

Horizons du droit



N°32

Horizons du droit

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit



Directeur
scientifique

Jacques Mestre

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

Comité
scientifique

Patrick de Fontbressin

Avocat au Barreau de Paris.

Julia Heinich

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

Sandie Lacroix-de Sousa

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

Marie-Eve Pancrazi

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

Béatrice Parance

Professeur de droit à l'Université de Paris VIII.

David Richard

Avocat au Barreau de Paris.

Rédacteur en
chef

Sabrina Dupouy

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

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

Sommaire

Bulletin n° 32 – janvier 2022

Page 5 Editorial

Sabrina DUPOUY et Jacques MESTRE

Articles

Page 6 Intérêt, portée et sens de la Déclaration Universelle des Droits de l'Humanité

Corinne LEPAGE

Page 24 La procédure civile à l'heure des réformes : succès et limites

Cédric CHAPELLE

Page 47 Du Code vert aux Normes vertes, Quel modèle d'intégration de la RSE en droit OHADA pour un taux d'investissement toujours en croissance ? (Premier prix du meilleur Ecrit OHADA 2021)

Douty Abib TRAORE

Page 69 La protection des intérêts catégoriels en cas de cession d'une entreprise en difficulté (Troisième prix du meilleur Ecrit OHADA 2021)

Youbi Bouhari MARE

Page 96 Volonté réelle et volonté déclarée des parties dans le Code sénégalais des obligations civiles et commerciales

Patrice Samuel Aristide BADJI

Page 133 La prévention et la résolution des conflits agropastoraux dans un contexte de forte insécurité au Sahel : Burkina Faso, Mali, Niger

Abdramane CISSE

Page 149 Le juge administratif est-il le « bras armé » de la protection des libertés en Afrique noire francophone ? Etude comparée à partir des cas des Sénégal, Côte d'Ivoire, Congo et Cameroun

Jean-Michel OLAKA

Page 199 Les transformations du droit de la comptabilité publique dans les Etats de la CEMAC et de l'UEMOA

Aliyou SALI et Alassa MONGBAT

Page 253 La zone contiguë en droit camerounais

Aymard Landry NDJIP

Page 273 Les Membres de l'AFDD publient

Anne NEGRE, Histoire de l'Inégalité Femmes-Hommes,
éd. Les Routes de la Soie, 2021

EDITORIAL

Cher Lecteur d'*Horizons du Droit*,

Qu'il nous soit permis, en ce début d'année 2022, de vous présenter nos vœux les plus chaleureux et de formuler le souhait que cette année nouvelle vous apporte santé, joie et paix ! La période n'est assurément pas facile, mais il faut précisément savoir garder confiance et espoir, et continuer notamment à s'appuyer sur nos réseaux d'amitié et de travail pour identifier toutes les choses positives et discerner toutes les opportunités qui se présentent. C'est, d'une certaine façon, la vocation d'une association telle que l'Association Française des Docteurs en Droit que de jouer ce rôle de soutien et, à travers ses revues, de permettre à chacun de tisser des liens et d'élargir ses horizons !

Ce numéro de janvier ne dérogera pas à cet objectif puisque vous pourrez y trouver aussi bien d'originales réflexions sur une possible Déclaration Universelle des Droits de l'Humanité ou encore sur les évolutions récentes de la procédure civile que de très intéressantes contributions relatives à l'Afrique et au droit OHADA, avec notamment la publication de deux articles récemment primés au concours 2021 du meilleur écrit OHADA. Des contributions qui vous mèneront ainsi, chemin faisant, du droit sénégalais des obligations à la résolution des conflits agropastoraux au Sahel en passant par la Côte d'Ivoire, le Cameroun ou encore le Congo, où les juristes se révèlent soucieux, comme en France, de la promotion de la RSE, de la défense des libertés publiques ou encore de l'individualisation des diverses zones maritimes...

Alors, bonne lecture, et une fois encore, très belle année 2022 !

Sabrina DUPOUY

Jacques MESTRE

**INTERET, PORTEE ET SENS DE LA
DECLARATION UNIVERSELLE
DES DROITS DE L'HUMANITE**

Corinne LEPAGE - Avocate au Barreau de Paris –
Ancienne Présidente de l'AFDD

Les droits humains sont reconnus par la DUDH de 1948 et nous savons tous qu'ils sont plus que jamais indispensables, à l'heure des violences, des démocraties illibérales et des régimes totalitaires. Dès lors, pourquoi **une Déclaration des droits de l'humanité ?**

Après avoir rappelé la base philosophique et juridique de la déclaration (I), on s'intéressera à son contenu et son rapport avec les droits de l'homme (II) avant de se pencher sur son intérêt et sa diffusion (III).

I. BASES PHILOSOPHIQUE ET JURIDIQUE

Le péril majeur, notamment reconnu par le GIEC, est désormais indéniable tant pour l'anthropologue, l'historien, le sociologue, le philosophe, le biologiste, le climatologue que pour le juriste. Nous sommes incontestablement entrés dans une nouvelle ère philosophique (I.1) et la Déclaration des droits de l'humanité prend ancrage dans un contexte historique majeur (I.2.2).

I.1. L'entrée dans une ère philosophique nouvelle

Victor Hugo, dans son discours d'ouverture prononcé au premier Congrès de la paix le 21 août 1849 fit part d'un projet de paix universelle qui conduirait à la reconnaissance de l'humanité comme une famille. Ce projet est devenu une nécessité de civilisation en ce XXIème siècle. De nombreux auteurs de la fin du XXème siècle ont ouvert la voie pour prendre conscience des défis intellectuels majeurs lancés à la pensée. Quelques-uns peuvent être cités parmi beaucoup d'autres.

« Le péril majeur pour l'humanité ne provient pas d'un régime, d'un parti, d'un groupe ou d'une classe. Il provient de l'humanité elle-même dans son ensemble qui se révèle être sa pire ennemie. C'est de cela qu'il faut la convaincre si nous voulons la sauver » Claude Lévi-Strauss (L'Express va plus loin avec Claude Lévi-Strauss, 25-31 mars 1971, p.149) ;

« L'humanité entière est confrontée à un ensemble entremêlé de crises qui, à elles toutes, constituent la Grande Crise d'une humanité qui n'arrive pas à accéder à l'Humanité ». Edgar Morin (Le chemin de l'espérance, Edgar Morin, éd. Fayard, 2011, Chap.1).

« Agis de telle sorte que les effets de ton action soient compatibles avec la permanence d'une vie authentiquement humaine sur terre ». Hans Jonas (Le principe responsabilité. Une éthique pour la civilisation technologique, éd. du Cerf, 1990.)

« Passer de l'homme aux groupes familial, régional, national, international résulte d'une progression quantitative ; accéder à l'Humanité, suppose un saut qualitatif. Dès lors qu'il est franchi, elle doit, elle-même, jouir de droits faute de quoi les hommes perdraient les leurs »

René Jean Dupuy (La clôture du système international. La cité terrestre, éd. PUF, 1989, p.156.)

I.1.2. L'ancrage dans une ère historique majeure

Cet ancrage est essentiel. Comme toute nouvelle Déclarations de droits, cette spécificité historique nourrit et légitime d'autant plus son adoption et sa portée.

La Déclaration des droits de l'Humanité a vocation à être présentée et adoptée sous l'égide des Nations-Unies, organisation vectrice d'un projet de société internationale orientée vers un monde de paix, respectueux des droits de l'homme et des peuples pour l'avenir.

Elle s'inscrit dans l'héritage intellectuel de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948. En transposant le concept juridique de Droits de l'homme à l'échelle internationale, la DUDH a déjà marqué une étape historique dans la manière de penser les droits de l'homme. En visant « la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine », elle a posé la première pierre fondatrice d'un nouveau paradigme qui vise à instituer l'Humanité en droit international.

Elle ne fait aussi que formuler en droits de nombreuses résolutions de l'ONU qui, à partir de la Déclaration des Droits de l'Homme, intègrent de plus en plus des revendications de droits collectifs pour l'Humanité en contexte de situation planétaire.

On citera par exemple le projet de document final du Sommet des Nations Unies consacré à l'adoption du programme de développement pour l'après-2015 (A/69/L.85 3/41 15-13689), lesquels, en décrivant, « les objectifs et les cibles guideront l'action à mener au cours des 15 prochaines années dans des domaines qui sont d'une importance cruciale pour l'humanité et la planète », la Déclaration sur les droits de l'Humanité donnera un corps de garanties juridiques aux nouveaux Objectifs de développement durable, alors même que le projet précité qualifie ce « plan d'action mondial pour les 15 prochaines années » de Charte pour l'humanité et pour la planète au XXIe siècle»

I 2 Les origines juridiques

Les textes publics

- Si la Déclaration innove, il est essentiel, pour faciliter son adoption de l'inscrire dans une lignée.

C'est la raison pour laquelle le groupe de travail de rédacteurs a commencé par un long recensement de nombreuses Déclarations, conventions interétatiques, décisions de tribunaux et de textes de la société civile, qui a permis de retenir l'essentiel de développements évoquant, de façon partielle ou plus substantielle, l'humanité.

-reconnaissance des lois de l'humanité (convention de 1899 et 1907 et les quatre conventions de Genève du 12 août 1949)

- reconnaissance des crimes contre l'humanité

- reconnaissance de la notion d'intérêt de l'humanité (traité sur l'Antarctique de 1959) reconnaissance de la notion de patrimoine mondial de l'humanité (convention de l'Unesco de 1972 et de 2003, conventionnement dégroupé sur le droit de la mer de 1982)

- reconnaissance de la notion de préoccupation pour l'humanité (convention des Nations unies sur les changements climatiques convention sur la diversité biologique)

Les liens entre les droits de l'homme, les droits des peuples et les droits de l'humanité ont été mis en avant :

- notion de famille humaine (déclaration universelle des droits de l'homme de 1948)

- prise en compte de la diversité intrinsèque de l'humanité : culture patrimoine commun de l'humanité, dignité intrinsèque de tous les membres de la famille humaine, préservation de l'espèce humaine
- émergence des droits de droit des générations futures (déclaration sa protection d'atmosphère de La Haye de 1989, déclaration sur le droit des peuples à la paix du 12 novembre 1984, déclaration sur la responsabilité des générations présentes à l'égard des générations futures du 12 novembre 1997 de l'Unesco)
- reconnaissance de l'importance de la protection de l'environnement pour l'Humanité déclaration de Stockholm de 1972, charte mondiale de la nature 1982 résolution du conseil des droits de l'homme du 24 mars 2011 déclaration de Johannesburg sur le développement durable 2002)

Textes émanant strictement de la société civile

- charte des droits des générations futures du commandant Cousteau de 1979
- déclarations de Buenos Aires sur les droits d'humanité adoptée en novembre 1989
- déclaration de Cochabamba du 22 avril 2010
- déclaration universelle du bien commun de l'humanité 2012

Les droits de l'humanité viennent compléter les droits de la première et de la deuxième génération, à une époque où les drames, les menaces, les défis sont immenses à court et à long terme.

Il s'agit de prendre en compte cet immense patrimoine juridique de protection des droits de l'homme et des peuples et, en même temps, de franchir un cap nouveau dans le temps et l'espace, en proclamant des droits de l'humanité.

Comme le dit le professeur Zarka : « la Déclaration des droits de l'homme a permis la résistance à l'oppression politique qui frappe les individus ou les peuples, la Déclaration des droits de l'humanité aurait pour objet de permettre, non seulement la lutte contre l'oppression, mais aussi la lutte ou la résistance contre la surexploitation illimitée et destructrice à laquelle est soumise la terre - sol ».

En effet, le corpus du droit international des droits de l'homme ne consacre pas expressément le droit à un environnement sain en tant que tel, même si la Déclaration universelle des droits de l'homme évoque les exigences du « bien-être général dans une société démocratique ».

La conférence de Cancún, en 2010, a souligné dans le 8° de sa première partie que les Parties devraient pleinement respecter les droits de l'homme dans toutes les mesures ayant trait aux changements climatiques.

Cette Déclaration a donné lieu à un travail important : en 2012, le Conseil des droits de l'homme des Nations Unies a nommé John Knox en tant que premier expert indépendant sur les droits de l'homme et sur l'environnement. Son mandat était d'étudier les obligations relatives aux droits de l'homme se rapportant aux moyens de bénéficier d'un environnement sûr, propre, sain et durable et d'identifier les bonnes pratiques dans leur utilisation. Il a publié un rapport expliquant que les États ont des obligations procédurales d'évaluer l'impact environnemental sur les droits de l'homme, de rendre publique l'information sur l'environnement, de faciliter la participation à la prise de décision environnementale et de fournir des solutions de recours.

Selon les accords de Paris,

« les Parties devraient, dans toutes les initiatives relatives aux changements climatiques, garantir le respect intégral de tous les droits de l'homme ».

,la Déclaration de Cancún mentionnait la sauvegarde des

Droits de l'homme par rapport au réchauffement climatique dans un chapitre intitulé « Une vision commune de l'action concertée à long terme » et que tous les textes onusiens des 14 Article 29 Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (DUDH).

Depuis lors, de nombreuses décisions de justice intervenues dans le cadre de ce qu'on appelle la justice climatique considère que le droit climatique c'est-à-dire le droit à un climat préservé est un des droits humains

On observera enfin que très récemment, L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a voté à l'unanimité une résolution pour que la lutte pour un environnement sain, sûr et propre, ne soit plus considérée comme un choix politique, mais comme un droit humain. C'est la première fois dans une institution internationale qui représente plus de 830 millions de citoyens européens, qu'un lien est établi entre environnement, démocratie et Etat de droit. En tout, 7 résolutions ont été adoptées le 15 octobre sur l'environnement et le changement climatique.

C'est la tension entre cette vision commune tant recherchée, à savoir celle de la reconnaissance d'un destin commun de l'humanité et les inégalités produites par l'Histoire et illustrées par les niveaux différents de développement, qui génère toutes les difficultés des négociations entre les Parties et qui se traduit par la formule une responsabilité commune mais différenciée. ¹

¹ cette partie ainsi que la première partie sont profondément inspirés du rapport publié à la documentation française par le groupe de travaux que je présidais et qui était composé de Ahmed

II. Contenu de la déclaration

Pour comprendre le sens de la déclaration universelle des droits de l'humanité convient tout d'abord de la replacer dans la filière de la déclaration universelle des droits de l'homme puis d'en aborder plus précisément le contenu.

II.1 Droits de l'homme et droits de l'humanité

Dans ce contexte, la Déclaration des Droits de l'Humanité constitue le corpus nécessaire à celui, reconnu par les textes, de la nécessaire conjugaison commune entre les droits de l'homme et les actions humaines visant à sauvegarder un climat viable pour toute l'humanité.

Au final, les droits de l'humanité n'auraient pu précéder ceux de l'homme. Et les droits de l'humanité annoncent l'avènement de ceux des générations futures, tout en les englobant.

Il existe à la fois une autonomie et une interdépendance entre les droits de l'humanité et les droits de l'homme. L' Humanité, titulaire des droits et devoirs indivisibles apparaît comme une combinaison interminable, indissociable, d'individus et de groupes de générations.

Si l'humanité est une, cela signifie que les droits dits des générations futures ne sont qu'un aspect des droits de l'humanité et n'ont pas d'autonomie propre. Forgés à l'image de leurs titulaires, les droits de l'humanité présentent deux caractéristiques principales :

ALAMI, Marie-Odile BERTELLA-GEOFFROY, Valérie CABANES ,François DAMERVAL ,Hubert DELZANGLES ,Emilie GAILLARD, Christian HUGLO, Nicolas IMBERT, Adam KONIUSZEWSKI, Jean-Marc LAVIEILLE, Catherine LE BRIS
Bettina LAVILLE Jérémy RIFKIN, Mathieu WEMAERE

- ils sont collectifs
- ils sont intergénérationnels.
-

Ils sont collectifs : ils ne sont pas réductibles à l'addition de droits individuels ; mais ils concernent tous les droits individuels « à cet égard le comité des droits de l'homme des Nations unies a pu indiquer que « tous les efforts que les Etats déploient pour écarter le danger de guerre constituent la condition et la garantie majeure de la sauvegarde du droit à la vie » rappelant ainsi l'interdépendance qui existe entre le droit de l'humanité à la paix et le droit de l'homme à la vie.

Les liens qui se tissent entre les droits de l'homme et les droits de l'humanité ne se limitent pas aux droits civils et politiques concernent aussi les droits économiques et sociaux. Une relation étroite unit en particulier le droit individuel à la santé et le droit de l'humanité à l'environnement » (voir Catherine Le Bris le projet déclaration universel des droits de l'humanité Revue des droits de l'homme 2015).

Enfin, on ne peut mieux faire que se référer au président Costa, ancien président de la cour européenne des droits de l'homme, s'exprimant lors du colloque de Strasbourg consacré à la Déclaration Universelle des Droits de l'Humanité dans la filiation de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme : *« Il n'a cessé rappelé le caractère individualiste de la déclaration des 1948 même si celle-ci se référait à la famille humaine qui est au cœur de la DDHu. Cependant, dès 1948, figurent à côté de droits purement individuels (droit la vie, liberté d'expression interdiction des traitements inhumains) des droits individuels mais qui ne peuvent s'exercer que collectivement (réunion, association, manifestation). Depuis lors, une évolution s'est faite dans les droits humains avec l'apparition progressive de droits collectifs concernant des parties de l'humanité (femmes, enfants, minorités) voire les espèces vivantes avec l'apparition des droits de*

l'animal. Pour le Président Costa, la DDHu constitue « un nouveau pas en avant ».

Rappelant le Président Cassin pour lequel « *il n'y aura pas de paix sur cette terre quand les droits humains seront violés* », le Président Costa a souligné l'importance de la paix dans la DUDH comme dans la DDHu. Il a relevé le caractère polysémique du mot humanité qui n'était ni très ancien et très nouveau. Enfin, en conclusion, *il a estimé qu'à partir du moment où depuis 1945, la notion de crime de l'humanité avait été admise dans le droit international, la notion d'humanité en tant que telle avait été reconnue ; dès lors, si l'humanité pouvait être victime, elle pouvait également être titulaire de droits et de devoirs.*

II.2 Quel est son contenu ? Quels sont les nouveaux principes, droits et devoirs posés par cette déclaration ?

La déclaration repose sur quatre principes, six droits et six devoirs dont le contenu a été commenté par 16 Professeurs de droit européen dans un ouvrage dirigé par Christian Huglo et Fabrice Picot.

Les quatre principes sont ceux de la responsabilité, de la dignité de l'humanité intégrant le droit développement, de l'équité intergénérationnelle et de la pérennité du vivant.

Les six droits sont le droit à l'environnement, le droit au développement, le droit patrimoine commun et mondial, le droit au bien commun ,le droit la paix et le droit au libre choix de son destin.

Les six devoirs se lisent en corrélation :

devoir de respecter les droits de l'humanité,
devoir de préserver le patrimoine et les ressources écologiques
,devoir de préserver les équilibres climatiques,
devoir d'orienter le progrès scientifique et technique,
devoir de promouvoir un développement humain durable
, devoir d'assurer l'efficacité des normes de la Déclaration.

On insistera en particulier sur la reconnaissance des droits de la nature en général avec deux choix essentiels : celui des droits de la nature et des espèces vivantes, celui de l'équité.

En ce qui concerne la nature :

Il s'agit d'une question très complexe car elle est non seulement philosophique mais également économique et politique. Deux conceptions s'affrontent. La DDHu propose d'emprunter une troisième voie.

- La première conception qualifie la nature d'objet au service des êtres humains. C'est une perspective anthropocentrique. L'homme doit régner sur le monde. Le marché ramène la nature à une marchandise, on organise le droit de propriété. Cette logique remonte au moins à la fin du Moyen Âge, puis au siècle des Lumières, elle est dominante ensuite avec le système productiviste.
- La seconde conception est celle d'une nature conçue comme un sujet. C'est une perspective éco-centrique : la Terre est un ensemble vivant, elle a une valeur en elle-même, indépendamment de toute utilité pour l'homme. Cette conception, très ancienne en particulier dans des civilisations d'Amérique, a repris de l'ampleur ces dernières décennies, devant la destruction de la nature, cela sous la forme de Déclarations internationales et de consécration dans des

constitutions.

- Nous avons choisi une troisième voie sous la forme de synthèse : une perspective éco-anthropo-centrique, celle d'une nature conçue comme un projet. Elle est avant tout un patrimoine, c'est-à-dire qu'elle a une valeur intrinsèque (sujet), le vivant dispose de droits et elle est, aussi, essentielle pour les êtres humains (objet) qui doivent transmettre ce patrimoine. La Déclaration évoque donc un certain nombre de droits de la nature et de l'ensemble des espèces vivantes ; elle ne leur donne pas la personnalité juridique mais certains penseront sans doute à une Organisation Mondiale de l'Environnement qui pourrait un jour la représenter

En ce qui concerne l'équité :

- Sa consécration est multidimensionnelle : équité entre générations, équité entre pays, équité entre hommes et femmes, équité par rapport aux situations de pauvreté

déplacements environnementaux, respect des rythmes de vie, équité en liens avec l'unité et les diversités de l'humanité...

Dignité humaine, développement humain et durable sont bien sûr présents dans la Déclaration et participent à cette équité. La Déclaration veut participer à des réponses face à cette soif de justice à travers le temps, les espaces, les peuples et les espèces.

La portée juridique de la Déclaration

La proposition qui est faite est celle d'une Déclaration, dont la portée juridique est modeste puisqu'elle n'est pas contraignante, mais dont l'adoption est beaucoup plus aisée.

Une Déclaration peut être le prélude à des engagements beaucoup plus puissants.

Cependant des principes de droit international de l'environnement et divers droits et devoirs contenus dans des Déclarations peuvent changer de portée juridique et devenir obligatoires dans deux hypothèses :

- soit lorsque, en se répétant dans des Déclarations, ils finissent par devenir des coutumes internationales
- soit lorsqu'un principe migre dans une convention, une constitution, une loi, ou est reprise dans un texte par l'Union européenne ou par une autre organisation régionale ou internationale.

- Enfin, il ne faut pas oublier que les Déclarations peuvent préparer des conventions. La Déclaration des droits de l'enfant (1959) a contribué à préparer la Convention de 1989.

Il en est de même en droit international de l'environnement : le droit de l'homme à l'environnement en gestation en 1972 dans la Déclaration de Stockholm sera finalement adopté lors de la Convention d'Aarhus en 1998.

III La DDHU aujourd'hui : intérêt et portée

Quelques mots d'Histoire. La Déclaration a été rédigée au début de l'année 2015 dans un triple objectif :

- Pour répondre à une préoccupation du président de la République François Hollande de voir reconnue la responsabilité de nos générations dans le temps et dans l'espace
- Puis pour répondre à la nécessité de passer aux droits et devoirs collectifs
- Enfin pour répondre de manière plus large aux défis de l'humanité : paix, progrès technologique, biens communs etc...

Une diffusion planétaire

Diffusée à la demande du Président de la République aux participants de la COP 21, elle n'a évidemment pas pu y être discutée. Cependant, depuis lors, elle s'est largement diffusée au sein de la société civile. Aujourd'hui, c'est probablement un des seuls textes qui soit signé et reconnu par des entités publiques nombreuses (de grandes villes comme Paris Madrid Copenhague ou Philadelphie, une vingtaine de villes françaises, et surtout par l'association CGLU cités et groupements locaux unis qui regroupent 240 000 villes dans le monde, 5 700 000 000 d'individus ; cette association a fait de la déclaration un élément central de sa stratégie, S'ajoutent des maires francophones, l'association des parlementaires de la Méditerranée. Les entités privées sont également très nombreuses : tout le barreau français, une vingtaine de barreaux étrangers, la confédération des barreaux européens, une soixantaine d'organisations non-gouvernementales dont 10 ont un statut ecosoc, les maisons de la francophonie, des universités américaines, italiennes françaises, enfin une cinquantaine d'entreprises. Elle est traduite dans une quarantaine de langues, diffusée par près de 200 ambassadeurs dans le monde.

2 Un intérêt spécifique

Ceci s'explique sans doute dans la mesure où ce texte présente un intérêt particulier et répond aux enjeux posés par l'anthropocène.

