompagnement sur mesure pour ces organisations en tenant compte des spécificités sportives et des difficultés particulières auxquelles elles sont confrontées. Il m'a également permis d'avoir une vision générale et complète du sujet. Enfin, mon doctorat m'offre indéniablement une légitimité auprès des organisations sportives pour les accompagner dans la mise en œuvre du RGPD.

6. Quels conseils donneriez-vous aux doctorants en droit qui débutent leurs travaux ?

Je souhaiterais tout d'abord leur rappeler que le doctorat en vue d'acquérir une spécialisation dans un domaine d'activité particulier et que, dans ce cas, il peut ouvrir la voie à des projets professionnels très différents. Cela peut permettre de travailler à son compte ou pour une entreprise privée sans nécessairement se prédestiner à une carrière universitaire.

La rédaction d'une thèse est évidemment un exercice particulièrement complexe et long qui nécessite, selon moi, d'avoir un objectif professionnel précis qui constitue un but à atteindre par le doctorat.

Je pense qu'il est indispensable de prendre confiance en soi de sorte que, par ses travaux de recherche, le doctorant donne son opinion et soit force de proposition.

En définitive, la rédaction d'une thèse comporte de nombreuses similitudes avec la préparation d'une échéance sportive par un athlète. Comme un sportif de haut niveau, le doctorant doit se fixer des objectifs pour ne pas se décourager. Il doit

apprendre à se connaître pour être le plus efficace possible et prendre soin de sa santé physique et mentale pour appréhender cette période du mieux possible.



AFDD