Intérêt

- C'est le seul texte signé par la sté civile et les entités publiques
- C'est le Seul texte à lier des sujets traités habituellement de manière séparée
- Il s'inscrit en complément naturel et nécessaire de la DUDH
- Il s'inscrit dans le contexte actuel de progression du droit souple

Une réponse aux enjeux de l'anthropocène

Ce texte simple composé de quatre principes six droits et six devoirs traite en réalité de tous les grands enjeux actuels :

- Rapport vivant /humanité
- Droits et devoirs collectifs /droits et devoirs individuels
- Equité intergénérationnelle
- Préservation des ressources
- Gestion du progrès technologique
- approche globale des enjeux d'humanité

Ces sujets ces sujets majeurs ont été encore renforcés et mis en valeur par la Covid qui a posé de manière extrêmement concrète un certain nombre de questions traitées par la déclaration :

- rapports collectif/individuel, droits et devoirs, rapport au vivant
- Evolution technol pose la question du sens du progrès : transhumanisme,
- Biens communs : climat, eau, vaccins etc

Et l'évolution du droit récent en a conforté le bien-fondé. La reconnaissance du droit climatique comme un droit humain dans de nombreuses décisions rendues dans le cadre de la justice climatique ou encore la décision de la cour constitutionnelle de Karlsruhe rendue à propos de la loi climatique allemande qui reconnaît les droits des générations futures et censurent la loi du fait des atteintes portées aux droits et libertés de ces dernières en est un parfait exemple

• En conclusion, la Déclaration universelle des droits de l'humanité propose réellement un changement de paradigme

Elle participe du paradigme d'humanité en vertu duquel la communauté humaine mondiale se pense et vit désormais en conscience de partage d'une communauté de destin. Il s'agit de consacrer un humanisme juridique transfiguré et adapté aux enjeux environnementaux et sanitaires globaux et transports temporels parmi lesquels figure la complexe problématique du réchauffement climatique

La finitude des existants individuels des ressources naturelles sont désormais systèmes avec un tout l'humanité cette dernière est animée par un nouvel impératif qui d'autres poursuivent un objectif de perpétuation durable et saine de la vie sur terre. En d'autres termes l'objectif commun autour duquel les nations sont ici conviées à se réunir n'est autre que la recherche d'assurer la survie de l'humanité et du vivant et d'assurer le maintien des conditions indispensables de cette survie.

C'est un nouveau pacte social aux allures d'un pacte de civilisation dans le temps et dans l'espace qu'il s'agit de formuler.

Cette projection de l'humanité dans l'avenir en tant que gardien responsable des conditions de vie des générations futures est une véritable révolution juridique

La procédure civile à l'heure des réformes : succès et limites

Cédric CHAPELLE - Docteur en droit privé qualifié aux fonctions
de maître de conférences - Juriste en droit immobilier -
Chargé d'enseignement à l'Université Côte d'Azur

La procédure civile : une matière sans cesse réformée. Un décret n° 2021-1322 du 11 octobre 2021 est venu apporter des modifications à certaines règles de procédure civile... une nouvelle fois ! Depuis de nombreuses années, la procédure civile fait en effet l'objet de plusieurs réformes, faisant parfois tourner la tête aux praticiens (avocats, magistrats, juristes ou encore enseignants et enseignants chercheurs) lesquels doivent, non sans difficultés, s'adapter aux nouvelles évolutions de la matière. Il a ainsi pu être relevé que « *les réformes sont perpétuelles et s'enchaînent à un rythme soutenu, voire frénétique* »¹. Ce rythme n'est pas surprenant dans la mesure où les ambitions de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (aussi dénommée « loi PRJ »), ayant pour objectif de simplifier la procédure civile, laissaient présager que plusieurs textes allaient venir, et viendront encore, retoucher la matière. Cette succession de réformes se comprend aisément au regard de la volonté de perfectionner les règles du procès et de sécuriser l'instance afin de contribuer à l'efficacité de la justice, et par conséquent obtenir la confiance des justiciables en l'institution judiciaire.

Loi du 23 mars 2019 et décret du 11 décembre 2019. La réforme la plus marquante de la procédure civile de ces dernières années reste certainement celle opérée par la loi du 23 mars 2019 et un de ses décrets d'application, le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019. Ce décret est le vivier de plusieurs mesures phares : notamment, il adapte le Titre 1^{er} du code de procédure civile à la suite de la création du tribunal judiciaire² ; il unifie les modes de saisine du

¹ Marie-Cécile LASSERRE, *Cours de procédure civile*, Gualino, coll. Amphi LMD, 2^{ème} édition, p. 22, spéc. § 7.

² voir également le décret n° 2019-965 du 18 septembre 2019 portant substitution du tribunal judiciaire au tribunal de grande instance et au tribunal d'instance dans les textes réglementaires en application de l'article 95 de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

tribunal judiciaire en ne laissant subsister que l'assignation et la requête ; il prévoit le principe d'assignation avec prise de date dont l'application a été maintes fois reportées par la suite ; il élargit les cas de représentation obligatoire par avocat ; il institue une procédure sans audience devant le tribunal judiciaire renforce les pouvoirs du juge de la mise en état ; il facilite le règlement des difficultés d'incompétence au sein d'un même tribunal judiciaire ; il encourage davantage l'usage des modes amiables de résolution des différends en imposant, dans certaines situations, le recours à une tentative préalable obligatoire de résolution amiable du litige¹.

Réformes suivantes. Depuis l'importante réforme de la procédure civile initiée en 2019, et en réponse aux revendications des praticiens, d'autres textes sont intervenus pour rectifier certaines incohérences ou/et apporter de nouvelles mesures. C'est le cas du décret n° 2020-1452 du 27 novembre 2020 qui, dans son objet, indique qu'il « *ajuste diverses dispositions à la suite de l'entrée en vigueur du décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019 réformant la procédure civile* »². Le décret modifie les exigences tenant à l'acte introductif d'instance, supprime diverses mentions obligatoires devant apparaître sur l'assignation et la requête, il prévoit l'obligation de communiquer le projet d'assignation au greffe du tribunal judiciaire pour obtenir une date d'audience, il étend la possibilité de statuer sans audience et précise cette procédure ainsi que les procédures dans lesquelles le juge dispense une partie de se présenter à une audience ultérieure. Il prévoit également quelques dispositions pour la procédure d'appel.

C'est aussi le cas plus récent du décret n° 2021-1322 du 11 octobre 2021 relatif à la procédure d'injonction de payer, aux décisions en matière de contestation

¹ Etant précisé que le législateur, par la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle du 18 novembre 2016, manifestait déjà sa volonté d'accorder une place importante aux MARD.

² voir « OBJET » sur Légifrance, décret n° 2020-1452 du 27 novembre 2020 portant diverses dispositions relatives notamment à la procédure civile et à la procédure d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions

des honoraires d'avocat et modifiant diverses dispositions de procédure civile qui clarifie les règles de procédure civile relatives à l'assignation à date, rétablit la possibilité de procéder au dépôt du dossier en procédure écrite, précise l'articulation entre l'obligation de tenter un mode alternatif de règlement des différends préalable à la saisine du juge et la possibilité de saisir la juridiction d'une demande de conciliation, supprime le caractère automatique de la purge des vices de procédure et fins de non-recevoir lors de la conclusion d'une convention de procédure participative et confère à l'expertise décidée dans le cadre de cette procédure participative une valeur identique à celle de l'expertise judiciaire.

Questionnements. L'objectif principal de toutes ces réformes est celui fixé par la loi du 23 mars 2019, à savoir simplifier la procédure civile et la rendre plus cohérente. Il est donc judicieux, en l'état des modifications déjà apportées, de se demander si cette promesse est tenue. Les dernières réformes apportent-elles réellement une amélioration à la procédure civile ainsi qu'une meilleure lisibilité de ses règles ? La réponse n'est pas vraiment évidente. Si certaines mesures se caractérisent par une certaine réussite, d'autres - dont certaines ont, à peine instaurées, déjà fait l'objet d'une modification - interrogent et permettent d'identifier quelques difficultés ou lacunes.

Plan. Cette contribution n'ambitionne pas de détailler l'ensemble des mesures réformant la procédure civile, en l'état de leur grand nombre. L'étude tend en revanche à se concentrer sur les plus pertinentes d'entre elles. Ainsi, seront étudiés successivement :

- le développement des modes amiables de résolution des différends (I) ;
- les améliorations de la mise en état tant judiciaire que conventionnelle (II) ;
- l'incident de compétence spécifique au tribunal judiciaire (III) ;

- et la généralisation de la prise de date de laquelle dépend l'enrôlement de l'affaire (IV).

I. Le développement des modes amiables de résolution des différends

De l'incitation à l'obligation. Depuis de nombreuses années, le législateur n'a pas caché sa volonté d'accorder une place toujours plus importante à la résolution amiable des litiges dans le processus de règlement d'un conflit, afin d'économiser l'étape d'un procès pour les parties et résoudre la problématique de l'engorgement des tribunaux. Cette prise en compte des modes amiables de résolution des différends s'est effectuée en plusieurs étapes, en commençant par l'incitation, pour aboutir aujourd'hui, dans certains cas, à une véritable obligation. A l'origine, le législateur « encourageait », les parties à recourir à une résolution négociée de leur litige. C'est ainsi qu'après l'entrée en vigueur du décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 :

- l'ancien article 56 du code de procédure civile, listant les mentions obligatoires de l'assignation, indiquait que « *sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, l'assignation précise également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige* »
- l'ancien article 58 du code de procédure civile, listant les mentions obligatoires de la requête et de (feue) la déclaration précisait que « *sauf justification d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, la requête ou la déclaration qui saisit la juridiction de première instance précise*

également les diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige ».

Même si ces règles étaient formulées sous forme d'obligation, elles s'analysaient davantage en une incitation à recourir aux modes amiables. En effet, elles ne possédaient aucune force contraignante puisqu'elles n'étaient assorties d'aucune sanction ; l'ancien article 127 du code de procédure civile permettait seulement au juge, en l'absence de justification des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, de proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation.

Ce n'est que par la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle du 18 novembre 2016 que le législateur a rendu le recours aux modes amiables de résolution des différends plus contraignant. Au départ, son article 4 prévoyait qu'« *à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe doit être précédée d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice [...] »*. Ainsi, devant le tribunal d'instance saisi par le biais d'une déclaration au greffe, l'absence d'organisation d'une tentative de conciliation préalable conduisait à l'irrecevabilité des prétentions du demandeur tirée d'une fin de non-recevoir. Pour autant, cela n'était pas suffisant car le champ d'application de cette obligation était trop limité.

Elargissement de l'obligation de recourir à un mode amiable préalable. Le décret du 11 décembre 2019, en créant l'article 750-1 du code de procédure civile, est venu étendre les hypothèses dans lesquelles un mode amiable préalable devient obligatoire pour les parties. Cette disposition prévoit qu'« *à peine d'irrecevabilité que le juge peut prononcer d'office, la demande en justice doit être précédée, au choix des parties, d'une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, d'une tentative de médiation ou d'une tentative de procédure participative, lorsqu'elle tend au paiement d'une somme n'excédant*

pas 5 000 euros ou lorsqu'elle est relative à l'une des actions mentionnées aux articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire ». Dès lors, avant toute saisine du tribunal judiciaire, que ce soit par assignation ou par requête, les parties doivent avoir tenté de parvenir à une résolution négociée du litige si le montant du litige n'excède pas 5 000 euros ou si la matière du litige trait à un conflit de voisinage (les articles R. 211-3-4 et R. 211-3-8 du code de l'organisation judiciaire visés par l'article 750-1 concernent l'action en bornage, les actions relatives aux distances, les actions relatives aux plantation ou l'élagage d'arbres ou de haies, les actions relatives aux constructions et travaux notamment relatifs aux puits, fosses, cheminées, les actions relatives au curage des fossés et canaux servant à l'irrigation des propriétés ou au mouvement des usines et moulins ou encore les actions relatives à certaines servitudes). Cette règle est la bienvenue car elle élargit également les formes, et par conséquent les modalités, que peut prendre la résolution amiable du litige : ainsi les parties peuvent procéder, à leur choix, à une conciliation, à une médiation ou à une procédure participative.

Par ailleurs, le législateur, toujours dans sa volonté d'accroître le recours aux modes amiables avant la saisine du juge a, par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, modifié l'article 4 de la loi du 18 novembre 2016, et par conséquent l'article 750-1 du code de procédure civile, en étendant l'obligation de tenter un préalable amiable à l'hypothèse du trouble anormal de voisinage¹, c'est-à-dire dans les litiges relatifs aux nuisances dépassant les nuisances normales de voisinage (lesquels sont différents des conflits de voisinage). Cette extension semble logique au regard de la spécificité des troubles anormaux de voisinage qui peuvent, dans la majorité des cas, trouver une solution par le biais d'un dialogue.

¹ Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, art. 46.

Pluralité de sanctions. La dimension coercitive de l'article 750-1 du code de procédure civile se renforce au regard des sanctions auxquelles conduit l'absence d'organisation d'un mode amiable préalable. En effet, le fait de ne pas tenter une résolution amiable préalable lorsque le litige entre dans les conditions de cet article conduit tout d'abord, comme le prévoit expressément le texte, à une irrecevabilité des demandes, donc à une fin de non-recevoir dont le régime est détaillé aux articles 122 et suivants du code de procédure civile. Même si aucune règle ne le précise, il est évident que cette fin de non-recevoir n'est pas susceptible d'être régularisée dans la mesure où le juge a déjà été saisi, ce qui a fait perdre à l'obligation d'organiser un mode amiable préalable toute sa substance. Pour s'en convaincre, l'on peut faire une analogie avec le régime modes amiables préalables conventionnels (lorsqu'une clause d'un contrat prévoit qu'avant toute saisine d'un juge pour un litige découlant de l'exécution du contrat, il est obligatoire pour les parties d'organiser un mode amiable). A ce sujet, la Cour de cassation, réunie en chambre mixte, a pu juger que « *la situation donnant lieu à la fin de non-recevoir tirée du défaut de mise en œuvre d'une clause contractuelle qui institue une procédure, obligatoire et préalable à la saisine du juge, favorisant une solution du litige par le recours à un tiers, n'est pas susceptible d'être régularisée par la mise en œuvre de la clause en cours d'instance* »¹. Cette solution est nécessairement transposable aux modes amiables préalables légaux.

Ensuite, le défaut d'organisation d'un mode amiable préalable obligatoire, peut également entraîner une nullité pour vice de forme de l'acte introductif d'instance. Effectivement, depuis le décret du 11 décembre 2019, l'article 54, 5° du code de procédure civile prévoit qu' « *à peine de nullité, la demande initiale mentionne [...] lorsqu'elle doit être précédée d'une tentative de conciliation, de médiation ou de procédure participative, les diligences entreprises en vue d'une résolution amiable du litige ou la justification de la dispense d'une telle*

¹ Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684.

tentative ». Il est évident que dans l'hypothèse où une tentative de résolution amiable du litige n'a pas été effectuée alors qu'elle était obligatoire, le demandeur n'a pas, en toute logique, pu mentionner dans son assignation ou sa requête les diligences entreprises en vue de parvenir à la résolution amiable de litige. L'acte introductif d'instance encourt alors la nullité pour vice de forme à charge pour le défendeur qui l'invoque de démontrer que cette irrégularité lui a causé un grief¹, ce grief pouvant être qu'il s'est vu privé d'une résolution négociée de son litige alors que la loi lui en offrait la possibilité et qu'il s'est trouvé dans l'obligation d'exposer des frais pour assurer sa défense.

Difficultés. Il est certain que les dernières réformes de la procédure civile ont fortement participé à l'essor des modes amiables de résolution des différends. Cela contribue, à terme, au désengorgement des juridictions et à une résolution plus apaisée des litiges puisque le dialogue est privilégié. Toutefois, il convient de relever deux difficultés persistantes dans la mise en œuvre de l'obligation de procéder à un mode amiable de résolution des différends avant de saisir le juge. Ces difficultés découlent de la pratique.

Difficulté relative au comportement des parties. La première difficulté provient du comportement de certaines parties qui viennent délibérément augmenter le montant de leurs demandes afin de dépasser le seuil de 5 000 euros fixé par l'article 750-1 du code de procédure civile et ainsi, échapper à l'obligation d'organiser une tentative de résolution amiable du litige. Il est évident que, lorsqu'un litige entre *a priori* dans le cadre des hypothèses de l'article 750-1 du code de procédure civile, les demandeurs, par mauvaise foi et en l'absence de volonté de régler leur litige à l'amiable, vont formuler des demandes de dommages et intérêts supérieures à ce qu'elles valent réellement. Cette stratégie

¹ CPC, art. 114 al. 2 : « La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public ».

procédurale représente un frein à l'essor du recours aux modes amiables de résolution des différends. Ne faudrait-il dès lors pas envisager de hausser le seuil prévu à l'article 750-1 du code de procédure civile ou bien généraliser l'obligation d'organiser un mode amiable préalable à tous les conflits se présentant devant le tribunal judiciaire ? Ces solutions paraissent difficilement envisageables car elles porteraient atteinte à l'accès au juge que les modes amiables ne doivent pas entraver, d'autant plus que certains litiges portés devant le tribunal judiciaire, à l'image du contentieux sur les conditions des funérailles ou le contentieux électoral, ne se prêtent pas nécessairement et aisément à l'organisation d'un mode amiable préalable.

Pour remédier plus ou moins à cette difficulté, il convient de signaler l'existence de l'injonction de rencontrer un médiateur. Depuis la loi du 23 mars 2019, l'article 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative prévoit qu' « *en tout état de la procédure, y compris en référé, lorsqu'il estime qu'une résolution amiable du litige est possible, le juge peut, s'il n'a pas recueilli l'accord des parties, leur enjoindre de rencontrer un médiateur qu'il désigne et qui répond aux conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. Celui-ci informe les parties sur l'objet et le déroulement d'une mesure de médiation* ». Cette mesure est opportune car elle permet au juge d'imposer implicitement une médiation aux parties et par conséquent de les sensibiliser à la résolution amiable de leur litige, alors même que leur litige n'entre pas dans le champ d'application de l'article 750-1 du code de procédure civile.

Difficulté relative au motif légitime tenant aux circonstances de l'espèce du litige. La seconde difficulté réside dans les exceptions permettant de ne pas organiser un mode amiable préalable légal, et en particulier l'une d'entre elles. L'article 750-1, 3° du code de procédure civile précise que les parties sont dispensées de procéder à un mode amiable préalable s'il est justifié d'un « *motif*

légitime tenant soit à l'urgence manifeste soit aux circonstances de l'espèce rendant impossible une telle tentative ou nécessitant qu'une décision soit rendue non contradictoirement soit à l'indisponibilité de conciliateurs de justice entraînant l'organisation de la première réunion de conciliation dans un délai manifestement excessif au regard de la nature et des enjeux du litige ». C'est la notion de « *motif légitime tenant aux circonstances de l'espèce* » qui attire l'attention, et précisément la question de savoir ce que recouvre un tel motif légitime. La formulation employée par l'article 750-1 du code de procédure civile est large et ne permet pas d'obtenir une définition claire. Il est loisible de reprocher au législateur de ne pas avoir apporté de définition à cette expression, ni même d'avoir donné d'illustrations concrètes. Cependant, il est nécessaire d'être réaliste et d'accepter qu'une telle définition est impossible à apporter au regard de la variété de situations recouvrant le motif légitime tenant aux circonstances de l'espèce. L'article 750-1 du code de procédure civile ne peut logiquement pas envisager et lister toutes les situations qui constitueraient un motif légitime. La solution ne peut qu'être de nature jurisprudentielle. Pour exemple, il est possible de citer une décision du tribunal judiciaire d'Amiens du 24 juillet 2020 aux termes de laquelle le juge a considéré que le fait pour une des parties au litige de s'être opposée catégoriquement aux mises en demeure adressées par l'autre partie en vue de résoudre le litige à l'amiable, avant toute saisine d'un juge, rendait cette résolution amiable impossible et constituait un motif légitime pour s'exonérer de la tentative de résolution amiable mentionnée à l'article 750-1 du code de procédure civile¹.

La difficulté d'apporter une définition à la notion de « *motif légitime tenant aux circonstances de l'espèce* » en fait inévitablement naître une autre. Le fait pour

¹ Tribunal judiciaire d'Amiens, 24 juillet 2020, n° 11-20-000327 : « [...] il ressort que suite à la mise en demeure d'avocat, la SARL HAP IMMOBILIER s'est opposée de façon catégorique aux demandes. Compte tenu de cette opposition ferme et sans appel, il est manifeste que la résolution amiable du litige était impossible. Dès lors, Monsieur Y X justifie d'un motif légitime pour s'exonérer de la tentative de résolution amiable mentionnée à l'article 750-1 du code de procédure civile ».

les parties au litige de savoir si la situation entre ou non dans un cas de motif légitime tenant aux circonstances de l'espèce suppose de saisir le juge pour qu'il se prononce à ce sujet. Ceci engendre une perte de temps pour le justiciable dans la résolution de son litige et peut conduire à un engorgement des tribunaux, alors que l'obligation de procéder à un mode amiable de résolution des différends a justement pour objectif d'éviter l'encombrement des juridictions. Comme le relève à juste titre le professeur Corinne BLERY, « *l' "amiable" devient lui-même objet de contentieux, car ses contours ne sont pas nets et qu'il faut donc les définir* ». Il y a fort à (tristement) parier que plus d'un arrêt sera nécessaire pour les définir... »¹.

II. L'amélioration de la mise en état judiciaire et de la mise en état conventionnelle

Pouvoirs du juge de la mise en état et fins de non-recevoir. La mise en état, véritable phase d'instruction au cours de l'instance qui a pour but de « *préparer le jugement et purger l'affaire de son contentieux accessoire* »², reste une étape cruciale dans le processus judiciaire. Le législateur a démontré sa volonté d'améliorer sans cesse phase de l'instance, notamment en renforçant les pouvoirs du juge de la mise en état au fil des réformes. L'article 789 du code procédure civile est une disposition importante dans la mesure où il liste les pouvoirs exclusifs du juge de la mise en état lorsqu'il est désigné. Avant le décret du 11 décembre 2019, l'ancien article 771 du code de procédure civile disposait qu'après sa désignation, le juge de la mise en état était, jusqu'à son dessaisissement, exclusivement compétent pour :

¹ Corinne BLERY, « Oralité classique et amiable préalable obligatoire : des précisions », Dalloz actualité, 15 juillet 2021.

² Mehdi KEBIR, « Réforme de la procédure civile : promotion de la mise en état conventionnelle et extension des pouvoirs du JME », Dalloz actualité, 23 décembre 2019.

- statuer sur les exceptions de procédure, les demandes formées en application de l'article 47 du code de procédure civile et sur les incidents mettant fin à l'instance
- allouer une provision pour le procès
- accorder une provision au créancier lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable
- ordonner toutes autres mesures provisoires, même conservatoires, à l'exception des saisies conservatoires et des hypothèques et nantissements provisoires, ainsi que modifier ou compléter, en cas de survenance d'un fait nouveau, les mesures qui auraient déjà été ordonnées
- ordonner, même d'office, toute mesure d'instruction.

Le juge de la mise en état n'était donc pas compétent pour statuer sur une fin de non-recevoir, la raison étant que s'il était amené à statuer sur une fin de non-recevoir, le juge de la mise en état était parfois amené à connaître du fond du litige. La Cour de cassation, dans un avis du 13 novembre 2006 au cours duquel il lui avait été demandé si les fins de non-recevoir entraient dans la catégorie des incidents mettant fin à l'instance pour lesquels le juge de la mise en état possède une compétence exclusive, avait en effet décidé que « *Les incidents mettant fin à l'instance visés par le deuxième alinéa de l'article 771 du nouveau code de procédure civile [789 CPC] sont ceux mentionnés par les articles 384 et 385 du même code et n'incluent pas les fins de non-recevoir* »¹. Cette solution avait été considérée comme « *raisonnable, la fin de non-recevoir étant plus proche de la défense au fond que de l'exception* »². Dans un autre avis du 13 février 2012, la Cour de cassation avait été plus claire en jugeant que « *sauf dispositions spécifiques, le juge ou le conseiller de la mise en état n'est pas compétent pour*

¹ Cass., avis, 13 nov. 2006, n° 06-00.012, P, n° 10 ; BICC 1er févr. 2007, p. 22, rapp. Guilguet-Paute.

² Pierre JULIEN, « Procédure civile et voies d'exécution : juin 2006 - décembre 2006 », D., 2007, p. 1380.

statuer sur une fin de non-recevoir ». Depuis le décret du 11 décembre 2019, cette « incompétence » appartient au passé puisque l'article 789, 6° du code de procédure civile prévoit que le juge de la mise en état est compétent pour statuer sur les fins de non-recevoir. Il faut admettre que cette évolution est la bienvenue et apporte davantage de cohérence à la procédure de mise en état qui, pour rendre l'affaire en état d'être jugée, a pour but de purger la procédure de tous ses problèmes procéduraux, les fins de non-recevoir s'apparentant à ce genre de « problèmes ». La réforme va même plus loin puisque l'article 789, 6° règle la difficulté relative au juge de la mise en état amené à trancher sur le fond de l'affaire lorsqu'il doit statuer sur une fin de non-recevoir. En effet, cette disposition ajoute que *« lorsque la fin de non-recevoir nécessite que soit tranchée au préalable une question de fond, le juge de la mise en état statue sur cette question de fond et sur cette fin de non-recevoir. Toutefois, dans les affaires qui ne relèvent pas du juge unique ou qui ne lui sont pas attribuées, une partie peut s'y opposer. Dans ce cas, et par exception aux dispositions du premier alinéa, le juge de la mise en état renvoie l'affaire devant la formation de jugement, le cas échéant sans clore l'instruction, pour qu'elle statue sur cette question de fond et sur cette fin de non-recevoir. Il peut également ordonner ce renvoi s'il l'estime nécessaire »*. Ce dispositif a le mérite d'être très détaillé et sécurise au mieux la situation dans laquelle le juge de la mise en état est amené, en même temps qu'il statue sur une fin de non-recevoir, à se prononcer sur une question de fond qui en dépend.

Difficulté : procédure d'appel et mise en état. Il est à regretter que les réformes de la procédure civile n'aient pas envisagé certaines difficultés rencontrées en pratique par le régime de la mise en état, et particulièrement lorsqu'elle est instaurée en cours d'appel. L'on est en effet amené à regretter que les dispositions relatives aux pouvoirs du conseiller de la mise en état ne permettent pas de déterminer précisément quels sont ses pouvoirs exclusifs.

Ce problème a pu se rencontrer à la suite d'un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 10 décembre 2020¹. Dans le cadre d'une instance en divorce, ayant conduit à une procédure en appel instruite sous le contrôle d'un conseiller de la mise en état, un ex-époux avait formulé devant la formation de jugement de la cour d'appel, et non devant le conseiller de la mise en état, une exception de procédure tendant à voir prononcer la nullité de la signification du jugement de première instance le condamnant à verser une prestation compensatoire à son ex-femme. La Cour de cassation, confirmant l'arrêt d'appel, a considéré que la demande de nullité de l'appelant était irrecevable puisqu'il lui revenait de formuler sa demande de nullité devant le conseiller de la mise en état, et non devant la formation de jugement : « *Il résulte des articles 74 et 914 du code de procédure civile que les exceptions de nullité d'actes de procédure doivent être soulevées avant toute défense au fond, dans des conclusions spécialement adressées au conseiller de la mise en état* ». Cette décision laisse sous-entendre que le conseiller de la mise en état est, dès sa désignation, exclusivement compétent pour statuer sur une exception de procédure. C'est sur ce point que naît une difficulté. En effet, de nombreux avocats, en procédure d'appel où un conseiller de la mise en état est désigné, sont amenés à se tromper et à formuler à la formation de jugement des demandes qui relèvent de la compétence exclusive du conseiller de la mise en état. Mais cette erreur résulte nécessairement d'une difficulté d'interprétation et d'articulation des dispositions du code de procédure civile qui définissent d'un côté les pouvoirs du juge de la mise en état et, de l'autre, ceux du conseiller de la mise en état. En effet, l'article 907 du code de procédure civile indique qu'en appel, « *l'affaire est instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre à laquelle elle est distribuée, dans les conditions prévues par les articles 780 à 807 [dispositions relatives au juge de la mise en état devant le tribunal judiciaire] et sous réserve des dispositions qui suivent* ». Il est *a priori* permis de considérer,

¹ Cass. 1^{ère} civ., 10 déc. 2020, n° 19-22609.

par transposition, que le conseiller de la mise en état serait compétent pour statuer sur les exceptions de procédures puisque l'article 789 du code de procédure civile, auquel renvoie l'article 907, réserve ce pouvoir au juge de la mise en état. C'est toutefois sans compter sur la présence de l'article 914 du code de procédure civile, spécifique à la procédure de mise en état devant la cour d'appel, qui vient complexifier le raisonnement. Cet article dispose que le conseiller de la mise en état est seul compétent pour statuer sur les demandes tendant à voir prononcer la caducité de l'appel, déclarer l'appel irrecevable et trancher à cette occasion toute question ayant trait à la recevabilité de l'appel, déclarer les conclusions irrecevables en application des articles 909 et 910 du code de procédure civile et déclarer les actes de procédure irrecevables en application de l'article 930-1 du même code. La rédaction de cet article mène à croire que les pouvoirs exclusifs du conseiller de la mise en état sont limités aux seules hypothèses qu'il liste, et, cette disposition ne prévoyant pas que le conseiller de la mise en état est compétent pour se prononcer sur une exception de procédure, il serait alors possible de considérer que cette prérogative est partagée avec la formation de jugement de la cour d'appel. Fort heureusement, l'arrêt du 10 décembre 2020 résout ce souci, mais il aurait été judicieux que le décret du 11 décembre 2019 ou les autres textes suivants réformant la procédure civile appréhendent cette difficulté qui, si elle persiste, conduira à la commission d'autres erreurs procédurales du même type.

L'amélioration de la mise en état conventionnelle. La mise en état d'une affaire n'est pas seulement de nature judiciaire. Elle peut aussi se dérouler sous l'égide des parties au litige, par la conclusion, à tout moment de l'instance, d'une convention de procédure participative aux fins de mise en état¹. Ce processus permet aux parties de procéder, à leur rythme, selon leurs conditions, et à frais

¹ CPC, art. 1546-1 ; C. civ., art. 2062 : « *La convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige* ».

maîtrisés, à la mise en état de leur affaire, ce qui, idéalement, est susceptible de conduire à la résolution négociée de leur litige. Dans le cadre de la procédure participative aux fins de mise en état, le deuxième alinéa de l'article 1546-1 du code de procédure indique, depuis le décret du 11 octobre 2021, que « *les parties ont, à tout moment, **la possibilité** de renoncer expressément à se prévaloir de toute fin de non-recevoir, de toute exception de procédure [...] à l'exception de celles qui surviennent ou sont révélées postérieurement à la signature de la convention de procédure participative* ». Avant la modification opérée par le décret, cette disposition prévoyait que la signature d'une convention de procédure participative aux fins de mise en état « *vaut renonciation* » de chaque partie à se prévaloir d'une fin de non-recevoir, de toute exception de procédure et des dispositions de l'article 47 du code de procédure civile. Cette automaticité de la renonciation constituait un risque procédural pour le défendeur si, à l'issue de la mise en état conventionnelle, il se trouvait privé d'invoquer un moyen de défense déterminant. Ce danger pesait également sur l'avocat dont la responsabilité professionnelle pouvait ainsi être engagée. Ces éléments constituaient de véritables obstacles à l'attractivité de la convention de procédure participative que le législateur espérait. Fort heureusement, depuis le décret du 11 octobre 2021, la renonciation à se prévaloir des moyens de défense lors de la signature d'une convention de procédure participative aux fins de mise en état n'est plus qu'une faculté.

III. L'exception d'incompétence spécifique au tribunal judiciaire

Nouveauté en matière d'incompétence juridictionnelle. Le décret du 11 décembre 2019 a créé l'article 82-1 du code de procédure civile qui dispose que par dérogation aux dispositions relatives à l'incompétence juridictionnelle, « *les questions de compétence au sein d'un tribunal judiciaire peuvent être réglées avant la première audience par mention au dossier, à la demande d'une partie ou*

d'office par le juge ». Cet article institue donc, aux côtés de l'exception d'incompétence traditionnelle prévue aux articles 75 et suivants du code de procédure civile, un régime d'incompétence dérogatoire uniquement devant le tribunal judiciaire. L'article 82-1 du code de procédure civile simplifie donc le règlement des questions de compétence au sein d'un tribunal judiciaire (en ce compris les juges spécialisés d'un même tribunal judiciaire comme le juge de l'exécution, le juge des contentieux de la protection ou encore le juge aux affaires familiales) et des chambres de proximité qui en dépendent. Grâce à cet incident de compétence particulier, les questions de compétence au sein d'un même tribunal judiciaire sont ainsi réglées par une simple mention au dossier, et ce à la demande des parties ou par le juge. Il faut en revanche insister sur le fait que ce dispositif ne peut être mis en œuvre qu'avant la première audience, c'est-à-dire après distribution de l'affaire et avant l'ouverture des débats. Cela signifie que si la compétence de la juridiction est contestée après l'ouverture des débats, ce ne sera plus le mécanisme de l'article 82-1 du code de procédure civile qui aura vocation à s'appliquer mais celui de l'exception d'incompétence de droit commun des articles 75 et suivants du code de procédure civile.

Apports. L'incident de compétence prévu à l'article 82-1 du code de procédure civile présente l'avantage, lorsqu'il est exercé dans les conditions de cette disposition, d'éviter une procédure d'exception d'incompétence qui prolongerait nécessairement la durée de l'affaire. La pratique de la mention au dossier donne en effet un caractère « quasiment instantané » à la résolution de la question de la compétence de la juridiction. Par ailleurs, ce dispositif, en ce qu'il permet au juge de procéder d'office à la mention au dossier relativement à son incompétence, l'invite à s'assurer de sa compétence dès le commencement même de la procédure, afin d'économiser du temps et, par conséquent, renforcer l'efficacité de la justice. Cet incident de compétence s'applique certes au sein d'un même tribunal judiciaire ainsi qu'aux chambres de proximité de son ressort,

mais il aurait été judicieux qu'il puisse également s'exercer entre les tribunaux judiciaires d'un même département, dans la mesure où, dans un même département, des confusions de compétence entre deux tribunaux judiciaires peuvent être opérées par les parties.

IV. La généralisation de la prise de date et la modification des délais d'enrôlement

Présentation de la prise de date. Le mécanisme de la prise de date découle du fait que, depuis le décret du 11 décembre 2019, l'article 56 du code de procédure civile prévoit que l'assignation doit contenir à peine de nullité pour vice de forme, les lieu, jour et heure de l'audience à laquelle l'affaire sera appelée. Cette disposition consacre le principe même de l'assignation à date. Cette obligation est nécessairement à combiner avec l'article 751 du code de procédure civile énonçant que « *la demande formée par assignation est portée à une audience dont la date est communiquée par le greffe au demandeur sur présentation du projet d'assignation* ». Le ministère de la Justice a insisté sur les intérêts de cette réforme en évoquant qu'elle « *présente l'avantage, pour les avocats et les justiciables, de connaître dès l'introduction de leur demande la date d'audience qui correspond à une audience de plaidoiries s'il s'agit d'une procédure orale, ou à une audience d'orientation s'il s'agit d'une procédure écrite ordinaire* », et qu' « *elle permet [...] aux greffiers de ne plus avoir à convoquer les parties* »¹.

Reports successifs d'entrée en vigueur. La date d'entrée en vigueur de l'assignation à date était originellement prévue au 1^{er} septembre 2020. En raison de difficultés de mise en œuvre à cette date, un décret du 30 juillet 2020 est

¹ Rapport du Ministère de la Justice sur la réforme de la procédure civile, site du ministère de la Justice. http://www.justice.gouv.fr/art_pix/PC_Decret_2019-1333_Presentation_principales_modif.pdf

intervenu pour fixer cette entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2021. Par la suite, un décret du 20 décembre 2020 est venu reporter une nouvelle fois l'obligation de l'assignation à date au 1^{er} juillet 2021, en maintenant toutefois son application au 1^{er} janvier 2021 pour les assignations dans le cadre des procédures de divorce et de séparation de corps. Depuis le 1^{er} juillet 2021, le principe est donc généralisé : pour toutes les procédures initiées par assignation devant le tribunal judiciaire, l'acte doit, pour être valide, mentionner la date, l'heure et le lieu de l'audience.

Processus de la demande de date au greffe. Pour pouvoir indiquer la date de l'audience sur l'assignation, encore faut-il obtenir celle-ci. A cet égard, l'article 751 du code de procédure indique que « *La demande formée par assignation est portée à une audience dont la date est communiquée par le greffe au demandeur sur présentation du projet d'assignation. Un arrêté du garde des sceaux détermine les modalités d'application du présent article* ». Ces modalités ont été définies par un arrêté du 9 mars 2020. Celui-ci prévoit qu'en procédure écrite ordinaire, la date de l'audience est uniquement sollicitée par la voie électronique, via la plateforme e-Barreau (qui permet un échange dématérialisé et facilité entre les avocats et les juridictions). L'arrêté envisage tout de même des exceptions permettant de ne pas utiliser la voie électronique pour solliciter une date et de le faire par tout moyen (téléphone, fax, courrier électronique ou encore déplacement en juridiction). Cela concerne les hypothèses dans lesquelles le demandeur, dispensé de l'obligation de représentation, n'a pas constitué avocat ou lorsque la date ne peut être demandée par voie électronique pour une cause étrangère à celui qui la sollicite.

Par ailleurs, la mise en œuvre de l'article 751 du code de procédure civile est subordonnée à une condition pouvant certes passer inaperçue mais qui a toute son importance, à savoir celle de la présentation du « projet d'assignation ». L'obligation de présenter au greffe un projet d'assignation pour solliciter une date

d'audience a pour objectif de prévenir toutes réservations de dates qui ne seraient pas suivies d'une assignation.

Il ne peut être contesté que l'ensemble de ces modalités, qui sont claires, assure désormais l'efficacité de la prise de date.

Prise de date et délai d'enrôlement : des difficultés pratiques résolues. Si la généralisation de la prise de date est une mesure efficace, il n'en demeure pas moins que les diverses « retouches » de la procédure d'enrôlement (qui dépend nécessairement d'une prise de date préalable) ont été vivement critiquées par les praticiens. Pour rappel, il est de principe qu'après avoir obtenu la date d'assignation et délivré cette dernière au défendeur, le demandeur doit remettre une copie de l'assignation au greffe de la juridiction. Cette remise, lorsqu'elle est régulièrement effectuée, permettra de considérer que la juridiction est saisie du litige. Toutefois, l'enrôlement doit être réalisé dans des délais légaux pour produire tous ses effets.

Avant le décret du 11 octobre 2021, l'article 754 du code de procédure civile prévoyait, à peine de caducité de l'assignation, que « *sous réserve que la date de l'audience soit communiquée plus de quinze jours à l'avance, la remise doit être effectuée au moins quinze jours avant cette date. En outre, lorsque la date de l'audience est communiquée par voie électronique, la remise doit être faite dans le délai de deux mois à compter de cette communication* » et au moins 15 jours avant l'audience. Ce dispositif a scandalisé les praticiens, particulièrement les avocats en tant que premiers concernés, non seulement parce qu'il complexifiait l'introduction de l'instance mais également parce qu'il n'était pas sécurisant. Selon eux, le double délai instauré par cet article transformait la procédure civile en véritable parcours du combattant et était susceptible de conduire trop facilement à la mise en jeu de leur responsabilité civile¹. Le

¹ Olivia DUFOUR, « Justice : "la procédure civile est devenue un escape game !" », site internet Actu-Juridique : <https://www.actu-juridique.fr/justice/justice-la-procedure-civile-est-devenue-un-escape-game/>

professeur Vincent EGEA fait part de ces difficultés dans les termes suivants : « [...] le non-respect des délais d'enrôlement est sanctionné par une caducité que le juge peut relever d'office ou à la requête de la partie adverse. Le prononcé d'une telle caducité de l'assignation peut être désastreux dans la mesure où elle ne produit pas d'effet interruptif de prescription. Aussi, lorsque le demandeur sollicite une date d'orientation, qu'il se trouve chronologiquement très proche de l'expiration du délai de prescription, et que la date d'audience d'orientation lui est communiquée par la voie électronique - entendue comme étant exclusivement le RPVA -, le double délai, plancher et plafond, devait être respecté »¹.

Sensible aux revendications des praticiens, le ministère de la Justice a, par le biais du décret 11 octobre 2021, décidé de ne retenir qu'un seul délai d'enrôlement, applicable à toutes les hypothèses. Ainsi, l'article 754 du code de procédure civile dispose désormais que « sous réserve que la date de l'audience soit communiquée plus de quinze jours à l'avance, la remise doit être effectuée au moins quinze jours avant cette date ». C'est donc le délai de 15 jours qui est retenu dans toutes les situations. Cette simplification est la bienvenue : non seulement elle restitue à la procédure d'enrôlement sa cohérence et sa clarté, mais elle apporte également une certaine sérénité aux avocats. Reste à préciser que si la date de l'audience est communiquée par le greffe moins de 15 jours avant la date d'audience, l'acte n'encourt pas la caducité, car ce « retard » est dû aux services de greffe.

Conclusion de la contribution. La récurrence des dernières réformes de la procédure civile ainsi que la rapidité des rectifications pour « réformer les réformes » témoignent de la réelle volonté du législateur de simplifier la matière. Certes, à l'épreuve de la pratique, certaines mesures ont essuyé de nombreuses critiques, ce qui a conduit à leur ajustement, mais il n'en demeure pas moins que

¹ Vincent EGEA, « Décret du 11 octobre 2021 : une réforme de la procédure civile en voie d'achèvement ? », D., 2021, p. 2197.

le but poursuivi par la loi du 23 mars 2019 semble atteint : la procédure se simplifie, devient davantage lisible et cohérente et colle davantage à la réalité de la justice. Il est vivement espéré que les prochaines réformes sauront faire perdurer un tel constat.

DU CODE VERT AUX NORMES VERTES

Quel modèle d'intégration de la RSE en

droit OHADA pour un taux

d'investissement toujours en croissance ?

Meilleur Article du Prix du Meilleur Écrit OHADA 202

Douty Abib TRAORÉ¹ - Diplômé en Droit et RSE, Université de Paris
Dauphine - Diplômé Juriste d'Affaires OHADA, Université de Bordeaux

¹ doutyabibtraore@gmail.com

« L'opportunité s'offre à moi au moment où je dirige l'Organisation de combler une lacune de l'ensemble du Code vert, en ce sens que nous avons dix Actes uniformes qui touchent des aspects très importants du droit des affaires, mais qui ne confrontent malheureusement pas de façon systématique cette question épineuse qui préoccupe le monde et plus particulièrement l'Afrique où un observe parfois des dérives ». C'est à travers ces propos introductifs que le professeur Darankoum (E. S.)¹, lors d'un webinaire² organisé par le Conseil français des investisseurs en Afrique (CIAN), a pointé du doigt les lacunes de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) liées à l'absence de la Responsabilité sociétale des entreprises (RSE) dans son Code vert³.

La RSE en quelques mots. La RSE est un concept qui a été développé en Amérique du nord dès les années 50⁴. Bowen (H. R.) à travers son œuvre intitulée *Responsibilities of the Businessman*⁵, est considéré comme l'auteur qui a le mieux conceptualisé cette matière, qui depuis lors connaît une forte évolution. Malgré sa fulgurante expansion et l'engouement qu'elle suscite, la RSE demeure un concept dont la définition manque de clarté et de précision⁶. Néanmoins, le Commission européenne dans une récente approche, a tenté de la définir comme : « *la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société* ». De cette définition, il ressort que les entreprises peuvent désormais voir leur responsabilité être engagée du fait des impacts de leurs activités sur la société. De ce fait, outre leurs objectifs économiques, les entreprises devraient désormais songer à poursuivre d'autres objectifs non

¹ Emmanuel Sibidi Darankoum, actuel Secrétaire Permanent de l'OHADA.

² CIAN, *vers une intégration de la RSE en droit OHADA*, 06 mai 2021, [en ligne], (dernière consultation le 08 juin 2021), https://www.youtube.com/watch?v=_RkIT6swzXo

³ Le Code qui regroupe l'ensemble des Actes uniformes de l'OHADA

⁴ Lépineux (Fr.), Rosé (J. J.), Bonanni (C.) et Hudson (S.), *La RSE La responsabilité sociale des entreprises, Théories et pratiques*, 2^{ème} éd., Dunod, 2016.

⁵ Bowen (H.), *Social responsibilities of the businessman*, New York, NY, Harper, 1953.

⁶ Lépineux (Fr.), Rosé (J. J.), Bonanni (C.) et Hudson (S.), *op cit.*

économiques tels que : la préservation de l'environnement, les respects des droits humains ou la prise en compte du changement climatique...

La RSE : un nouveau chantier pour l'OHADA. Depuis sa création en 1993, l'OHADA a pleinement contribué à l'amélioration¹ de la situation économique de ses États membres². Cependant, au regard des enjeux mondiaux actuels essentiellement orientés vers des perspectives environnementales et climatiques, cette Organisation a l'obligation de s'actualiser. Conscients de ce nouveau défi, les dirigeants de l'OHADA ont décidé lors du Conseil des Ministres du 24 et 25 mars 2021³, de réaliser une étude exploratoire sur la RSE en vue de son intégration dans le droit OHADA. Le Conseil des Ministres a à ce propos, instruit le Secrétaire permanent de procéder à la réalisation de cette étude exploratoire.

Par quel canal intégrer la RSE en droit OHADA ? Cette volonté des dirigeants de l'OHADA d'intégrer la RSE dans ce droit est salubre, cependant, il n'en demeure pas moins qu'elle soulève une interrogation majeure, à savoir : Par quel canal faut-il intégrer la RSE en droit OHADA pour un meilleur taux d'investissement au sein de ses États membres ? Répondant à une question portant sur les prochaines étapes de la dynamique de l'intégration de la RSE en droit OHADA, le professeur Darankoum (E. S.) a affirmé que : « *nous lançons le chantier d'un Acte uniforme dédié à la RSE. Il posera des fondamentaux clairs et partagés permettant une gouvernance de nos entreprises (...)*⁴ ». L'actuel Secrétaire

¹ « *L'Afrique subsaharienne. De la crise à une croissance durable* », Banque mondiale, 1989, p.1

² « *Rapport Doing Business* », Banque mondiale, 2017/2018/2019

³ Rapport du Conseil des Ministres du 24 et 25 mars 2021 à Bamako, au Mali.

⁴ Diop (M.) « *Responsabilité sociétale des entreprises : La nouvelle jauge pour l'Ohada* », Afrimag, 16 juin 2021, [en ligne], (dernière consultation le 03/05/2021), <https://afrimag.net/responsabilite-societale-entreprises-nouvelle-jauge/>

permanent semble opter pour une entrée de la RSE en droit OHADA par le biais d'un nouvel Acte uniforme.

L'intérêt. L'OHADA ayant pour but de favoriser les investissements au sein de l'ensemble de ses États membres, ses dirigeants doivent se garder de prendre des mesures qui risquent de compromettre cet objectif. À cet effet, il leur revient d'introduire la RSE en droit OHADA sans que celle-ci ne constitue un frein à l'investissement ou une charge supplémentaire pour les investisseurs. Cette présente réflexion se justifie par cette préoccupation en ce sens où elle propose une solution pour une meilleure introduction de la RSE en droit OHADA, sans que celle-ci ne soit un obstacle à l'investissement au sein de son espace.

L'angle d'analyse. Sur un plan juridique¹, il est possible que l'OHADA accueille la RSE par l'entremise des Actes uniformes **(I)**. Cependant, la matérialisation concrète de cette option pourrait se heurter à des difficultés d'ordre procédural notamment. D'où l'intérêt d'analyser une autre option probablement moins problématique, à savoir : l'élaboration d'une nouvelle charte RSE en droit OHADA **(II)**.

¹ Diawara (K.) et Lavallée (S.), « *La responsabilité sociale de l'entreprise (RSE) dans l'espace Ohada : pour une ouverture aux considérations non économiques* », *RIDE*, 2014, p. 431.

I. LA RSE PAR L'ENTREMISE DES ACTES UNIFORMES

Introduire la RSE en Droit OHADA par l'entremise des Actes uniformes n'est pas juridiquement impossible. Toutefois, ce choix n'est pas exempt de difficultés. La procédure d'adoption et de révision des Actes uniformes constitue la première source de ces difficultés **(A)**, à laquelle s'ajoute le caractère dur de ces Actes, qui s'oppose au caractère souple des normes RSE **(B)**.

A. L'analyse des Actes uniformes comme sources de la RSE en droit OHADA

Les possibilités offertes par le Traité. L'article 27¹ du Traité révisé en 2008 offre la possibilité d'irriguer le droit OHADA de normes RSE. Cet article institue un nouvel organe qu'est la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, dont la mission est de statuer sur toutes les questions relatives au Traité. Ces questions auxquelles l'article 27 fait référence sont celles relatives à l'objet du Traité prévu en son article premier, à savoir : le droit des affaires. La RSE en tant que matière qui se situe au cœur de ce droit, peut donc sous la houlette de la Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement, faire l'objet d'une réglementation en droit OHADA. Par ailleurs, l'article 2² du Traité autorise

¹ Traité de l'OHADA, Article 27 (Québec 2008) : « La Conférence des Chefs d'État et de Gouvernement est composée des Chefs d'État et de Gouvernement des États parties. Elle est présidée par le Chef de l'État ou de Gouvernement dont le pays assure la présidence du Conseil des Ministres.

Elle se réunit en tant que de besoin, sur convocation de son Président, à son initiative ou à celle du tiers des États parties.

Elle statue sur toute question relative au Traité. »

² Traité de l'OHADA, Article 2 : « Pour l'application du présent Traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent Traité et aux dispositions de l'article 8 ci-après. »

l'inclusion dans la réglementation OHADA, d'autres matières en lien avec le droit des affaires. Il revient au Conseil des ministres de réaliser à l'unanimité cette inclusion en se conformant à l'objet du Traité, ainsi qu'aux dispositions de son article 8. La concrétisation de cette possibilité offerte par le Traité de l'OHADA ne sera possible que par voie de révision **(1)** ou d'adoption d'Actes uniformes **(2)**.

1. La RSE par le biais d'Actes uniformes révisés

La RSE par des Actes uniformes révisés. La RSE peut être introduite en droit OHADA par voie de révision d'Actes uniformes actuellement en vigueur. Les normes RSE pourront alors être introduites dans les Actes uniformes auxquels elles sont proches d'un point de vue thématique. Ainsi, serait-il par exemple possible de rendre la comptabilité dans l'espace OHADA plus verte en étendant les principes de la comptabilité traditionnelle aux capitaux extra-financiers. Pour ce faire, il faudrait par exemple introduire des normes dans l'AUDCIF¹ allant dans le même ordre d'idée que ce que propose l'expert Gbégo (H.)², à savoir : « *l'identification par le comptable des enjeux environnementaux des entreprises et des ressources qu'elle utilise, afin d'inscrire au passif du bilan de celles-ci le coût de la préservation de la qualité de ses ressources* ». Par ailleurs, la médiation environnementale ou sociale qui peut s'avérer être un puissant outil de règlement de conflits³, pourrait dans cette même optique, faire l'objet d'une prise en compte par l'AUM⁴.

La difficulté liée aux révisions. Le principal obstacle à ce mode d'introduction de la RSE en droit OHADA est la vague de révision qui pourrait en résulter. En

¹ Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière.

² GBÉGO Hervé, expert en comptabilité, développeur de la méthode CARE (Comptabilité adaptée au renouvellement de l'environnement).

³ Mattei (L.), *La responsabilité sociétale des entreprises et la médiation*, (dir.) Grelon (B.), thèse Université Paris-Dauphine, 2012.

⁴ Acte uniforme portant sur la médiation.

effet, plusieurs Actes uniformes devront être révisés pour une prise en compte plus complète de la RSE en droit OHADA. De ce fait, eu égard au coût de ces révisions, ainsi qu'au temps qu'elles nécessitent, il est inenvisageable que les dirigeants de l'OHADA s'aventurent dans une odyssée pareille. Cette vague de révision constitue la première difficulté relative au choix des Actes uniformes comme sources de la RSE en droit OHADA. La piste de la révision étant dès lors improbable au regard de l'obstacle ci-dessus décrit, il apparaît nécessaire d'orienter la réflexion vers une autre piste : celle de l'adoption d'un nouvel Acte uniforme.

2. La piste de l'adoption d'un Acte uniforme portant sur la RSE

L'adoption d'un nouvel Acte uniforme. Outre la révision, l'adoption d'un Acte uniforme portant sur la RSE est envisageable. Un nouveau texte de loi portant sur cette matière pourra contenir en son sein, toutes les normes RSE que le législateur *ohadien* jugera importantes pour l'amélioration de l'environnement des affaires dans l'espace OHADA. Un Acte uniforme portant sur la RSE une fois adopté, aura l'avantage de bénéficier d'une transversalité en termes de thématiques, il sera plus complet et évitera surtout l'éparpillement de normes RSE entre plusieurs textes de la législation OHADA. L'autre avantage de cette modalité est que des normes RSE touchant à des thématiques qui ne sont pas encore prises en compte par les Actes uniformes existants, pourront faire leur entrée en droit OHADA. Ce qui n'aurait pas été possible avec la modalité d'introduction des normes RSE en droit OHADA par la voie de révision d'Actes uniformes déjà existants. S'il est certes possible que le droit OHADA soit irrigué de normes RSE par l'adoption d'un nouvel Acte uniforme, il faut toutefois souligner que cette modalité présente également des difficultés principalement liées à la procédure qui l'encadre.

Les difficultés liées à l'adoption d'un Acte uniforme. La procédure qui encadre l'adoption des Actes uniformes est prévue par les articles 6 et 7 du Traité¹. Au regard de ces articles, l'initiative est laissée au Secrétariat Permanent qui rédige le projet d'Acte uniforme. Il transmet ce projet dans un premier temps aux gouvernements des États-parties qui disposent de quatre-vingt-dix jours à compter de la date de réception pour lui faire savoir ses observations sous forme écrite. Le projet d'Acte uniforme auquel sont joints les observations des gouvernements des États-parties et un rapport du secrétariat permanent est dans un second temps transmis à la CCJA, qui dispose d'un délai de soixante jours pour réaliser sa consultation. Puis dans un troisième temps, le secrétariat permanent établit une mise au point définitive du projet, qu'il fera inscrire par voie de proposition à l'ordre du jour de la prochaine session du Conseil des Ministres. Il est évident que cette procédure se veut inclusive – ce qui est d'ailleurs salubre – mais il n'en demeure pas moins que cette volonté d'inclusivité rallonge la procédure et la rend pesante. L'adoption d'un nouvel Acte uniforme est une procédure qui dure généralement des années. Pour preuve, les avant-projets d'Acte uniforme portant sur le droit des contrats² et celui portant sur le droit du travail, dont leur début date respectivement de 2004³ et 2006⁴, n'ont toujours pas encore été adoptés. Rajouter à ceux-ci un énième projet d'Acte uniforme risquerait d'être de trop, d'où la difficulté de la piste de l'adoption d'un nouvel Acte uniforme portant sur la RSE. Au vu de l'urgence climatique, des pressions des exigences environnementales et le développement très rapide de la RSE, il serait judicieux de parer au plus urgent en utilisant des modalités d'introduction de la RSE en droit OHADA plus réaliste et moins chronophage. À côté des

¹ Ce sont ces articles qui encadrent également la procédure de révision des Actes uniformes également.

² DOGUE (K. O. C.), *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, (dir.) Darankoum (E. S.), thèse Université de Montréal, 2013

³ L'avant-projet de l'Acte uniforme portant sur le droit des contrats a été transmis, par le professeur Fontaine, au secrétariat permanent de l'OHADA depuis Septembre 2004.

⁴ L'avant-projet d'Acte uniforme portant sur le droit du travail a été élaboré en 2006 à Douala.

difficultés liées à la procédure de révision et d'adoption des Actes uniformes qui réduisent la probabilité de positionner ces textes comme sources efficaces de la RSE en droit OHADA, il y a le fait que leur caractère soit incompatible avec celui des normes RSE.

B. Normes RSE et Actes uniformes : Droit souple versus droit dur

Deux caractères en opposition. En 2001, la commission européenne définissait la RSE comme : « *l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes¹* ». De cette définition apparaît clairement la notion de volontariat, qui sous-entend que les entreprises ne peuvent pas être contraintes à mettre en œuvre la RSE. Ce sont elles qui selon leur gré, décideront si oui ou non, elles emprunteront le chemin de la RSE. Ce volontariat sur lequel est basée cette matière lui confère un caractère de droit souple **(1)**. Contrairement aux normes RSE, les Actes uniformes sont, en vertu du Traité de l'OHADA, obligatoires au sein des dix-sept États membres de l'OHADA **(2)**.

1. La souplesse des normes RSE

La souplesse des normes internationales. Face à l'impossibilité des États de proposer des normes transnationales pour sanctionner les multinationales, qui dans le cadre de leurs activités impactaient négativement l'environnement ou violaient les droits humains. Des organisations internationales ont décidé de réagir en établissant des dispositifs normatifs non contraignants. C'est dans ce cadre qu'en 2000, le Pacte mondial des Nations Unies a été lancé par Annan (K.) ², afin d'inciter les entreprises à être plus socialement responsables. Ce Pacte avait pour but de communiquer à ces dernières les

¹ In livre vert « *promouvoir un cadre européen pour la RSE* », Commission européenne, 2001, p.8.

² KOFI Annan, ancien Secrétaire général des nations unies de 1997 à 2006.

bonnes pratiques de la RSE, sans toutefois les y contraindre. En Europe, il y a les principes directeurs de l'OCDE dont la dernière version date de 2011. Ces principes sont des recommandations que les États membres adressent aux multinationales qui exercent leurs activités sur leur territoire ou à partir de celui-ci. Tout comme le Pacte mondial des nations unies, les principes directeurs de l'OCDE n'ont aucune force contraignante en raison de leur caractère souple. Ces instruments, comme de nombreux autres¹ élaborés dans le cadre de la RSE, respectent l'esprit de cette matière qui se fonde sur la volonté de ses destinataires.

Contraindre est-il nécessaire ? La tendance actuelle tend à conférer à la RSE un caractère obligatoire. Cependant, ce caractère *hard law*² ne lui garantit pas une plus grande efficacité. En effet, le fait de créer des obligations supplémentaires pour les entreprises ne feront pas nécessairement d'elles des entités mieux engagées, car comme le pense Revel (J-F.)³ : « *ce ne sont pas les obligations qui génèrent les meilleurs engagements* ». L'idée originelle de la RSE est de laisser la latitude aux entreprises en fonction de leurs objectifs, de choisir elles-mêmes leurs contraintes, pas de leur en imposer. Dans le contexte de l'OHADA, l'idée de rajouter des contraintes supplémentaires pourrait paraître paradoxal eu égard aux objectifs de l'Organisation, qui consiste notamment à faire de son espace une zone attractive pour les investisseurs. Il est logiquement difficile d'attirer des investisseurs en augmentant leur contrainte, le mieux qu'il serait possible de faire est de concevoir des normes non contraignantes, qu'il faudra accompagner de mesures incitatives de sorte à amener les investisseurs à s'y intéresser d'eux-mêmes.

¹ Il y a notamment les lignes directrices de la *Global reporting initiatives (GRI)*, les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT) ou les normes ISO.

² Traduction anglaise de droit dur.

³ REVEL Jean-François, gérant de la SCLE SFE, (à ne pas confondre avec le philosophe français Jean-François Revel).

2. Le caractère obligatoire des Actes uniformes

Le fondement juridique du caractère dur des Actes uniformes. Les Actes uniformes sont au regard de l'article 10¹ du Traité, d'application directe et obligatoire au sein des États membres de l'OHADA. Ce, en dépit de toutes dispositions contraires de droit interne, qu'elle soit postérieure ou antérieure. Sauf dispositions particulières prévues par ces Actes uniformes, ils commencent à s'appliquer quatre-vingt-dix jours après leur publication au journal officiel (JO) de l'OHADA. Cette condition prévue à l'article 9 du Traité est la seule existante relative à l'entrée en vigueur des Actes uniformes au sein des États Parties. Il n'existe aucune autre démarche particulière à mener, ni par les États Parties, ni par les acteurs du monde des affaires. La notion d'engagement volontaire des dirigeants d'entreprises présente en RSE est inexistante dans la législation de l'OHADA. Dès lors que le délai légal prévu pour l'entrée en vigueur des Actes uniformes arrive à son terme, ces derniers deviennent directement applicables. Le Traité n'a pas choisi de faire de la publication des Actes uniformes dans le JO des États membres, tel que prévu à l'alinéa 2 de son article 9, une condition d'entrée en vigueur de ces textes, il s'agit en effet d'une simple formalité sans incidence particulière.

L'aspect pénal des Actes uniformes. L'article 5 du Traité dispose que les Actes uniformes peuvent prévoir des incriminations pénales, en laissant la charge aux États membres de définir les sanctions² qui les accompagnent. Cet article donne au législateur de l'OHADA le pouvoir d'incriminer pénalement certains actes par le canal des Actes uniformes. Par conséquent, l'applicabilité directe et obligatoire

¹ Traité de l'OHADA, Article 10 : « *Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les États membres, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ».

² Le droit OHADA n'a en effet pas vocation à prévoir des sanctions pénales, cette démarche relève de l'ordre interne des États membres qui conservent leur souveraineté sur les questions de droit pénal.

des Actes uniformes, associée à la possibilité qu'ils ont de contenir des incriminations pénales, leur confèrent un caractère dur qui les rend incompatibles avec les normes RSE qui sont censées être souples. Au regard de cette incompatibilité, introduire en droit OHADA des normes RSE qui ont un caractère souple, par le canal des Actes uniformes qui ont un caractère dur, pourrait paraître chimérique. Cette autre difficulté rend le choix des Actes uniformes comme sources de la RSE en droit OHADA très peu probable. Il faut en effet opter pour une source qui ne rendra pas les normes RSE strictement obligatoires en droit OHADA. Pour ce faire, l'élaboration d'une charte pourrait être envisagée.

VERS UNE DISPARITION DE L'INCOMPATIBILITÉ ENTRE LES NORMES RSE ET LES ACTES UNIFORMES ?

La tendance actuelle concernant les normes RSE est que celles-ci deviennent de plus en plus dures. En effet, il est donné de constater un nombre important de législations en matière de RSE dotées d'un caractère contraignant. À titre d'exemple, la Commission européenne a fait évoluer sa conception de la RSE au point de lui apporter une nouvelle définition, différente de celle de 2001 qui laissait expressément entrevoir la notion de volonté. En 2014, cette volonté de rendre la RSE contraignante s'est matérialisée par la Directive européenne 2014/95 portant sur la publication d'informations non financières. Cette directive impose entre autres aux entreprises de communiquer sur la manière dont elles prennent en compte les impacts sociaux et environnementaux liés à leur activité.

L'effondrement du centre commercial *Rana plaza** a conduit le législateur français à adopter la loi du 27 mars 2017 portant sur le devoir de vigilance. Il y a également la loi relative au Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises (loi PACTE) du 22 mai 2019. Cette loi oblige les entreprises, sous peine d'engager leur responsabilité ou celle de leur dirigeant, à prendre des mesures effectives ainsi qu'à répondre aux attentes de leurs parties prenantes. Plus récemment, l'Assemblée nationale française a adopté un amendement¹ tendant à renforcer les sanctions portant sur le *greenwashing*** . Ce texte qualifie désormais cet agissement de pratique commerciale trompeuse.

Cette difficulté liée à l'incompatibilité des caractères de ces normes (normes RSE et Actes uniformes) semble progressivement se vider de son sens. Ce, au regard de cette vague de durcissement que connaissent les normes RSE en ce moment. Cependant en droit OHADA, il est important d'opter pour une RSE souple, gage d'une meilleure prise en compte des réalités de l'espace OHADA, ainsi que des objectifs d'attractivité de cette Organisation.

***Effondrement d'un immeuble ayant occasionné le décès d'au moins 1127 personnes au Bangladesh. Le bâtiment abritait des ateliers de textile qui produisaient des articles pour des entreprises internationales.**

****Le fait pour une entreprise de se donner à tort une image respectueuse de l'environnement**

II. LA PISTE DE L'ÉLABORATION D'UNE CHARTE RSE EN DROIT OHADA

Les difficultés relatives aux pistes précédemment étudiées imposent l'analyse d'une proposition plus concrète, à savoir : la conception d'une Charte RSE propre au droit OHADA **(A)**. Cette Charte, au regard des caractéristiques **(B)** qu'elle présentera pourrait être la source idéale de la RSE en droit OHADA.

A. Les étapes de la conception de la grande Charte RSE de l'OHADA

Pourquoi la dénomination *Grande Charte* ? Cette Charte devra être dénommée ainsi en raison du fait qu'elle sera composée de deux catégories de chartes que sont : une Charte principale et des chartes sectorielles. La grande Charte RSE de l'OHADA sera élaborée par un nouvel organe RSE qu'il faudra instaurer **(1)**, aidé dans sa tâche par un comité d'experts RSE *ad hoc* **(2)** qui devra être créé pour la circonstance.

1. Les travaux préparatoires du comité d'experts *ad hoc*

La création d'un comité d'experts *ad hoc*. Les objectifs de l'OHADA en matière de RSE devront être déterminés en fonction d'un ensemble de solutions proposées par un comité d'experts *ad hoc* qu'il faudra mettre en place. Les missions de ce comité consisteront entre autres à détecter les difficultés liées à la RSE dans l'espace OHADA, à passer en revue les avancées qui ont déjà été faites par les entités privées ou publiques, à croiser ces différentes données afin que de ceux-ci découlent des solutions qui seront soumises à l'organe.

Le mode opératoire des travaux préparatoires. La détection des difficultés par le comité d'experts *ad hoc* devra se faire à deux niveaux. Dans un premier temps, le comité devra s'inscrire dans une démarche *macro*. Ce, afin de repérer

l'ensemble des problèmes liés à la RSE et communs à tous les secteurs d'activité en présence dans l'espace OHADA. Puis, dans un second temps, il devra dans une démarche *micro* inspecter les différents secteurs en vue de relever les problèmes spécifiques qui touchent ces derniers. Quant à l'étude par le comité d'experts *ad hoc* des pratiques RSE déjà en cours dans l'espace OHADA, il devra s'inscrire dans une démarche inclusive en prenant en compte l'ensemble des parties prenantes présentes au sein des dix-sept États membres. Une telle démarche lui permettra de s'imprégner de ce qui a déjà été fait en matière de RSE, et éventuellement de s'en inspirer dans sa recherche de solutions. Le comité devra à la suite de ces missions ci-dessus présentées produire des propositions de solutions qu'il mettra à la disposition de l'organe, qui devra à son tour s'en servir pour élaborer la grande Charte.

2. L'organe RSE de l'OHADA et sa mission d'élaboration de la grande Charte

L'organe RSE de l'OHADA. La création d'un organe entièrement consacré à la RSE s'avère être indispensable pour une meilleure pratique de cette matière en droit OHADA. En effet, il serait plus efficace de prévoir un organe qui détiendra des missions spécifiques principalement orientées vers la RSE. Cet organe sera chargé de mener toutes les politiques relatives à la RSE, il aura un rôle pédagogique afin de mieux faire comprendre les enjeux de cette matière aux différentes parties prenantes. L'une de ses missions sera également d'écouter et recenser les différentes préoccupations de ces parties prenantes afin de leur apporter des solutions. Toutefois, le premier grand défi auquel cet organe sera confronté sera l'élaboration de la Charte RSE de l'OHADA.

L'élaboration par l'organe RSE. Au cours de cette mission, l'organe devra produire les différentes normes RSE en fonction des niveaux – macro et micro – et des secteurs. Ainsi, sera-t-il amené en premier lieu à rédiger des engagements qui concerneront l'ensemble des activités économiques exercées dans l'espace

OHADA, indifféremment du secteur auquel ces activités sont rattachées. Ces engagements seront le fruit d'une réflexion menée à partir des propositions de solutions faites par le comité d'experts *ad hoc*, en vue d'endiguer les problèmes d'ordre général qu'il aura préalablement détectés. L'ensemble de ces engagements généraux formera la Charte principale. Cette dernière sera applicable à tous les acteurs exerçant dans l'espace OHADA eu égard à la transversalité de ses engagements. En second lieu, l'organe devra élaborer des chartes sectorielles en fonction des propositions de solutions liées à chaque secteur que le comité d'experts *ad hoc* aura mis à sa disposition. Il devra produire des engagements qui prennent en compte les spécificités de chaque secteur d'activités. Ainsi, plusieurs chartes propres à des secteurs qui nécessitent des interventions particulières dans le domaine de la RSE seront élaborées. C'est l'union de la Charte principale à caractère général, et des chartes sectorielles à caractère spécifique qui formera la Grande Charte. Au cours de l'accomplissement de sa mission d'élaboration de la grande Charte, l'organe devra s'inspirer des avancées déjà existantes en matière de RSE que le comité d'expert *ad hoc* aura recueillies. Il pourra également être accompagné par ce comité dans la conception de cette Charte en cas de besoin. Les caractéristiques de cette Charte la rendront plus avantageuse comparativement aux Actes uniformes, qui souffrent de plusieurs difficultés quand il s'agit de les appréhender comme des sources de la RSE en droit OHADA.

B. Avantages et caractéristiques de la grande Charte

La grande Charte RSE de l'OHADA aura de nombreux avantages **(1)** et des caractéristiques qui lui seront propres **(2)**.

1. Les avantages de la grande Charte

Contourner l'article 10 du Traité. L'intérêt qu'il y a à opter pour une charte est que cette dernière échappera aux exigences de l'article 10 du Traité OHADA ; elle n'aura pas vocation à s'appliquer directement et obligatoirement au sein des États membres contrairement aux Actes uniformes. La grande Charte permettra ainsi aux engagements RSE qu'elle contiendra de conserver leur caractère souple. En d'autres termes, cette Charte ne pourra pas s'imposer à la volonté des dirigeants d'entreprises. Ils conserveront leur faculté d'opter ou non pour la RSE au nom du caractère non contraignant de la grande Charte RSE de l'OHADA. Le choix de cette Charte en tant que source de la RSE en droit OHADA paraît être plus logique au regard des objectifs de l'OHADA, qui consistent entre autres à faire de l'OHADA une zone attractive pour les investisseurs¹. Car, comme précédemment souligné, la multiplicité des contraintes en droit OHADA pourrait constituer un obstacle à la volonté des investisseurs de s'installer au sein de l'un de ses dix-sept États membres. Cette réticence des investisseurs en cas d'existence d'une RSE obligatoire en droit OHADA, ne devra pas nécessairement être interprétée comme l'expression d'une volonté de ces entreprises d'être libres d'agir en toute irresponsabilité au sein de l'espace OHADA. Celle-ci pourrait en effet résulter d'une crainte justifiée, à savoir : celle de subir des coûts supplémentaires lors de leur implantation. En effet, adopter une démarche RSE a un coût pour les entreprises². De ce fait, l'imposer de façon systématique pourrait constituer un frein pour les investissements.

Une procédure plus simple. Introduire les normes RSE dans la législation OHADA par la grande Charte présente un autre avantage. Il permettra d'éviter la lourdeur de la procédure reconnue à l'adoption ou à la modification des Actes uniformes. En effet, le mode d'élaboration de la grande Charte est plus simpliste, un seul

¹ Pougoue (P. G.), « Encyclopédie du droit Ohada », ed. L'harmattan, déc. 2012

² CIAN, *op cit.* (Intervention de Madame Gnassingbe-Essonam C. E.)

organe sera à la base de sa création sans qu'il y ait nécessairement une longue procédure préalable d'approbation. Ainsi, la grande Charte contribuera-t-elle à faire introduire les engagements RSE en droit OHADA dans un délai plus court que celui que nous imposerait une introduction par les Actes uniformes. Cette piste permet d'aboutir à une proposition plus probable, en ce sens qu'elle semble être plus pragmatique et plus réaliste que la possibilité offerte par les Actes uniformes.

2. Les caractéristiques de la grande Charte

L'inhomogénéité de la grande Charte. La grande Charte contiendra un ensemble de chartes sectorielles. L'intérêt qu'il y a à produire des engagements par secteur est qu'en procédant ainsi, la grande Charte aura un caractère inhomogène sur le plan sectoriel, ce qui lui permettra d'être applicable à toutes les entreprises nonobstant leur secteur d'activité. Une charte RSE est censée traduire les engagements au cœur des métiers de chaque entreprise, cependant, bien qu'il soit possible que ces dernières aient des enjeux RSE communs, il n'en demeure pas moins qu'il existe en la matière des difficultés propres à chaque secteur. De ce fait, avec une charte homogène, l'inconvénient qui subsisterait est qu'il serait difficile voire impossible de l'appliquer à toutes les entreprises. Ce, en raison du fait qu'elles relèvent de différents secteurs présentant des enjeux RSE spécifiques.

Une Charte complexe mais complète. Cette Charte présentera certes un aspect complexe, mais elle aura le privilège d'être complète. Il sera possible qu'une entreprise soit liée aussi bien par la Charte principale que par l'une des chartes sectorielles. À titre illustratif, si le comité d'experts estime qu'il est impérieux d'agir dans le domaine des extractions minières, l'organe RSE se servira des solutions et des avancées en la matière que lui proposera ce comité pour définir les engagements RSE liés à ce secteur. Toutes les entreprises minières qui

adhèreront à la grande Charte seront liées par la Charte principale en raison de sa portée générale, mais également par les engagements contenus dans la charte sectorielle *minière*. Il en sera de même pour toutes les entreprises dont leur secteur d'activité fera l'objet d'une réglementation par une charte sectorielle. De cette illustration, il ressort qu'il sera impossible qu'une entreprise puisse être liée par une charte sectorielle, sans qu'elle ne le soit au préalable par la Charte principale. Cependant, il sera possible qu'une entreprise soit liée par la Charte principale, sans qu'elle ne le soit nécessairement par une quelconque charte sectorielle. Il faudra pour ce faire qu'il n'y ait pas de Charte spécifique réglementant le secteur d'activités de cette entreprise. De ce qui précède, il est évident que la structuration de la grande Charte ne fera pas d'elle la charte la moins complexe qui puisse exister, cependant, elle présentera un avantage qui permet de combler amplement cette complexité. Elle sera en effet dotée d'une portée plus large, ce qui lui permettra de toucher le maximum d'entreprises possible en raison de cette inhomogénéité ci-dessus évoquée. La transversalité de cette Charte lui permettra d'être applicable à plusieurs secteurs d'activités différents, ce qui ne serait pas possible avec une simple charte homogène.

LA PISTE DE LA CONTRAINTE RELATIVE OU LE CHOIX DU JUSTE MILIEU

Il est certes vrai que rendre la RSE contraignante peut être handicapant pour l'OHADA dans l'atteinte de ses objectifs, cependant face à certaines atteintes, la RSE en droit OHADA pourrait être plus rigoureuse. C'est le cas par exemple lorsque des entreprises s'adonnent à de graves violations des droits humains, ou lorsque du fait de leur nature, ou de leur secteur d'activité, celles-ci ont un impact fortement néfaste sur l'environnement ou la société.

La piste qu'il serait dès lors possible d'exploiter serait d'opter pour une contrainte *relative* de la RSE. Cette option pourrait consister à rendre la RSE obligatoire pour les entreprises précédemment évoquées ainsi que pour des entreprises d'une taille relativement grande. Dans le même temps, elle rendra la RSE optionnelle pour les entreprises à faible impact négatif, ainsi que pour des entreprises de petites tailles telles que les très petites entreprises (TPE) et les Petites et moyennes entreprises (PME).

En effet, les TPE et les PME rencontrent déjà d'énormes difficultés sur le continent africain, l'une des raisons de ces difficultés est qu'elles ont du mal à accéder à des financements. Sur un besoin supérieur à cent quarante-cinq milliards de dollars, seulement quinze à vingt milliards de dollars de crédit sont accordés annuellement aux PME de l'Afrique subsaharienne selon le fonds monétaire international*. Si à ces difficultés, l'OHADA doit rajouter l'obligation d'engager une démarche RSE qui a un coût non négligeable, ces petites entreprises risqueront de ne pas supporter le coup. D'où l'intérêt d'une contrainte relative qui permettra de ne pas loger à la même enseigne les entreprises à fort impact négatif et les entreprises à faible impact négatif, ainsi que les entreprises de grandes tailles et les entreprises de petites tailles.

* Najji (Y.), « *Les PME, moteur d'une croissance durable en Afrique* », Les Échos, 13 mars 2019, [en ligne], (dernière consultation le 13 juin 2021), <https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-les-pme-moteur-dune-croissance-durable-en-afrique-1000131>

CONCLUSION

La RSE par les Actes uniformes : un choix empreint de difficultés. L'introduction de la RSE en droit OHADA par la voie normative est une possibilité à la portée du législateur *ohadien*. En effet, les Actes uniformes peuvent être le canal par lequel l'OHADA recevra des normes RSE en vue de renforcer la prise en compte des données extra-financières au sein des dix-sept États membres. Cependant, l'option des Actes uniformes comme sources de la RSE en droit OHADA présente des limites à plusieurs égards. Car, tandis que l'introduction des normes RSE au sein d'Actes uniformes déjà en vigueur entrainera une vague de révisions à laquelle les décideurs de l'OHADA ne seraient pas très favorables, l'adoption d'un nouvel Acte uniforme quant à elle risquera de retarder l'entrée de la RSE dans ce droit eu égard à la lourdeur procédurale qui la caractérise. Hormis ces difficultés, le caractère obligatoire des Actes uniformes pourrait constituer un frein à l'investissement si la RSE intègre l'OHADA par le biais de ces textes. Le caractère souple de la RSE doit prédominer lors de son entrée en droit OHADA afin de laisser le libre choix aux investisseurs d'y adhérer ou non. La contrainte ne garantit pas obligatoirement l'efficacité, encore moins dans le contexte de l'OHADA dont l'un des objectifs est de rendre son espace attractif aux investisseurs, qui risquent d'être réticents s'ils sont confrontés à des contraintes supplémentaires.

Privilégier l'incitatif au normatif dur. L'option la plus simple pour laquelle il serait judicieux d'opter est celle de l'élaboration de la grande Charte RSE. Une Charte dont son mode de conception ainsi que ses caractéristiques permettront à l'OHADA d'être dotée de normes RSE dans un délai plus court, tout en conservant leur caractère souple. Néanmoins, si les dirigeants de l'OHADA optent pour cette Charte, celle-ci devra être nécessairement accompagnée de mesures incitatives en vue d'intéresser les différentes parties prenantes à la pratique de la RSE. Ces mesures pourraient être : la publicité de la liste des entreprises adhérentes à la

Charte aux fins de renforcer leur réputation auprès des consommateurs, la création d'un prix RSE pour récompenser les entreprises les plus exemplaires, ou la création d'un label propre à l'OHADA par lequel l'Organisation apportera sa reconnaissance solennelle à la qualité des produits ou services des entreprises vertueuses. Toutes ces mesures auront pour but d'inciter les entreprises à la RSE afin qu'elles se lient par leur propre volonté. Car, pour un espace OHADA toujours aussi attractif pour les investisseurs, l'incitatif devra prédominer sur le normatif dur en ce qui concerne la RSE, cette matière dont son mode d'introduction en droit OHADA suscitera à n'en point douter un véritable débat dans la doctrine *ohadienne*.



La protection des intérêts catégoriels en cas de cession d'une entreprise en difficulté¹

Troisième prix du Concours Meilleur Article OHADA 2021

Youbi Bouhari MARE¹ - Doctorant en Droit privé -

boursier de l'Université Libre de Bruxelles²

¹ Ce texte est la version corrigée de notre modeste contribution, initialement intitulée « La protection des intérêts des *parties* en cas de cession d'une entreprise en difficulté », qui a été primée dans la catégorie « Meilleur article » lors de l'édition 2021 du concours du « Meilleur écrit OHADA ». Nous adressons nos sincères remerciements au Docteur Serge BAMBARA et à Maître Aboubacar APOURI (avocat au barreau de Lyon) pour leur relecture ainsi qu'à la Professeure Michèle GRÉGOIRE (avocate au barreau de cassation de Belgique et au barreau de Paris, enseignante à l'Université Libre de Bruxelles et à l'Université Paris II Panthéon-Assas, et par ailleurs promotrice de notre thèse de doctorat) pour ses corrections.

² L'auteur est notamment diplômé d'un Master en Droit économique et social, d'un Master de spécialisation en Droit fiscal et d'un Certificat de formation à la recherche de l'Université Libre de Bruxelles. Il est actuellement doctorant au sein de la même université. Il peut être contacté à <bouharimare@gmail.com>.

1. Pour la Professeure Grégoire, « la *restructuration* est en effet un terme générique qui couvre toutes les opérations tendant non seulement à un ajustement de la composition du patrimoine d'une entreprise mais aussi celles relatives à la structure de son fonctionnement et de ses organes, y compris quant aux modalités d'exercice du pouvoir décisionnel, afin d'en permettre la survie, d'en favoriser la pérennité ou d'en faciliter l'évolution »¹. Si, en droit commun des sociétés, les opérations de restructuration sont « les fusions, scissions et apports partiels d'actif »², il existe d'autres modes de restructuration qu'il est permis de qualifier de spéciaux³. C'est le cas des « procédures de restructuration des entreprises en difficulté »⁴ régies, en droit de l'OHADA, par l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC).

2. L'AUPC révisé⁵, entré en vigueur le 24 décembre 2015, organise quatre procédures d'insolvabilité : la conciliation, le règlement préventif, le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Ces procédures peuvent être classées en deux grandes catégories : les procédures préventives (conciliation

¹ Professeure Michèle GRÉGOIRE lors d'un échange de mails, le 25 mai 2021, sur la notion de « restructuration ».

² Livre VI (articles 190 à 199) de l'AUSCGIE.

³ Dans ce sens, CHABOT P.-A., « Conséquences d'une restructuration d'entreprises sur les baux et contrats assimilés », *Jurim pratique*, 2009/1, p. 175-196 : l'auteur évoque des restructurations non régies par le Code belge des sociétés.

⁴ Dans ce sens, SAHEL D., « Présentation des procédures de restructuration des entreprises en difficulté en droit français », *International Journal of Insolvency Law*, Vol. 1, juin 2017, p. 89-112.

⁵ Pour des études consacrées à l'AUPC révisé de 2015, voy. AKONO ADAM R., « Regard sur les innovations introduites par la réforme du 10 septembre 2015 dans les procédures collectives de l'OHADA », *Rev. congolaise dr. et aff.*, n° 22, octobre-décembre 2015, p. 4-27 ; AKONO ADAM R., « Regards sur les innovations introduites dans la réforme OHADA des procédures collectives du 10 septembre 2015 », *RRJ*, n° 4, 2015, p. 1841-1881 ; SAWADOGO F. M., « Le droit des entreprises en difficulté dans l'AUPC révisé de l'OHADA : approche analytique », *RDIDC*, n° 1, 2016, p. 53-101 ; *Revue Droit & Patrimoine*, n° 253, dossier spécial : Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives de l'OHADA, décembre 2015, p. 29-70 ; Actes du colloque sur *La réforme des procédures collectives d'apurement du passif OHADA : approche comparée droit français et droit OHADA*, l'ERSUMA et Planet-Plutonic, 5 et 6 octobre 2016, Cité des sciences et de l'industrie, Paris, 57 p.

et règlement préventif) et les procédures curatives (redressement judiciaire et liquidation des biens). Cette *summa divisio* est marquée par une frontière nette : selon qu'une procédure intervient *avant* ou *après* « la cessation des paiements »¹, elle sera dite *préventive* ou *curative*.

Dans les procédures préventives, rien ne s'oppose à ce que tout ou partie de l'entreprise puisse être cédée². Seulement, ce type de cession (d'entreprises *in bonis*) n'est pas régi par des dispositions particulières : dans la conciliation et le règlement préventif, la cession éventuelle de l'entreprise obéit au droit commun des sociétés³. En revanche, dans les procédures curatives, la cession des entreprises (en cessation des paiements) est régie par des dispositions particulières et dérogatoires de l'AUPC⁴. En ce cas, et contrairement à certaines

¹ Sur la notion, voy. MEUKE B. Y., « Quelques précisions sur la notion de cessation des paiements dans l'OHADA », *Ohadata*, D-08-13 ; ARBELLOT F., « La notion de "réserves de crédit" en droit des entreprises en difficulté », *JCP E*, n° 6 du 9 février 2012, 1102 ; COURTIER J. L., « La notion de cessation des paiements : passif exigible ou exigé », *RJ com.*, n° 7-8, 2001, p. 212 ; LEBEL Ch., « Être ou ne pas être en cessation des paiements », *GP*, n° 251 du 8 septembre 2005, p. 14 ; DIALLO B., « La cessation des paiements du débiteur en OHADA », note sous CA Ouagadougou, ch. civ. et com., arrêt n° 52 du 16 avril 2004 (disponible à *Ohadata*, J-04-375), *Jurifis Info*, décembre 2010, p. 12, *Ohadata*, D-10-64 ; LUCAS F.-X., « Appréciation de l'état de cessation des paiements d'une filiale soumise à une procédure de sauvegarde », note sous Cass. fr., com., 24 mars 2009, n° 08-12.212 (société Smoby), *BJS*, n° 7 du 1^{er} juillet 2009, p. 691 ; LEBEL Ch., « La cessation des paiements précisée », note sous Cass. fr., com., 7 février 2012, n° 11-11.347, *B. 27*, *JCP E*, n° 26 du 28 juin 2012, 1414 ; AVENA-ROBARDET V., « "Situation irrémédiablement compromise" et "cessation des paiements" : deux notions à ne pas confondre », note sous Cass. fr., com., 31 mars 2004, *D. 2004*, p. 1231 ; BESNARD GOUDET R., « La date de cessation des paiements ne peut précéder celle de l'immatriculation au RCS », note sous Cass. fr., com., 1^{er} février 2000, *JCP E*, n° 48 du 30 novembre 2000, p. 1909.

² V. article 7, 1^{er} tiret de l'AUPC (dans le cadre du règlement préventif).

³ La cession de droit commun des *sociétés commerciales* entre dans les procédés de restructuration régis par le Livre VI (articles 190 à 199) de l'AUSCGIE sur « les fusions, scissions et apports partiels d'actif » ; voy. MBAYE M. N., « Fusion, scission, apport partiel d'actif », in *Encyclopédie du droit OHADA* (POUGOUÉ P.-G. dir.), Lamy, 2011, p. 866-885 ; FÉNÉON A., *Droit des sociétés en Afrique OHADA*, coll. Droits africains, LGDJ, 2015, n° 1175 s., p. 459 s. Les *sociétés coopératives* peuvent également faire l'objet de restructuration selon le Titre VI (articles 174 à 176) de l'AUSCoop ; voy. NANDJIP S., « Sociétés coopératives », in *Encyclopédie du droit OHADA* (POUGOUÉ P.-G. dir.), Lamy, 2011, p. 1909-1956, spéc. n° 79 s.

⁴ Articles 131 à 133 de l'AUPC (redressement judiciaire) et articles 160 à 162 (liquidations des biens).

législations¹, la cession ne constitue pas une procédure collective à part entière, mais une modalité du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

3. En principe, la cession d'une entreprise peut prendre la forme d'une *cession d'actif* ou d'une *cession de contrôle*. En droit uniforme, aussi bien dans le redressement judiciaire que dans la liquidation des biens, l'AUPC ne régit que la *cession d'actif*, c'est-à-dire le transfert à un tiers de la propriété de l'entreprise². Ce transfert se réalise généralement contre une rémunération en argent.

La *cession de contrôle*, c'est-à-dire la transmission des parts ou actions représentatives du capital social de l'entreprise, n'est pas réglementée par l'AUPC, même s'il ne s'y oppose pas³. Mais en ce cas, il faut recourir au droit commun. La raison en est que ce type de cession (de contrôle) ne présente qu'un intérêt limité dans les procédures curatives dont le but est de permettre au débiteur de renflouer sa trésorerie dans l'optique de réorganiser ses activités et/ou d'apurer son passif⁴.

4. Cela précisé, comment l'OHADA organise-t-elle concrètement la protection des intérêts catégoriels lors de la cession dans le cadre du

¹ En droit belge par exemple, V. le transfert sous autorité de la justice dans le cadre de la réorganisation judiciaire : articles 84 et suivants du Livre XX du CDE. Voy. AYDOGDU R., « La réforme du transfert d'entreprise par la loi du 11 août 2017 : le silence assourdissant de la faillite silencieuse », in *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) : une (r)évolution ?*, 1^{re} éd., Larcier, 2017, p. 139-186 ; GRÉGOIRE M., *Procédures collectives d'insolvabilité*, Bruylant, 2012, n° 366 s., p. 203 s.

² La notion de cession consiste donc nécessairement à l'acquisition d'actifs (non des titres ou autres) : LAGARDE B., *Entreprises en difficulté : Traité économique et fiscal*, éd. Bernard Lagarde, 2017, p. 576.

³ Article 185 de l'AUPC ; ALILI S. M., « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », *Ohadata*, D-06-38, spéc. n° 24 s.

⁴ VEROUGSTRAETE I., *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, éd. 2010-2011, Kluwer, 2011, n° 2.5.6.93, p. 265.

redressement judiciaire ou de la liquidation des biens ? L'interrogation est importante à plus d'un titre.

En effet, si l'AUPC ne régit que la *cession d'actif* – et non la *cession de contrôle* –, cette cession (d'actif) peut être *totale* ou *partielle*. La *cession totale*, comme son nom l'indique, consiste à céder la totalité des actifs¹. Dans le redressement judiciaire, elle permet de soustraire l'entreprise à une gestion désastreuse² : le but n'est alors plus la continuation de l'activité du débiteur, mais la continuation de l'entreprise elle-même. Dans la liquidation des biens, la cession totale permet de sauver l'entreprise vouée à la fermeture et de préserver ainsi les emplois qui y sont attachés³.

Quant à la cession partielle d'actif, elle peut prendre deux formes : la cession de biens isolés ou la cession d'une branche d'activité. Il y a *cession partielle* lorsque la cession porte « sur des *biens isolés* et individualisés, comme par exemple des immeubles, qui ne seraient pas utilisés par l'entreprise »⁴. Il s'agit de la cession d'éléments d'actif n'ayant aucun lien entre eux⁵. Dans le redressement judiciaire, ce type de cession permet à l'entreprise de se débarrasser de certains biens non nécessaires voire inutilisés et de se procurer des liquidités pouvant favoriser l'apurement de son passif⁶.

¹ Article 131 de l'AUPC (redressement judiciaire) et article 160 (liquidation des biens).

² Notamment dans l'hypothèse où le débiteur est inapte ou incompetent ou est frappé d'interdiction d'exercer le commerce ou de diriger une entreprise : SAWADOGO F. M., « Commentaire de l'Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », in *OHADA : Traités et Actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2016, p. 1107 s., p. 1278.

³ ALILI S. M., « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », *op. cit.*, p. 1.

⁴ GUYON Y., *Droit des affaires : Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite*, T. 2, 9^e éd., Economica, 2003, n° 1270, p. 302.

⁵ Article 131, alinéa 2 de l'AUPC (redressement judiciaire) et article 160, alinéa 1^{er} (liquidation des biens).

⁶ GUYON Y., *Droit des affaires : Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite*, *op. cit.*, n° 1270, p. 301 ; PÉROCHON F., *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n° 973, p. 422.

Il y a aussi *cession partielle* d'actif lorsque certains éléments de l'actif d'une entreprise formant un ensemble cohérent sont cédés à un tiers. C'est le cas « des ensembles d'éléments constituant une *branche d'activité* »¹ ou, pour utiliser les expressions de l'AUPC lui-même, de la « cession d'entreprise ou d'établissement » (dans le redressement judiciaire) ou de la cession d' « unités d'exploitation » (dans la liquidation des biens)². La cession d'une branche d'activité est « toute cession de biens susceptibles d'*exploitation autonome*»³ permettant d'assurer le maintien d'une activité économique, des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif »⁴. Dans le redressement judiciaire, la cession d'une branche d'activité permet à l'entreprise de se débarrasser d'une activité

¹ GUYON Y., *Droit des affaires : Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite, op. cit.*, n° 1270, p. 302.

² Dans le redressement judiciaire, l'article 131, alinéa 3 de l'AUPC utilise la locution de cession « d'entreprise ou d'établissement ». Dans la liquidation des biens, l'article 160, alinéa 1^{er} parle de « cession globale » pouvant inclure ou non des « unités d'exploitation ». La cession « d'entreprise ou d'établissement » renvoie à la même chose que la cession d' « unités d'exploitation ». La « cession globale » quant à elle englobe deux réalités : la cession d'une branche d'activité ou la cession totale (GUYON Y., *Droit des affaires : Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite, op. cit.*, n° 1276, p. 310 ; DERRIDA F., « La cession du droit au bail ne peut être assimilée à la cession de l'entreprise elle-même et, à défaut du maintien de la même activité, la liquidation judiciaire doit être prononcée », note sous CA Metz, ch. civ., 13 février 1990, *D.* 1991, p. 13). La « cession globale » envisagée dans la liquidation des biens peut donc être une cession partielle (d'une branche d'activité, mais pas de biens isolés) ou une cession totale (SAWADOGO F. M., « Commentaire de l'Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *op. cit.*, p. 1293).

³ Par « exploitation autonome », il convient d'entendre des biens constituant ensemble une division de l'entreprise capable de fonctionner par ses propres moyens (COLSON Y., « Cession d'une universalité de biens ou d'une branche d'activité : nouvelles orientations au 1^{er} janvier 2010 », *Pacioli*, n° 287 du 7-20 décembre 2009, p. 3). Si l'autonomie fonctionnelle s'apprécie généralement dans le chef du cédant, rien n'interdit qu'elle puisse s'apprécier dans le chef du cessionnaire « l'objectif poursuivi étant, en effet, qu'en définitive, cet ensemble [...] transféré puisse, après l'apport, fonctionner de manière indépendante » (CALICIS A. et ALEXANDRE C., « La notion de branche d'activité en droit interne par rapport aux directives européennes », *RGF*, n° 5, mai 2009, p. 3 s., spéc. p. 6). Dans ce sens, en droit européen, voy. RIVERA E. et SOLDAL A., *Manuel de la TVA*, 3^e éd., Anthemis, 2015, p. 86 s. ; COLSON Y., « Cession d'une universalité de biens ou d'une branche d'activité : nouvelles orientations au 1^{er} janvier 2010 », *op. cit.*, p. 3 ; CJUE, 27 novembre 2003, C-497/01, *aff. Zita Modes SARL c/ Administration de l'enregistrement et des domaines*. Cette approche favorise l'application des régimes fiscal et social éventuels de faveur.

⁴ Article 131, alinéa 3 de l'AUPC.

non rentable, tout en se procurant des liquidités nécessaires à l'apurement de son passif. Dans la liquidation des biens, tout en respectant le but de la procédure qui est l'apurement du passif, la cession d'une branche d'activité permet à une partie au moins de l'entreprise de ne pas disparaître, sauvant ainsi des emplois. C'est ce qui justifie, en matière de *cession partielle*, la préférence du législateur pour la cession d'une *branche d'activité* (plutôt que pour la cession de *biens isolés*)¹.

En somme, la cession peut favoriser le sauvetage de l'entreprise en redressement judiciaire en lui permettant de se débarrasser d'une activité improductive ou en écartant les dirigeants qui se sont distingués par leur incurie et/ou leur malhonnêteté. Dans la liquidation des biens, la cession empêche la disparition, au moins partielle, de l'entreprise. C'est en cela que le sujet est intéressant et pertinent.

5. Par ailleurs, la problématique de la cession n'intéresse pas que les parties à la vente, à savoir le débiteur-cédant et le cessionnaire (**I**). L'opération intéresse en outre les créanciers du débiteur en difficulté, puisqu'elle peut avoir des incidences sur leurs droits : le paiement des créanciers en général et/ou le maintien ou non des contrats de travail en particulier (**II**). Nous verrons que si certains créanciers privilégiés et le cessionnaire sont assez bien pris en compte, les autres créanciers et le cédant sont laissés pour compte. Nous verrons aussi que, du fait que la cession est régie de façon sibylline par trois dispositions (de l'AUPC) dans le redressement judiciaire et trois articles dans la liquidation des biens², plusieurs problématiques importantes entourant l'opération ont été purement et simplement occultées.

¹ SAWADOGO F. M., « Commentaire de l'Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *op. cit.*, p. 1277.

² Articles 131 à 133 de l'AUPC (redressement judiciaire) et articles 160 à 162 (liquidations des biens).

I. La situation contrastée des cocontractants à la cession

6. La cession d'une entreprise en difficulté est avant tout une vente qui fait donc intervenir un cessionnaire et un cédant (le débiteur en difficulté). Si le premier est bien protégé en vue de l'inciter à accomplir l'opération (**B**), le cédant, en raison de ses difficultés et du dessaisissement y consécutif, ne semble faire que de la figuration lors de l'opération (**A**).

A. L'effacement du débiteur-cédant lors de l'opération

7. La cession dans le cadre du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens n'est pas une procédure collective à part entière. Dès lors, les règles ordinaires relatives aux droits du débiteur restent d'application, ce qui limite son droit d'initiative (**1**). Pourtant, il eût été au moins logique d'ouvrir au débiteur la possibilité de cession forcée des contrats de l'entreprise cédée (**2**).

1. L'absence d'initiative en matière de vente

8. Le redressement judiciaire entraîne le dessaisissement partiel du débiteur¹ : l'entreprise est cogérée par le débiteur et le syndic ; chaque opération d'administration ou de disposition nécessite une action concertée ou une double signature². Par ailleurs, le sort de l'entreprise dépend des créanciers. En effet, le refus par les créanciers d'adopter le concordat entraîne automatiquement et

¹ Article 52 de l'AUPC.

² PÉROCHON F., *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 686, p. 310.

nécessairement la liquidation des biens¹ : à travers le vote du concordat les créanciers détiennent un droit *de vie ou de mort* sur le débiteur en redressement judiciaire². Ainsi, dans le redressement, en présence d'une pluralité d'offres de reprise, c'est à l'assemblée concordataire qu'il appartient, aux conditions de double majorité, de choisir le candidat-repreneur³. Rien ne lie l'assemblée qui est souveraine⁴.

Dans la liquidation des biens, le dessaisissement du débiteur est complet : c'est le syndic qui a tous les pouvoirs et toute la responsabilité⁵. Il est en quelque sorte le nouveau chef de l'entreprise⁶. En l'absence d'assemblée des créanciers dans cette procédure, une place prépondérante est réservée au juge. Dans la liquidation des biens, en effet, le syndic suscite les offres d'acquisition et fixe une date limite de réception des propositions de reprise. Puis, c'est le juge-commissaire qui prend une ordonnance autorisant la cession⁷, après quoi le syndic accomplit les actes nécessaires à la réalisation de l'opération.

Pendant le déroulement de la procédure de cession, le débiteur en difficulté ne bénéficie donc pas de protection particulière : les grands principes des procédures curatives restent applicables. Il en est ainsi parce que la cession ne constitue pas une procédure collective à part entière, mais une modalité du

¹ Article 126 de l'AUPC ; SAWADOGO F. M., *OHADA : Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 275, p. 268.

² SAWADOGO F. M., *OHADA : Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 159, p. 156.

³ Article 132, alinéa 1^{er} de l'AUPC.

⁴ De façon tautologique, l'AUPC précise que l'assemblée concordataire retient « l'offre la plus avantageuse » (article 132, alinéa 1^{er} *in fine*). En fait, en laissant la possibilité aux créanciers de choisir le cessionnaire, ils ne prendront logiquement en compte que l'offre qui leur permet un paiement conséquent et immédiat. Ainsi, face à deux offres, l'assemblée choisira certainement celle qui propose le plus gros chèque même si elle ne prévoit aucun engagement en matière sociale. Pourtant, l'esprit de la cession veut que la préférence n'aille pas nécessairement au plus offrant (CA Limoges, 1^{re} ch. civ., 13 août 1986, *JCP E*, n° 44 du 30 octobre 1986, 14794, note Cabrillac).

⁵ Cass. fr., soc., 24 janvier 1989, n° 87-42.944, B. 53, p. 31.

⁶ Article 53 de l'AUPC.

⁷ Cette ordonnance a été qualifiée, en droit français, de mesure de juridiction gracieuse et, donc, insusceptible de recours : Cass. fr., com., 20 décembre 1988, n° 87-15.549, B. 347, p. 232.

redressement judiciaire ou de la liquidation des biens. Ce constat ne s'opposait toutefois pas à ce que des droits soient reconnus au débiteur, notamment en matière de cession des contrats de l'entreprise.

2. L'impossible cession forcée des contrats de l'entreprise

9. Sous l'AUPC initial de 1998, le législateur, tout en prévoyant la possibilité de la cession de l'entreprise ou d'une de ses branches, ne prévoyait aucun régime de cession forcée des contrats. De fait, si un contrat prévoyait une clause d'incessibilité ou s'il était conclu *intuitu personae*, il ne pouvait être cédé, fut-ce dans le cadre d'une procédure curative¹. Cette démarche avait été dénoncée par une doctrine éclairée qui avait proposé, à l'instar du droit français, un canevas pertinent de cession forcée des contrats utiles au fonctionnement de l'entreprise cédée².

La proposition était logique : céder une entreprise sans les contrats qui en assurent le fonctionnement revient à céder une coquille vide, ce qui est une opération peu séduisante. Nonobstant cette observation pertinente, *bis*

¹ En règle, les contrats sont cessibles, sauf s'ils sont conclus en considération de la personne. Mais même lorsque la cession est permise – parce que le contrat n'est pas conclu *intuitu personae* et qu'il ne prévoit aucune clause d'incessibilité –, celle-ci n'est parfaite (substitution du cessionnaire au cédant avec pour corollaire la décharge du cédant) qu'avec l'acceptation expresse ou tacite ou, en tout état de cause, l'accord certain du cocontractant cédé : Cass. be, 26 juin 2017, n° C.16.0329.N. ; VAN OMMESLAGHE P., *Droit des obligations*, T. 3 : Régime général de l'obligation. Théories des preuves, Bruylant, 2010, n° 1367 s., p. 1910 s.

² ALGADI A. S., « Cession judiciaire et principes contractuels en droit OHADA », *RIDC*, vol. 60, n° 1, 2008, p. 45-60. V. aussi nos contributions en la matière : MARÉ, « Le régime des contrats en cours (à l'exclusion du bail commercial et des contrats de travail) dans les procédures curatives d'insolvabilité », *Penant*, n° 906, janvier-mars 2019, p. 77-101, spéc. n° 50 ; MARÉ, « Le régime du bail commercial en cours dans les procédures curatives d'insolvabilité », *Penant*, n° 907, avril-juin 2019, p. 206-242, spéc. n° 20 s.

repetita : l'AUPC révisé de 2015 a reconduit la situation antérieure¹. Aujourd'hui encore, en droit de l'OHADA, le cédant ne peut céder les contrats liés à l'exploitation de l'entreprise ou de la branche d'activité cédée sans l'accord du cocontractant.

10. Au contraire des contrats en général, qui ne peuvent être cédés librement, le législateur semble prévoir la possibilité d'une cession forcée du droit au bail professionnel². En effet, l'article 97, alinéa 3 de l'AUPC autorise le débiteur en difficulté, conformément au dessaisissement, à poursuivre le bail ou de le céder. Il est rédigé en ces termes : « Le syndic, en cas de liquidation des biens, ou le débiteur assisté du syndic, en cas de redressement judiciaire, peut continuer le bail ou le céder *aux conditions éventuellement prévues au contrat conclu avec le bailleur et avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent* ». Une lecture attentive de la disposition fait ressortir qu'en réalité le bail n'est pas soumis à un régime dérogatoire. En fait, lorsque le bail est cédé, il doit l'être aux conditions prévues au contrat *et* avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent. Dit autrement, la cession du bail est soumise à la loi du contrat : il ne s'agit guère d'une cession judiciaire ou forcée³.

Cela signifie, d'abord, que le bail ne peut être cédé si le contrat prévoit une clause d'incessibilité. Ensuite, même si le contrat autorise la cession, c'est aux termes et conditions qu'il édicte : cela implique le respect des éventuelles clauses imposant au repreneur diverses formalités, celles imposant un droit de préférence du bailleur, celles imposant l'agrément préalable du cessionnaire par

¹ Ce qui a changé dans la cession avec la révision de 2015 c'est la possibilité de céder tous les actifs de l'entreprise en redressement judiciaire, ce qui n'était pas possible sous l'AUPC de 1998 : SAWADOGO F. M., *OHADA : Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 279, n° 288 ; ALILI S. M., « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », op. cit., n° 22, p. 5.

² AUQUE F., « Le bail commercial n'est pas un contrat comme les autres (articles 37 et 38 nouveaux de la loi du 25 janvier 1985) », *RPC*, 1997, p. 131.

³ Pourtant, selon que la cession est forcée ou non, elle impliquera l'application de règles différentes : REILLE F., *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz action, D. 2017-2018, n° 83.

le bailleur¹, en un mot, le respect de toutes les clauses². Enfin, comme le bail transféré est soumis à la loi du contrat (de bail), il est transféré en l'état : le repreneur ne peut modifier la destination des locaux, en adjoignant par exemple à l'exploitation des activités connexes ou complémentaires non prévues au contrat³. Le bail ne déroge donc pas, en tant que tel, à l'impossibilité de céder les contrats sans l'accord du cocontractant.

11. Ainsi, tout en ouvrant à l'entreprise en difficulté la possibilité de céder tout ou partie de ses actifs, le législateur ne prévoit pas la cession forcée des contrats indispensables à la poursuite de l'activité. Mais comment une entreprise pourrait-elle raisonnablement être cédée sans des contrats ?

En l'état, la cession est délicate pour le cessionnaire, parce qu'il est tenu, après l'opération, de (re)construire lui-même de nouvelles relations d'affaires. Cette contrainte est naturellement prise en compte par le cessionnaire dans la fixation du prix de cession ou, plus grave pour l'intérêt des créanciers, dans l'opportunité même de la reprise. Le corollaire de ce qui précède est une cession non lucrative pour l'entreprise en difficulté voire l'absence totale de repreneur. Le débiteur est donc laissé à sort, ce qui n'est pas le cas du cessionnaire qui est traité avec égard.

¹ KENDÉRIAN F., « Cession du bail en état de procédures collectives », *AJDI*, 2017, p. 187 (l'auteur commente l'article L. 641-12, alinéa 5 du C. com. qui est transposable à l'article 97, alinéa 3 de l'AUPC puisque le texte uniforme n'est qu'une reprise du texte français).

² Ainsi, si le contrat prévoit, en cas de cession, une clause de garantie solidaire du cédant, il faut la respecter : il s'agit d'une hypothèse assez bizarre où le débiteur, alors qu'il est en difficulté et ne peut répondre de ses propres dettes, est tenu de répondre des dettes d'autrui. Il en va de même de la « clause de solidarité inversée » – en vertu de laquelle le cessionnaire est garant de la totalité des sommes dues par le preneur à la date de la cession du bail – qui reçoit également application.

³ Le droit commun OHADA du bail, comme celui des procédures collectives, ne connaît pas de la « cession-désécialisation » : FOKO A., « Bail commercial (bail à usage professionnel) », in *Encyclopédie du droit OHADA* (POUGOUÉ P.-G. dir.), Lamy, 2011, p. 400 s., spéc. n° 114 s., p. 432.

B. La préservation du cessionnaire contre le passé de l'entreprise cédée

12. Contrairement au droit commun des restructurations, le cessionnaire ne répond du passif de l'entreprise qu'à partir du moment où il en acquiert, dans des conditions strictes, la propriété **(1)**. Il ne répond donc pas du passé, ce qui est une belle garantie, en ce qu'il est à l'abri des surprises **(2)**.

1. Un engagement qui n'est parfait qu'après l'accomplissement des formalités de la cession : les règles relatives au transfert de propriété

13. Dans le redressement judiciaire, il n'est pas illégitime de se demander à quel moment l'acquéreur devient propriétaire de l'entreprise cédée : est-ce après le vote des créanciers entérinant le concordat ? l'homologation du juge qui donne force exécutoire au concordat ? après l'accomplissement des formalités de la cession ? Dans la liquidation des biens, la question se pose également de savoir si la propriété de l'entreprise est transférée au cessionnaire dès l'ordonnance du juge autorisant la cession ou, au contraire, après l'accomplissement des formalités (*V. supra*, n° 8).

14. D'emblée, il y a lieu de préciser qu'aussi bien dans le redressement judiciaire que dans la liquidation des biens, l'offre parvenue au syndic lie son auteur¹. Il s'agit cependant d'une intangibilité à sens unique, dans la mesure où « la règle empêche seulement le candidat de se rétracter ou de proposer moins ; elle ne lui interdit pas d'améliorer ses propositions jusqu'à l'adoption du plan »².

¹ LAGARDE B., *Entreprises en difficulté : Traités économique et fiscal*, *op. cit.*, p. 579.

² CA Limoges, 1^{re} ch. civ., 13 août 1986, *JCP E*, n° 44 du 30 octobre 1986, 14794, note Cabrillac.

Cela étant, dans les deux procédures, le transfert de propriété du cédant au cessionnaire n'a lieu qu'après l'accomplissement des formalités de la cession¹. La règle vaut également en matière fiscale². Néanmoins, la cession est parfaite, même si les formalités n'ont pas encore été accomplies, dès que l'ordonnance du juge-commissaire (dans la liquidation des biens)³ ou que le jugement d'homologation du concordat (dans le redressement judiciaire) a acquis force de chose jugée. À partir de cet instant, sauf motif légitime⁴, le refus du cessionnaire de passer les actes nécessaires à la cession peut entraîner des dommages-intérêts⁵.

15. La cession étant parfaite avant le transfert effectif de propriété, quel est le régime des créances nées entre ce laps de temps ? À défaut d'avoir prévu un régime spécial, c'est le droit commun qui s'applique. Et, en droit commun, *res perit domino* : aussi longtemps que les formalités nécessaires n'ont pas été accomplies, le propriétaire supporte les dettes. Dit autrement, le cessionnaire ne répond des dettes de l'entreprise qu'à partir de l'accomplissement des formalités de la cession (V. *infra*, n°s 16 et 17).

Seulement, un long délai peut séparer le moment où la cession est parfaite du transfert effectif de la propriété : c'est la période transitoire qui est risquée pour toutes les parties⁶. Par exemple, il peut arriver que le cessionnaire, soit qu'il est proactif, soit que les formalités s'éternisent, demande à assumer la gestion de

¹ Cass. fr., com., 26 janvier 1993, n° 91-40.308, B. 30, p. 18, D. 1993, p. 205, note Derrida ; Cass. fr., com., 13 mars 2012, n° 10-24.192, B. 52.

² CE fr., 8/9 SSR, 12 février 1990, n° 63324, inédit au recueil *Lebon*.

³ Cass. fr., com., 4 octobre 2005, n° 04-15.062, B. 191, p. 207. V. aussi Cass. fr., com., 7 septembre 2010, n° 09-66.284, B. 132 ; Cass. fr., com., 6 juin 2013, n° 12-18.481, B. 121 ; Cass. fr., com., 1^{er} octobre 2013, n° 12-23.999, B. 144 ; Cass. fr., com., 11 février 2014, n° 12-26.208, B. 35.

⁴ Cass. fr., com., 3 novembre 2010, n° 09-70.372, inédit.

⁵ CA Paris, 11 avril 1995, cité par LAGARDE B., *Entreprises en difficulté : Traité économique et fiscal*, op. cit., p. 581.

⁶ BUREAU H., « La période intermédiaire entre l'adoption et la réalisation du plan de cession », *JCP E*, n° 27 du 8 juillet 1999, p. 1182.

l'entreprise avant le transfert effectif de propriété. Cette situation n'est guère prévue en droit de l'OHADA¹. En pareille situation, le recours au droit commun est au désavantage du débiteur en difficulté, parce que, étant encore propriétaire, il reste tenu des dettes découlant de l'éventuelle gestion du cessionnaire intervenue avant le transfert effectif de propriété².

En vue de garantir la célérité requise dans le traitement des difficultés des entreprises, le législateur gagnerait à prévoir, au profit du cessionnaire, la possibilité de prendre, à ses risques et périls, le contrôle de l'entreprise, dès que la cession est parfaite. La solution a le mérite de ne pas faire dépendre le sauvetage des entreprises en difficulté des lenteurs dans l'accomplissement de formalités. Aussi la solution permettrait-elle au cessionnaire – qui sera de toute façon le propriétaire des éléments cédés – de gérer immédiatement son patrimoine plutôt que de le laisser entre les mains d'un syndic qui pourrait prendre des décisions lourdes de conséquences pour lui (le cessionnaire) à l'avenir³.

2. Une responsabilité qui ne vaut qu'à compter du transfert de propriété :

l'irresponsabilité vis-à-vis du passif de l'entreprise cédée

16. En droit commun, les opérations de restructuration entraînent transmission universelle de patrimoine : « Dans la *fusion*, la société bénéficiaire des apports devient débitrice des créanciers de la ou des sociétés apportées

¹ À titre comparé, le législateur français prévoit la possibilité pour le juge de confier au cessionnaire, à sa demande et sous sa responsabilité, la gestion de l'entreprise cédée : article L. 642-8 du C. com. En ce cas, il répond immédiatement des dettes de l'entreprise même s'il n'en a pas encore acquis la propriété au sens juridique.

² Cass. fr., com., 26 janvier 1993, n° 91-40.308, *B.* 30, p. 18, *D.* 1993, p. 205, note Derrida.

³ Pour la doctrine toutefois, en ce cas, le syndic ne peut prendre aucune décision importante sans en informer au préalable le cessionnaire (BUREAU H., « La période intermédiaire entre l'adoption et la réalisation du plan de cession », *op. cit.*, p. 1182). Mais que se passerait-il si ce prescrit n'est pas respecté ?

(article 679 alinéa 1 AUSC-GIE). Dans la *scission*, les sociétés bénéficiaires deviennent débitrices des créanciers de la société scindée au lieu et place de celle-ci (article 688 AUSC-GIE) [...]. Dans l'*apport partiel d'actif*, la société bénéficiaire devient débitrice solidaire de la société apporteuse pour les dettes liées à la branche autonome et complète d'activité transférée »¹. Avec ces règles, aucun cessionnaire n'a intérêt à la reprise d'une entreprise en difficulté.

17. En vue de favoriser la reprise des entreprises en difficulté, une protection dérogatoire est reconnue au cessionnaire. En effet, sauf accord exprès de sa part, la cession d'une entreprise dans le cadre du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens n'est pas une cession d'universalité². Il a ainsi été jugé que le « cessionnaire désigné par le plan de cession de l'entreprise n'est pas l'ayant cause à titre universel du débiteur et qu'il ne recueille que les droits et actions afférents aux éléments d'actifs cédés »³. La responsabilité de chacun (cédant et cessionnaire) est donc en principe délimitée par la date de sa propriété⁴. Autrement dit, « les dettes antérieures à la cession ne sont pas transmises, qu'elles soient antérieures ou postérieures au jugement d'ouverture concernant le cédant »⁵ : la cession ne concerne que l'actif. Partant, en cas de cession, les créanciers (en ce compris les salariés) dont les droits sont nés avant le transfert de propriété n'ont pas de recours contre le cessionnaire, ce qui est plutôt rassurant pour lui et compréhensible au surplus.

¹ MBAYE M. N., « Fusion, scission, apport partiel d'actif », *op. cit.*, n° 110-112, p. 881.

² LE CANNU P., « Condition du transfert au repreneur d'une société du passif en même temps que l'actif », note sous Cass. fr., com., 30 mars 1993 (n° 91-12.274, B. 134, p. 91), D. 1993, p. 384 ; LAGARDE B., *Entreprises en difficulté : Traité économique et fiscal*, *op. cit.*, p. 576.

³ Cass. fr., com., 19 décembre 2006, n° 04-20.591, inédit.

⁴ Seulement, un long délai peut séparer le moment où la cession est parfaite du transfert effectif de propriété ; une période risquée pour toutes les parties (BUREAU H., « La période intermédiaire entre l'adoption et la réalisation du plan de cession », *op. cit.*, p. 1182).

⁵ LE CANNU P., « Condition du transfert au repreneur d'une société du passif en même temps que l'actif », note sous Cass. fr., com., 30 mars 1993 (n° 91-12.274, B. 134, p. 91), D. 1993, p. 384.

II. Le sort mitigé des créanciers (en ce compris des salariés)

18. La protection des salariés ne saurait être identique à celle des créanciers fournisseurs de biens, de services ou de crédits¹ (**A**), puisque « les salariés sont des créanciers d'un type bien particulier, dont le statut ne permet pas de les assimiler en tant que tels aux autres créanciers »² (**B**).

A. La protection partielle des droits des créanciers en général

19. Deux impératifs semblent essentiels aux yeux du législateur : contraindre l'acquéreur au paiement du prix de la cession et désintéresser les *créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés* (**1**), ce qui n'est clairement pas dans l'intérêt d'un grand nombre de créanciers (**2**).

1. Le maintien obligatoire des droits des titulaires de sûretés réelles spéciales

20. Dans le redressement judiciaire, en cas de cession, outre les conditions ordinaires d'homologation du concordat, le juge ne peut l'homologuer qu'à deux conditions supplémentaires : la cession ne doit être homologuée que si « le prix est suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés » *et que* « le prix est payable au comptant ou si, dans le cas où des délais de paiement sont accordés à l'acquéreur, ceux-ci n'excèdent pas deux (02) ans et sont garantis par le cautionnement solidaire d'un

¹ ISSA-SAYEGH J., « Le sort des travailleurs dans les entreprises en difficulté en droit OHADA », *Ohadata*, D-09-41, p. 1.

² POLLAUD-DULIAN F., « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *JCP G*, n° 23 du 3 juin 1998, doct. 138, n° 7.

établissement bancaire »¹. De même, dans la liquidation des biens, l'article 163 de l'AUPC renvoie, pour les effets de la cession, à l'article 133 qui régit la cession dans le cadre du redressement judiciaire.

En revanche, dans la liquidation des biens – et contrairement au redressement judiciaire où le législateur est muet –, il est précisé, *expressis verbis*, que les offres de reprise peuvent contenir ou ne pas contenir un engagement de maintenir tout ou partie des emplois. Pour le dire autrement, l'aspect social n'est pas une condition de la cession dans la liquidation des biens. Le maintien de l'emploi est tout au plus un souhait du législateur² susceptible d'influencer la décision du juge quant au caractère sérieux de l'offre³ (V. *infra*, n°s 23 s.).

Ainsi présenté, dans le redressement judiciaire ou dans la liquidation des biens, ce qui importe pour le législateur en cas de cession c'est de tirer le meilleur produit de réalisation de l'opération au profit des créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés. Un régime qui tient compte des intérêts des autres créanciers était cependant envisageable.

2. L'absence de vision globale et sur le long terme de l'opération

21. Il n'est pas contesté que les entreprises en difficultés sont généralement reprises à un prix dérisoire. En droit de l'OHADA, cette situation est favorisée par le fait que les seuls impératifs de la cession semblent être le paiement du prix promis par l'acquéreur et le désintéressement des créanciers

¹ Article 132 de l'AUPC.

² SAWADOGO F. M., « Commentaire de l'Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif », *op. cit.*, p. 1293.

³ Article 161 de l'AUPC.

titulaires de sûretés réelles spéciales¹. La situation n'est malheureusement pas une hypothèse d'école.

Dans l'*affaire Flexifoam*², saga judiciaire ayant abouti au prononcé de près de dix décisions, une branche d'activité fonctionnelle, occupant quarante salariés, a été cédée pour la modique somme de 3.000.000 FCFA (\pm 4.500 €). Dans la même veine, le terrain du débiteur, qui valait 100.000.000 FCFA (\pm 150.000 €) d'après les estimations des experts, a pourtant été vendu pour la moitié du prix.

Dans ces circonstances, tous les autres créanciers sont lésés, puisque la protection de l'ensemble des créanciers commande d'interdire la cession lorsque le prix est *significativement* inférieur à la valeur des actifs considérée dans une optique de démembrement ; même sous le couvert du maintien de l'emploi, la reprise des entreprises en difficulté à vil prix n'est pas acceptable. Il est en effet insensé que le produit de la cession soit inférieur au produit d'une vente au détail de l'entreprise. Il serait peut-être temps de mettre une dose de transparence dans les opérations de cession³. Pour ce faire, l'OHADA pourrait s'inspirer du législateur belge qui prévoit expressément que : « Pour qu'une offre puisse être prise en considération, le prix offert pour l'ensemble des actifs vendus ou cédés doit être égal ou supérieur à la valeur de réalisation forcée présumée en cas de faillite ou liquidation »⁴.

¹ V. article 132 de l'AUPC.

² *Affaire Flexifoam* (notam. TPI Ouagadougou, jugement du 1^{er} octobre 1986 ; CA Ouagadougou, arrêt n° 90 du 6 octobre 1991), citée par SAWADOGO F. M., « L'application judiciaire du droit des procédures collectives en Afrique francophone, à partir de l'exemple du Burkina Faso », *op. cit.*, p. 222 s.

³ Voy. GUYON Y., « La transparence dans les procédures collectives » (conférence prononcée le 9 septembre 1998 lors d'un colloque organisé par la Revue des procédures collectives), *LPA*, n° 79 du 21 avril 1999, p. 8, spéc. n° 10 s.

⁴ Article XX.87, § 1^{er}, alinéa 3 *in fine* du Livre XX du CDE. Pour une application, voy. CA Mons, 1^{re} ch., 22 mars 2010, *JT*, 2010, p. 372 ; INGHELS B., « La réorganisation judiciaire à l'heure du transfert : vite, mais comment et à quel prix ? », obs. sous CA Mons, 1^{re} ch., 22 mars 2010, *JT*, 2010, p. 374, spéc. n° 7.

22. Par ailleurs, faut-il permettre l'acquisition à prix dérisoire de l'entreprise en difficulté suivie, non par son sauvetage véritable, mais par sa liquidation au seul avantage du repreneur ? Cette interrogation, fruit d'une vision durable, utilitariste et économique de la cession, a justifié, en droit comparé, l'interdiction des « cessions-liquidations »¹, c'est-à-dire l'acquisition de l'entreprise suivie de son démembrement dans le seul intérêt du repreneur. Les cessions-liquidations sont fréquentes. C'est le cas notamment à chaque fois que le repreneur n'est qu'un prête-nom du débiteur ou une personne dont le but n'est pas de poursuivre l'activité, mais d'acheter l'entreprise en vue de la dépecer. Un suivi de la cession s'impose de ce fait, afin de s'assurer du caractère durable de l'opération².

Le suivi de la cession empêche le débiteur, chassé par la porte, de revenir par la fenêtre : étant donné que la cession d'une entreprise en difficulté n'est pas une cession d'universalité et, donc, qu'elle n'emporte pas cession des dettes (*supra*, n° 17), le suivi réduit le risque de fraude qui consiste pour le débiteur en difficulté à faire racheter son entreprise par un prête-nom, ce qui lui permet de la retrouver nettoyée du passif. Le suivi de la cession est aussi nécessaire afin de s'assurer que les engagements du cessionnaire, notamment en matière sociale³, seront exécutés⁴. Ce faisant, le suivi contraint les éventuels repreneurs à plus de sérieux

¹ CA Paris, 1^{re} ch. A, 23 juillet 1992, *D.* 1992, p. 491.

² Par exemple, le droit français assure le suivi de la cession. V. notam. article L. 642-11 du C. com.

³ C'est pourquoi, en France, les offres doivent mentionner la durée du maintien de l'emploi après la reprise. V. notam. article L. 642-2, 2° et 8° du C. com.

⁴ Le texte uniforme s'inspire en partie de la loi française du 25 janvier 1985. Or, « d'un rare angélisme, la loi du 25 janvier 1985 n'avait guère envisagé l'inexécution des obligations du cessionnaire, ce qui était incohérent, anti-économique, et incitait à la fraude, en favorisant les repreneurs malhonnêtes au détriment des repreneurs sérieux... » (PÉROCHON F., *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1293, p. 589). Alors que cette lacune a été corrigée en France (loi du 10 juin 1994, article L. 643-9, alinéa 5 du C. com.), la révision de l'Acte uniforme n'a rien prévu au sujet du suivi. Il est ainsi fréquent, en droit de l'OHADA, qu'oubliant ses engagements initiaux, le cessionnaire, dans le but d'une rentabilité maximale, soumette l'entreprise à une restructuration sévère (ALILI S. M., « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », *op. cit.*, n° 73, p. 19).

compte tenu de la possibilité de leur demander des comptes pendant un certain délai. Enfin, le suivi peut constituer un outil statistique efficace permettant d'évaluer la survie des entités cédées et, par la même occasion, l'efficacité des textes qui les régissent.

B. La garantie minimale de la continuité des contrats de travail en particulier

23. Pour peu que les salariés soient repris par le cessionnaire (1), ce sont les droits nationaux qui garantissent, bon an, mal an, le maintien de leurs droits (2).

1. L'absence de prise en compte du maintien de l'emploi

24. Dans la liquidation des biens, l'entreprise est en principe appelée à disparaître. C'est sans doute pour cette raison que le législateur n'estime pas nécessaire d'ériger le maintien de l'emploi en une des conditions de l'opération : l'aspect social est tout au plus un vœu (*supra*, n° 20). Pourtant, la liquidation des biens ne se traduit pas nécessairement par la disparition de l'entreprise¹ : la cession permet au contraire « d'en pérenniser l'exploitation et de maintenir les emplois qui y sont attachés, mais aussi de désintéresser dans la mesure du possible les créanciers »². La cession est une hypothèse – la seule d'ailleurs – qui permet la sauvegarde de l'entreprise en dépit de la liquidation des biens. Le législateur aurait donc pu saisir l'occasion d'éviter, sinon limiter, la casse sociale, en enjoignant au juge de tenir systématiquement compte du plan social du repreneur.

¹ PÉTEL P., « Le redressement de l'entreprise en liquidation », *Études offertes à Pierre Catala : Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2001, p. 903-908.

² ALILI S. M., « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », *op. cit.*, p. 1.

25. Dans le redressement judiciaire, il est, en l'état, impossible de prendre en compte les droits des salariés de façon spécifique, puisque la procédure de cession est entièrement tributaire de l'assemblée concordataire¹ : tant qu'il appartiendra aux créanciers de voter le concordat (en ce compris le concordat comportant cession) et non au juge de décider, les créanciers voteront toujours en leur faveur, sans tenir compte des droits sociaux en particulier. Mais curieusement, si dans le redressement judiciaire ce sont les créanciers qui décident de la cession, le prix de l'opération est versé à l'actif du débiteur (sauf exception)². N'est-ce donc pas préférable de confier la décision au juge ? C'est le choix retenu en droit comparé.

En Belgique³ et en France⁴ par exemple, la cession des entreprises en difficulté est décidée, quelle que soit la procédure d'insolvabilité en cause, par le juge qui est tenu, dans le choix du cessionnaire, d'être attentif au maintien de l'emploi. Dans ce sens, le Professeur Le Corre écrit que, en deux cents ans d'évolution, le droit français a relégué au second plan la sanction du débiteur en difficulté et le paiement des créanciers, devenus des préoccupations mineures, pour concentrer l'essentiel de ses efforts sur le sauvetage et le maintien des emplois⁵ : « le droit des procédures collectives a changé de finalité et fait de la recherche du redressement l'idéal qu'il faut atteindre »⁶.

26. Par ailleurs, pour Monsieur Alilli : « La reprise d'entreprises en difficulté se trouve [...] partagée entre les soucis de rentabilité économique et de

¹ Article 132, alinéa 1^{er} de l'AUPC.

² Article 133, alinéa 1^{er} (pour le principe) et alinéa 2 de l'AUPC (pour l'exception).

³ Articles XX.84 et XX.89 du CDE. Voy. CLESSE J. et HUBIN J., « Le transfert sous autorité de justice. Description du dispositif normatif », in *Questions spéciales de droit social*, Larcier, 2014, p. 379-406, spéc. n° 23.

⁴ Articles L. 642-1 et L. 642-5 du C. com. et article L. 642-2 du même code.

⁵ LE CORRE P.-M., « 1807 – 2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *GP*, n° 202 du 21 juillet 2007, p. 3, spéc. n° 10.

⁶ SÉNÉCHAL M., *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, coll. Bibliothèque de droit de l'entreprise n° 59, Litec, 2002, n° 8, p. 18.

sauvegarde des emplois. Autrement dit, la reprise d'entreprises en difficulté met en opposition les tenants du maintien de l'emploi (à tout prix ?) et ceux du réalisme économique (à quel prix ?) »¹. Face à cette contradiction, le législateur uniforme a opté pour une solution radicale : le cessionnaire reprend ou ne reprend pas certains salariés.

En obligeant ainsi à reprendre les salariés avec tous leurs droits, le législateur limite l'attrait de la cession pour les éventuels repreneurs. Il eût été pourtant plus judicieux, nous semble-t-il, de permettre au cessionnaire de négocier certains avantages qui s'attachent aux contrats de travail². Cette solution, qui implique de couper la poire en deux, rencontre mieux l'équilibre fragile à respecter entre le maintien des droits sociaux et le réalisme économique. Au surplus, le législateur uniforme ne régit pas les droits de salariés repris. Il faut donc se référer aux droits nationaux en la matière.

2. Le délaissement problématique des droits des salariés repris au droit national

27. Si la plupart des États membres de l'OHADA prévoient le maintien des droits des salariés repris³, il ne s'agit pas d'un principe unanimement admis et clairement établi. Par exemple, en cas de modification de la situation juridique

¹ ALILI S. M., « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », *op. cit.*, p. 11.

² En Belgique, il est permis au cessionnaire de renégocier certains avantages liés au contrat de travail (*transfert dans la réorganisation judiciaire*) ou de conclure un nouveau contrat de travail (*reprise après faillite*) : article 86, § 3, dernier alinéa du Livre XX du CDE ; la CCT n° 102, spéc. articles 10, 11 et 12 ; et la CCT n° 32 *bis* ; voy. CLESSE J. et HUBIN J., « Le transfert sous autorité de justice. Description du dispositif normatif », *op. cit.*, spéc. n° 25 s., p. 385 s. et n° 42-43, p. 399-402. En France, de manière générale (pas seulement en cas de cession), la législation « admet de façon explicite que le contrat de travail puisse être modifié pour motif économique lorsque l'entreprise est en redressement et en liquidation judiciaire [articles L. 1233-60-1 du Code du travail] » : JACOTOT D. et FIN-LANGER L., « La naissance d'un droit social des entreprises en difficulté ? », *RPC*, n° 2, mars-avril 2014, dossier 24, n° 8. Ainsi, la législation française admet la « possibilité d'adapter les contrats de travail, en proposant par exemple la modification des horaires, de la durée du travail ou même le salaire à la baisse, avec l'accord du salarié » (*ibid.* : JACOTOT D. et FIN-LANGER L., « La naissance d'un droit social... »).

³ ISSA-SAYEGH J., « Le sort des travailleurs dans les entreprises en difficulté en droit OHADA », *op. cit.*, p. 8 (dans le cadre de la location-gérance mais transposable à la cession).

de l'employeur, le droit burkinabè pose le principe du maintien des contrats de travail¹, même si la nouvelle entreprise s'adonne à des activités différentes². Cependant, l'article 92 du Code du travail burkinabè ajoute une précision étonnante :

« Le nouvel employeur est tenu au respect des obligations qui incombent à l'ancien employeur à l'égard des travailleurs dont les contrats de travail subsistent, à compter de la date de modification de la situation juridique de ce dernier.

Toutefois, le nouvel employeur n'est pas soumis à cette obligation lorsque cette modification intervient dans le cadre d'une procédure de règlement judiciaire^[3] ou de liquidation des biens de l'employeur ».

28. L'alinéa 2 de la disposition précitée dispense le repreneur des obligations du cédant lorsque la cession a lieu dans le cadre d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens. Mais dans quelle mesure le repreneur est-il dispensé des obligations de l'ancien employeur ? Est-ce à dire qu'il serait dispensé du respect de certains droits des travailleurs repris ? Est-ce une voie ouverte à la renégociation des contrats des travailleurs repris ? Aucune réponse ne s'impose avec la force de l'évidence, si bien qu'au pays des Hommes intègres, les salariés repris dans le cadre de la cession d'une entreprise en cessation des paiements sont dans une situation d'insécurité juridique.

Il ne serait donc pas excessif que le législateur communautaire affirme clairement le principe du maintien des droits acquis aux salariés, sauf ceux librement renégociés, afin d'éviter les formulations hasardeuses de certains législateurs

¹ Article 91 du Code du travail burkinabè (loi n° 28-2008/AN du 13 mai 2008).

² CA Ouagadougou, 18 avril 1995, *Revue burkinabè de droit*, n° 30, 1994, p. 334 (application de l'article 38 du Code du travail) ; CA Ouagadougou, 18 avril 1995, *Revue burkinabè de droit*, n° 30, 1994, p. 337 (application de l'article 39 du Code du travail).

³ Il faut lire « redressement » judiciaire et non « règlement » judiciaire. Il s'agit d'une erreur matérielle.

nationaux. Idéalement, la situation des salariés gagnerait à être harmonisée dans un Acte uniforme¹. Mais comme l'adoption d'un Acte uniforme sur le droit du travail se fait attendre², rien n'interdit au législateur de régler certaines questions sociales directement dans l'AUPC. C'est d'ailleurs cette méthode qui est usitée actuellement sur certains aspects sociaux³.

Conclusion

29. La cession des entreprises en difficulté est née d'un constat unanimement admis : l'intérêt, pour toutes les parties prenantes, de la survie plutôt que de la disparition des entreprises⁴. L'admission de la cession est donc une solution à saluer, même si elle reste à parfaire.

¹ La question ne se pose pas qu'en droit de l'OHADA. En France aussi, « [n]ombreux sont les praticiens qui réclament l'élaboration de ce droit spécial » du travail adapté aux procédures collectives : DONNETTE A., « Un pas de plus en faveur d'un droit du travail des entreprises en difficulté », *RPC*, n° 4, juillet-août 2013, étude 21, n° 11.

² La version finale d'un avant-projet d'Acte uniforme sur le droit du travail est terminée depuis le 24 novembre 2006 (consulté le 30 avril 2021 à l'adresse <<http://www.ohada.com/content/newsletters/141/avant-projet-droit-travail-ohada.pdf>>), mais son adoption se fait encore attendre. Voy. MARTOR B., PILKINGTON N., SELLERS D. et THOUVENOT S., *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, *op. cit.*, p. 30 s., n° 121 s. ; CHIFFOT BOURGEOIS F., BEN KEMOUN et THOUVENOT S., « Pérenniser les succès de l'OHADA : pistes de réflexions », *op. cit.*, p. 238 s.

³ V. par exemple les articles 110 et 111 (régime des licenciements), les articles 95 et 96 (superprivilège des salariés), ou l'article 134, alinéa 3 de l'AUPC (les travailleurs et le concordat).

⁴ « [C]ertes, il faut protéger les créanciers. Certes, il faut respecter la parole donnée et il ne faut pas admettre un droit de ne pas payer ses dettes. Mais tous s'accordent à considérer aussi qu'il faut tant que faire se peut, sauver les entreprises en difficulté, car la disparition des entreprises, c'est la disparition des emplois, et c'est une forme de mort » (SAINT-ALARY-HOUIN C., « Présentation générale de l'évolution de la situation des créanciers », in *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Montchrestien, 1998, p. 7, n° 19). « Il est, en effet, une réalité indéniable que l'entreprise joue un rôle majeur et crucial dans la vie économique et sociale d'un pays, d'une région, d'un continent. Les propriétaires y tirent des dividendes, les salariés des revenus, les prêteurs des intérêts sur les prêts consentis, l'État des impôts et la création d'emplois. Quant aux usagers et clients, ils bénéficient de ses services. Sa disparition ne peut donc qu'avoir des conséquences économiques et sociales désastreuses pour les pays africains

En effet, le législateur communautaire réserve à la cession un traitement lapidaire et simpliste. Deux impératifs semblent essentiels à ses yeux : contraindre l'acquéreur au paiement du prix de la cession et désintéresser des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés. Ces créanciers sont (sur)protégés, puisqu'ils doivent pouvoir être désintéressés après l'opération. Quant aux autres créanciers, leurs droits ne sont pas davantage pris compte, ce qui aurait dû/pu se faire facilement en exigeant un prix minimum des cessions et en assurant un suivi ultérieur des opérations.

Pour ce qui est des salariés en particulier, si, en tant que créanciers, ils ne sont pas certains d'être désintéressés, en cas de reprise, leurs droits sociaux sont préservés par les droits nationaux qui ne sont malheureusement pas limpides dans tous les États membres. Ce qui peut en outre être regretté c'est l'absence d'incitants à la reprise des salariés : en l'état, soit ils sont repris avec tous leurs droits à l'identique, soit ils sont licenciés ; une politique du tout ou rien qui n'est pas toujours en leur faveur.

30. Le duo cédant-cessionnaire n'échappe pas non plus à la critique ou à l'admiration ; c'est selon. En effet, le débiteur-cédant est quasi-effacé de la cession ; mais c'est logique : il s'agit des effets du dessaisissement qui a cours dans le redressement judiciaire et la liquidation des biens. Néanmoins, il eût été pertinent, à l'instar du droit comparé, de permettre au cédant (le syndic ou le débiteur assisté du syndic) de pouvoir céder de force les contrats nécessaires à la continuation de l'entreprise reprise.

Quant au cessionnaire, il est mis à l'abri des dettes de l'entreprise reprise. La règle, dérogatoire au droit commun, est pertinente : elle protège certes le

membres de l'OHADA, où les disparitions d'entreprises touchent à la fois le secteur public et privé » (ALILI S. M., « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », *op. cit.*, n° 2, p. 1). Au surplus, il vaut mieux un client en activité qu'un débiteur en liquidation (GUYON Y., *Droit des affaires : Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite*, *op. cit.*, p. 377, n° 1341).

repreneur, mais elle favorise surtout la reprise. Pour autant, un régime plus flexible du transfert de propriété au cessionnaire ne serait pas de trop.

Somme toute, dans l'intérêt des entreprises en difficulté et d'un grand nombre des créanciers, le législateur communautaire gagnerait à améliorer la cession pour en faire une solution plus attractive et définitive de traitement des difficultés des entreprises¹ ayant pour objet une activité à exploiter et non un ensemble d'actifs à liquider² ; un mécanisme plus équitable et plus équilibré donc. Dans le même sens, des efforts en vue du perfectionnement de la cession sont attendus aussi des législateurs nationaux, notamment en matière fiscale³.

¹ GUYON Y., *Droit des affaires : Entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite*, op. cit., n° 1276, p. 309.

² CA Paris, 1^{er} ch. A, 23 juillet 1992, D. 1992, p. 491 ; PÉROCHON F., *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1236, p. 555.

³ Au colloque organisé par l'Université Thomas SANKARA (ex Université Ouaga II) en hommage au Professeur Filiga Michel SAWADOGO, qui aura lieu courant 2022 en principe (si la Covid-19 le permet), nous y présenterons le régime fiscal de la cession dans un écrit intitulé « Le régime fiscal de la cession des entreprises en difficulté en droit de l'OHADA : l'exemple du Burkina Faso » (à paraître dans les Mélanges du colloque dédiés à l'illustre Professeur).

Volonté réelle et volonté déclarée des parties dans le Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal

Patrice Samuel Aristide BADJI - Maître de conférences

Agrégé des Facultés de droit -UCAD

1. Le contrat est défini comme étant un accord de volontés générateur d'obligations¹. C'est dire que la volonté des parties est indispensable à la formation du contrat : elle constitue l'un des critères du contrat². Cette volonté est consubstantielle à la définition de l'acte juridique soumis au Code des Obligations Civiles et Commerciales (COCC), comme le précise l'article 40 alinéa 2 dudit Code³. Dans la présente étude, il ne s'agira pas de savoir si le consentement, « concours des volontés de toutes les parties intéressées »⁴ est à lui seul suffisant pour former le contrat, puisque d'autres conditions de validité sont requises à savoir l'objet, la cause, la capacité et la forme, et que ce consentement n'est pas totalement autonome car encadré par l'ordre public⁵ et

¹ Article 40 COCC issu de la loi n°63-62 du 10 juillet 1963 relative à la partie générale du COCC (V. J.O.R.S du 31 août 1963, pp.1204-1219). Cette partie est complétée par la loi n°66-70 du 13 juillet 1966 portant Code des obligations-Deuxième partie-Contrats spéciaux. V. J.O.R.S du lundi 19 Août 1966. Cette deuxième partie du COCC est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1967 en même temps que la partie générale et la loi n°65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des obligations de l'Administration. Cette précision est faite dans les dispositions finales de la loi n°66-70 du 13 juillet 1966. Il est également précisé qu'à cette date à savoir le 1^{er} janvier 1967 : « les dispositions du Code civil et du Code de commerce, les textes législatifs ou réglementaires, les coutumes générales ou locales, les statuts particuliers cessent d'avoir force de loi dans les matières qui font l'objet de la partie générale et de la partie du présent Code consacrée aux Contrats spéciaux ». S'il est vrai en France que l'accord de volontés est toujours indispensable pour la création des obligations, il convient néanmoins de faire remarquer que le contrat ne crée plus que des obligations. Ainsi, le contrat est également destiné à modifier, transmettre ou éteindre des obligations. Le législateur français ne consacre-t-il pas, à travers cette nouvelle définition du contrat (avant la réforme, le contrat était une convention, article 1101 ancien du Code civil) une fusion de la définition de la convention et du contrat ? GAEL Chantepie, p.62 est tentée de le penser

² GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », D.1990, chron.147 ; du même auteur, Le contrat, *in* Dictionnaire de la culture juridique, sous la direction de ALLAND Denis, RIALS Stéphane, LAMY, 2003, p.278. Pour l'auteur, le contrat résulte d'un accord de volontés et non d'une volonté unilatérale. Il faut donc que deux volontés, libres l'une de l'autre, se rejoignent pour former un contrat, qui, dès lors, échappe à chacune de ces volontés individuelles ».

³ Selon cette disposition, les règles du droit des obligations relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats sont applicables à tous les contrats, conventions et actes juridiques.

⁴ TREILHARD cité par HALPERIN Jean-Louis, *Le Code civil*, Dalloz, 1996, p. 64

⁵ V. COUTURIER Gérard, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, *in* Mélanges Flour, Defrénois, 1979, pp.95-115 et MEKKI Mustapha, « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats-aspects substantiels, RDC, 2015, n°3, p.651

les bonnes mœurs¹. Il ne sera pas non plus question de la toute-puissance de la volonté², de volonté unilatérale³ ou solitaire⁴ avec à la clé une question toute

¹ Le législateur sénégalais n'a pas donné une définition des bonnes mœurs. Dans tous les cas, il s'agit de sa conception classique qui renvoie à la moralité sexuelle ou aux formes de conjugalités non reconnues par la loi ou mal tolérées par la société.

² On fait ici allusion à l'autonomie de la volonté qui a pour pourfendeurs, Rouhette (« Droit de la consommation et théorie générale du contrat », in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 247 et s ; ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Paris, 1965, 2 vol, p.636. L'auteur définit le contrat comme un acte productif de normes...bilatérales, c'est-à-dire liant deux centres d'intérêts ». Toujours selon lui, l'offre et l'acceptation ne sont pas unitaires puisqu'elles émanent de deux volontés distinctes ; seule la norme qui en résulte est unitaire. C'est pourquoi Jacques Ghestin a tenu à rappeler que ROUHETTE écarte de façon radicale le rôle de la volonté dans le contrat ; GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, L.G.D.J, 3^e édition, 1993, p.175, n°194. Comme on peut s'en douter, à la suite de Kelsen (Pour Kelsen, le contrat renvoie à une procédure et il ne faudrait pas le voir exclusivement comme un produit fini, un accord de volontés. KELSEN HANS, « La théorie juridique de la convention », Arch. Phil. Dr. 1940, p.33 s) ROUHETTE est contre la conception classique du contrat qui fait de l'autonomie de la volonté le soubassement de celui-ci. Cette conception positiviste du contrat a eu une influence sur la doctrine civiliste (V. STARCK, ROLAND et BOYER, *Obligations*, t.2, 4^e éd., 1993, n°22. Pour ces auteurs, plusieurs raisons ont concouru à faire de l'autonomie de la volonté un mythe périmé : philosophique, morale et économique) et GOUNOT (E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Rousseau, 1912, p. 13-15). A l'opposé, on a des auteurs pour qui sans volonté, aucun acte ne forme un contrat (RENET Thierry, « Objectivation ou subjectivation du contrat, quelle valeur juridique ? », in *La nouvelle crise du contrat*, L.G.D.J, 2012, p.85). En droit sénégalais pourtant, la théorie de l'autonomie de la volonté a bien été prise en compte vu que le contrat a été défini comme un accord de volontés générateur d'obligations. Il s'agit là d'une consécration légale de la pensée juridique continentale en vertu de laquelle l'accord de volontés est le moteur du contrat. V. LAITHIER, p.93, n°79

³ L'unilatéralisme, avec la réforme du Titre III du Livre III du Code civil a connu une importance capitale. C'est ainsi qu'il peut constituer un remède à l'inexécution du contrat. A titre d'exemple, nous pouvons citer l'exception d'inexécution traditionnelle et l'exception d'inexécution anticipée c'est-à-dire avant même que l'inexécution soit avérée consacrées respectivement par l'article 1219 et 1220 issus de l'ordonnance du 10 février 2016. Il en est de même de la réfaction du contrat (article 1223 issu de l'ordonnance du 10 février 2016)V. AYNES Augustin, « accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », *Droit et Patrimoine*, N° 259, 1er juin 2016 ; Adde SABARD O, « Les sanctions de l'inexécution du contrat (suite) : résolution/réduction du prix », *LEDC* 2016, n°3, p.7 ; SAVAUX Eric, « Art.1223 : la réduction du prix », *RDC* 2015.786 ; PINNA Anne, « L'exception pour risque d'inexécution », *RTDCiv.*2003.31

⁴ On fait allusion ici à l'acte juridique unilatéral et à l'engagement unilatéral de volonté. Quant à l'engagement unilatéral de volonté, Il a pour siège l'article 2 : 107 des principes européens de droit des contrats qui dispose que la promesse qui veut être juridiquement obligatoire sans acceptation lie son auteur et l'article 1100 alinéa 2 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 en vertu duquel les obligations peuvent naître de la « promesse d'exécution d'un devoir de

simple¹, de détermination des contours de la volonté². Il sera plutôt question de deux volontés, libres l'une et l'autre qui se rejoignent pour former un contrat, qui, dès lors, échappe à chacune de ces volontés individuelles³ ou pour reprendre l'expression d'un auteur : de volonté duale⁴. C'est dire que le contrat d'adhésion⁵, que Saleilles⁶ avait considéré comme étant au fond une manifestation unilatérale de volonté⁷ est pris en compte dans le cadre de la présente étude car la volonté de l'adhérent reste la source de son engagement et le fait qu'il n'ait pas pu participer à la détermination du contenu de l'accord n'est pas dirimant⁸.

conscience envers autrui ». Cette reconnaissance de l'engagement unilatéral de volonté a été qualifiée de « limitée » par Mustapha Mekki qui ne doute pas néanmoins de son utilité notamment en droit des libéralités et de l'environnement ; MEKKI Mustapha, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », D. 2016. 494

¹ Est-il possible d'attacher des effets à l'expression d'une volonté unilatérale ? V. TRISSON-COLLARD Patricia, « La contribution du droit du travail au nouvel essor de la théorie de l'engagement unilatéral », Petites affiches, n°49, p.14

² Le droit, contrairement à la philosophie morale et à la psychologie ne s'intéresse pas directement à la volonté. Ce sont certains faits, certains signes qui sont considérés comme manifestant cette volonté qui ne paraît guère saisissable en tant que telle. Rien, en droit, n'est possible sans la volonté, mais rien ne semble pouvoir être relaté de la volonté proprement dite, comme le précise Otto PFERSMANN ; PFERSMANN Otto, « Volonté », in Dictionnaire de la culture juridique sous la direction de ALLAND Denis, RIALS Stéphane, PUF, 2003, pp.1527-1531.

³ GHESTIN Jacques, « Contrat », in Dictionnaire de la culture juridique, p.278

⁴ LIBCHABER Rémy, « Regrets liés à l'avant-projet de réforme du droit des contrats-Le sort des engagements non bilatéraux », RDC, 2015, n°3, p.634 spécialement le n°8.

⁵ L'article 1110 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 définit le contrat d'adhésion comme étant celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. Au-delà précisons que l'article 1171 issu de la même ordonnance s'applique uniquement aux contrats d'adhésion.

⁶ Si Saleilles a toujours été considéré comme étant l'inventeur du concept de contrat d'adhésion, il n'en a malheureusement pas défini les contours selon Français Chénéde ; CHENEDE François, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1re partie) », RDC 2012, n°1 - page 241.

⁷ Saleilles R., *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, 1901, Pichon, p. 229 : « Ces prétendus contrats, qui ne sont au fond que des manifestations unilatérales de volontés parallèles ». V. sur le débat entre partisans du contractuel et de l'anti-contractuel, Dereux G., « La nature juridique des "contrats d'adhésion", RTD civ. 1910, p. 533 et s.

⁸ CAYOL Armandine, « Le contrat d'adhésion : un contrat spécial ? », Revue Lamy Droit civil, N° 160, 1er juin 2018

2. La présente étude s'inscrit dans la notion d'acte juridique, qui en droit Français n'a pas fait l'objet d'une véritable théorie générale¹ contrairement au BGB allemand. Dans ce dernier droit cité, la déclaration de volonté est le noyau de l'acte juridique². Ce faisant, le contrat est le fruit d'une double déclaration de volontés. Il est fondé sur le concours de deux volontés³. Si en droit sénégalais, l'acte juridique n'est pas une source expresse des obligations⁴, option critiquée par Pierre BOUREL⁵, tel n'est pas le cas en droit français depuis l'ordonnance du

¹ BLANC Nathalie (Dispositions préliminaires - Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, Gaz. Pal. 30 avril 2015, n°120, p.3, n°2), « En effet, le projet n'a pas choisi d'élaborer une théorie générale de l'acte juridique ». S'il est vrai que ces propos ont été avancés lorsque le texte français était à l'état de projet, ils demeurent toujours d'actualité si l'on en croit Mustapha Mekki selon qui : « Les articles 1100-1 et 1100-2 définissent respectivement ce que sont les actes juridiques et les faits juridiques. Ces dispositions donnent l'impression d'une intégration dans l'urgence sans avoir pris le temps de construire une véritable théorie générale des actes juridiques ». MEKKI Mustapha, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », D. 2016. 494

² Dans le BGB Allemand, adopté en 1896, les articles 116 à 144 ont consacré des développements à la volonté déclarée. Cette position n'a néanmoins pas empêché la doctrine allemande d'être divisée entre d'un côté la *Willenstheorie* selon qui seule la volonté interne, psychologique forme la substance de l'acte et l'*Erklärungstheorie* qui privilégie la volonté déclarée. V. Pour tous ces développements BIENVENU Jean-Jacques, « De la volonté interne à la volonté déclarée : un moment de la doctrine française », in La volonté, Droits, n°28, p.5 ; Adde PFERSMANN Otto, « Volonté », in Dictionnaire de la culture juridique, Lamy, 2003, p.1528.

Ce débat, animé par le mouvement pandectiste s'est prolongé en Europe notamment en France où Saleilles, dans son ouvrage intitulé *De la déclaration de volonté, Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*. Selon ce dernier, la théorie de la déclaration de volonté est une thèse scientifique qui domine toute la conception de l'acte juridique et tout le domaine des transactions d'ordre économique.

³ DUPICHOT Jacques, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du « petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du code civil », in Etudes Jacques Flour, 1979, p.192, n°13

⁴ Aux termes de l'article 39 COCC : « Les obligations naissent des contrats légalement formés, des délits générateurs de responsabilité civile et des faits énumérés au titre III du présent livre ».

⁵ Mais ce point de vue ne devrait-il pas être relativisé lorsque l'on sait que le contrat, au même titre que l'acte juridique unilatéral et l'acte collectif (décision prise collégalement par les membres d'une collectivité selon Nathalie Blanc in Dispositions préliminaires-Analyse des articles 1101 à 1110 du projet d'ordonnance portant réforme du droit des obligations, Gaz. Pal 30 avril 2015, n°120, p.3) est un acte juridique ? La réponse affirmative s'impose et ce, au regard de l'article 40 COCC selon qui les règles de la partie générale relatives à la conclusion, aux effets et à l'extinction des contrats, sont applicables à tous les contrats, conventions et actes juridiques, sauf dispositions contraires. Par « dispositions contraires », on peut entendre les règles du code des

10 février 2016¹. Vu que la notion de partie, qui renvoie de façon triviale à toutes les personnes intéressées directement ² ou indirectement ³ à l'opération contractuelle, a cristallisé beaucoup de débats passionnés ⁴ quant à l'identification de ses contours pour qu'on y revienne, les tentatives de définitions

obligations de l'administration. Par la même occasion, précisons qu'au Sénégal, l'obligation naturelle est une source de l'obligation sachant qu'une obligation naturelle peut, grâce à son exécution, être transformée en obligation civile. Le législateur sénégalais s'est inspiré de l'article 1235 ancien du code civil dispose que la répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été volontairement acquittées. Voir l'article 193 COCC. Qu'en est-il de l'engagement unilatéral de volonté dans la mesure où en droit français, la consécration de cette source de l'obligation est symbolisée par l'expression « promesse d'exécution d'un devoir de conscience » qui n'existe pas en droit sénégalais ?

¹ Article 1100.

² L'article 96 COCC ne dispose-t-il pas que les contrats légalement formés créent entre les parties un lien irrévocable ? Il est permis, partant de cette définition, d'arriver à la conclusion selon laquelle si le contrat lie les parties, c'est que non seulement ce sont elles qui l'ont personnellement conclu, mais également elles ont été dûment représentées. Le législateur français est beaucoup plus explicite puisque l'article 1103, remplaçant l'article 1134 ancien du Code civil, puisque les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.

³ A la question de savoir s'il ne faudrait pas étendre le concept de partie au stade de l'exécution afin de le rendre moins statique et plus dynamique, Jacques Ghestin a répondu par l'affirmative car selon lui, il est opportun « d'élargir la définition des parties en intégrant dans cette catégorie, à côté des parties contractantes proprement dites, tout ou partie des personnes qui, sans avoir conclu le contrat, sont cependant liées par ses effets obligatoires » (J. Ghestin, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat » : *art. préc.*, n° 2, p. 517). Les personnes en question peuvent être les héritiers du *de cuius*

⁴ J. Ghestin, « La distinction entre les parties et les tiers au contrat », JCP 1992. I. 3628 ; J.-L. Aubert, « A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers », RTD civ. 1993. 263 ; C. Thibierge-Guelfucci, « De l'élargissement de la notion de partie au contrat ... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif », RTD civ. 1994. 275 ; J. Ghestin, « Nouvelles propositions pour un renouvellement de la distinction des parties et des tiers », RTD civ. 1994. 777. Au-delà du droit des contrats, le constat est unanime : il y a une difficulté à cerner les contours de la notion de partie tant en procédure civile qu'en procédures collectives (en l'absence de prétentions, on ne peut parler de partie. C'est pourquoi la chambre commerciale de la Cour de cassation française a jugé que le candidat repreneur évincé n'avait pas cette qualité. C'est qu'en procédures collectives, on a privilégié la notion de partie nécessaire au détriment de celle de partie volontaire ou prétendante. En procédure civile ou droit judiciaire privé, deux critères ont été avancés : le critère matériel en vertu duquel est partie au procès celui qui émet une prétention (CADIET Loïc, obs.ss Com.22 mars 1988, Rev.proc.coll.1989.40 ; THERY Philippe, « Entre tiers et partie ou de deux choses la troisième : le droit de l'enfant d'être entendu en justice, obs.ss. Civ. 1ere, 18 mai 2005, n°02-20.613, RTD civ.2005.627) et le critère formel selon qui les personnes liées par l'instance sont des parties (GUINCHARD Serge, CHAINAIS Christophe, FERRAND F, *Procédure civile*, Dalloz, 31^e éd.2012, n°377).

des concepts seront réservées tant à la volonté réelle que déclarée. Ainsi, on peut définir la volonté réelle comme une volonté purement interne ou une volonté dépourvue de tout corps¹, contrairement à la volonté déclarée qui se manifeste par des gestes, paroles, ou écrits². La présente étude aura pour vocation de vérifier la portée de la thèse en vertu de laquelle pour former, interpréter un contrat, il faut au minimum, une certaine manifestation extérieure d'une volonté interne pour des raisons aussi bien théoriques que pratiques³. En effet, non seulement vouloir c'est signer⁴, mais également, on serait dans un délire logique sans une rencontre de deux volontés purement internes, sans aucun message transmis d'une conscience à une autre⁵.

3. Le Code civil ramène la volonté au consentement à l'acte⁶. C'est l'élément déterminant de l'acte juridique. Pour s'en convaincre, il n'est que de consulter l'article 146 du Code civil qui dispose qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ainsi que l'article 1128 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 en vertu duquel le consentement est nécessaire à la validité du contrat. Ni dans le Code de la famille⁷, ni dans le COCC, l'importance du consentement n'est ignorée. Pourtant, il existe une thèse discordante selon laquelle la volonté se distingue du consentement. C'est ainsi que selon Anne-Marie Frison-Roche, il faut rappeler et tirer profit du fait que volonté et consentement ne peuvent se réduire l'un à l'autre, qu'échange et rencontre ne doivent pas s'assimiler. La

¹ DUPICHOT Jacques, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du petit guide-âne » des articles 1156 à 1164 du code civil », Etudes Jacques Flour, Notariat Deffrénois, p.185

² V. DUPICHOT Jacques qui opérait une distinction entre les vœux de Portalis littéralement comblés au-delà de toute attente et sa volonté interne ; DUPICHOT Jacques, *op.cit.*, n°1, p.179

³ DUPICHOT Jacques, *op.cit.*, p.184

⁴ Pour certains auteurs, les manifestations de volontés consistent en des signes, communications volontaires adressées à autrui (langages, écritures) et non pas en simple indice ou intention interne., GODE Pierre, *Volonté et manifestations tacites*, PUF, 1977 cité par DUPICHOT Jacques, *op.cit.*, p.184

⁵ DUPICHOT Jacques, *op.cit.*, p.184

⁶ RTDciv 1995, p.573 cité BRENNER Claude, LEQUETTE Suzanne, « Acte juridique », *in* Répertoire de droit civil, n°14 à 16.

⁷ Article 103 et s.

volonté est au cœur de l'humanisme et marque l'intériorité incommensurable de l'homme tandis que le consentement est un objet, conséquence de la volonté, symbole et extériorisation de la volonté, mais distinct de la volonté¹. Au-delà, nous pouvons citer Judith Rochfeld selon qui la volonté unilatérale est distincte du consentement en ce que la première notion minimise le rôle de la seconde².

4. Dans tous les cas, partant de la thèse de RIEG³ ou HAUSER⁴, chantres de l'inutilité de la distinction entre la volonté déclarée et la volonté interne, on peut douter de la pertinence de mener une réflexion sur celle-ci. Or, tel n'est pas le cas au regard des nombreux intérêts ou questions suscités par l'étude notamment le pouvoir d'interprétation du juge en matière contractuelle⁵, la simulation⁶, partant de l'idée selon laquelle la volonté déclarée est celle qui est manifestée objectivement aux tiers⁷, ainsi que des corrélations qu'elle permet de faire avec d'autres disciplines telles que le droit des sociétés commerciales⁸ et la procédure civile.

¹ FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », RTDciv, 1995, p.573, n°2

² ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2011, n°27, p.479

³ Selon RIEG cité par GHESTIN Jacques, *La formation du contrat, op.cit.*, p.346, n°386, « il paraît artificiel, à l'heure actuelle, de rechercher la substance de l'acte juridique dans la seule intention, ou dans la seule déclaration »

⁴ HAUSER Jean, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*, Thèse Paris, 1971, L.G.D.J, préface Pierre RAYNAUD, p.186, n°112

⁵ Cette place est variable lorsque l'on examine la doctrine sénégalaise et française. Si en droit sénégalais, la doctrine exhorte le juge à jouer un rôle de premier plan, en France, elle doute de l'évolution de son rôle depuis la réforme intervenue en 2016 en dépit des standards tels que le déséquilibre significatif, le délai raisonnable, la personne raisonnable etc. V. Respectivement DECOTTIGNIES Roger, « Réflexions sur le projet de code sénégalais des obligations », *Annales Africaines*, 1962, n°1, Colloque des facultés de droit sur développement économique et évolution juridique, p.179 et CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p.33.

⁶ La simulation est la situation en présence de laquelle il y a deux actes juridiques : un acte apparent, connu des tiers, d'une part et un acte secret ou contre-lettre, véritable volonté des parties

⁷ BIENVENU Jean-Jacques, *op.cit.*, p.3

⁸ Sur les interactions entre le droit des contrats et le droit des sociétés, V. BADJI Patrice Samuel Aristide, «Droit des contrats et droit des sociétés commerciales : enrichissements mutuels ? , in

L'étude est également intéressante dans la mesure où elle permet de découvrir la préférence de certaines législations face à la dichotomie, objet de notre étude ou d'appréhender l'obligation de motivation en matière contractuelle¹ (cette obligation doit être rangée dans la catégorie de la volonté réelle puisqu'au moment de la conclusion du contrat, le cocontractant ignorait tout des raisons qui ont poussé l'autre partie à fixer le prix même si cette fixation peut avoir pour référentiel des éléments extérieurs). Ainsi, les Codes tunisien et marocain font de la déclaration de volonté une condition de validité du contrat à côté de la cause licite, de l'objet et de la capacité². De même, si le droit français met l'accent sur le subjectivisme, le droit allemand est pour l'objectivisme ou déclaration de volonté³. Quoiqu'appartenant tous à la famille romano-germanique, ces deux systèmes se distinguent à travers le fait que le premier, inspiré par l'école de droit naturel, tend à l'universalité, tandis que le second, inspiré par les pandectistes, tend à la perfection scientifique⁴.

5. En réceptionnant dans son ordonnancement juridique la théorie de la volonté déclarée et interne, le législateur sénégalais a-t-il manifesté une faveur envers une théorie bien précise ?

La thématique, objet de notre étude pourrait avoir des corrélations avec d'autres disciplines telles que le droit des sociétés où l'impact de la volonté unilatérale est

Mélanges en l'honneur d'Ysaac Yankhoba Ndiaye, Le droit africain à la quête de son identité, L'harmattan Sénégal, 2021, pp.161-179

¹ CABRILLAC Rémy, « La motivation des actes individuels : le contrat », Revue Lamy Droit civil, N° 89, 1er janvier 2012.

² DEROUSSIN David, « Les codes des obligations et des contrats dans les protectorats français et au Liban. Contribution à l'histoire comparée du droit des obligations », in Mélanges en l'honneur de Bernard DURAND, L'harmattan, 2020, p.327.

³ Les divergences franco-allemandes dans la théorie du contrat, Rapport de synthèse, RDC 2013, p.1720, n°4

⁴ BERG Olivier, « L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française », RTD civ. 2006. 53

appréciée, le droit international privé¹ et la procédure civile². Il permet également de s'interroger sur la place de l'acte juridique ou de l'engagement unilatéral de volonté comme sources d'obligations. A ce niveau, une disparité doit être constatée entre le droit sénégalais et celui français. Pour s'en convaincre, considérons les travaux de P. BOUREL³ et de G. RIVES⁴. Néanmoins, l'absence de théorie générale de l'acte juridique unilatéral ou sa consécration limitée tant en droit sénégalais que français rapprochent les deux systèmes⁵.

En droit, la dissociation entre volonté interne et volonté déclarée n'est pas sans poser de redoutables difficultés car l'on ne sait laquelle des deux faire prévaloir⁶.

¹ HEUZE Vincent, « La volonté en droit international privé », *in* La volonté, Droits, n°28, pp.113 et s

² L'instance civile a été perçue comme étant d'essence contractuelle pour deux raisons au moins : les parties sont maîtresses des preuves qu'elles avancent d'une part et de leurs droits d'autre part. Il ne faudrait pas forcer le trait dans la mesure où toutes les conventions relatives à la preuve ne sont pas valables. Il y a des clauses nulles (celles qui portent sur la charge de la preuve) et des clauses valables (les clauses sur les moyens de preuve). Sur le lien contrat et procédure, V. CADIET Loïc, « Les jeux du contrat et du procès, Mélanges offerts à Gérard FARJAT, Editions Frison-Roche, 1999, pp.23 et s ; du même auteur, « Une justice contractuelle, l'autre », Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, 2001, pp.177 et s.

³ BOUREL Pierre, « La formation du contrat en droit sénégalais, réflexions sur la modernité du Code des obligations civiles et commerciales », *Revue Sénégalaise de Droit*, 1969, p.40, b. L'article 40 COCC ne se réfère pas à l'engagement unilatéral de volonté.

⁴ RIVES Georges, « Théorie générale des obligations en droit sénégalais », *Revue sénégalaise de droit*, 1971, n°10, p.9. Selon l'auteur, la conception des sources des obligations en droit sénégalais reste très étroite eu égard au fait que les seules sources d'obligations citées à l'article 39 COCC sont le contrat, le délit et la gestion d'affaires ou l'enrichissement sans cause. En droit français, depuis l'ordonnance du 10 février 2016, les sources des obligations expressément citées sont l'obligation naturelle, l'engagement unilatéral de volonté et les actes juridiques.

⁵ Nous pensons spécifiquement à l'engagement unilatéral de volonté qualifié de source d'obligation en mineur. Dans le rapport de présentation de l'ordonnance du 10 février 2016, il a été spécifié que l'acte unilatéral inclut « l'engagement unilatéral de volonté ». V. TOSI Jean-Pierre, *Le droit des obligations au Sénégal*, L.G.D.J, N.E.A, 1981, p.45 (l'engagement unilatéral de volonté justifierait la valeur contraignante d'une simple promesse non encore acceptée notamment l'obligation de maintenir une offre assortie d'un délai) ; Adde CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p.60 ; MEKKI Mustapha, « L'ordonnance 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.2016*, 494, spéc.n°6.

⁶ D'ISTRIA François Colona, *Philosophie du droit et pratique des juristes*, Dalloz, 1^e édition, 2021, p.166, n°189

Pourtant, par moment, et cela, en droite ligne avec une doctrine autorisée¹, le législateur fait pencher la balance en faveur de la volonté déclarée (I), ce qui n'est évidemment toujours pas le cas car les deux théories subissent une concurrence, de façon exclusive ou partagée (II)

I. Une apparente précellence accordée à la volonté déclarée

6. Aux termes de l'article 60 COCC : « Le consentement peut s'exprimer de quelque manière que ce soit ». Le libéralisme du législateur sénégalais en la matière ne fait l'ombre d'aucun doute même si rien n'empêche les parties au contrat d'en réduire la portée à travers diverses clauses (A). Mais par moment, l'écrit est exigé à titre de preuve ou de validité de la relation contractuelle (**B**).

A. La libéralisation de l'expression de la volonté

7. Le professeur Jacques Ghestin, se basant sur une jurisprudence française ancienne², était convaincu que seule la volonté active, exprimée peut faire naître le contrat. Compte tenu du fait que le contenu de la jurisprudence précitée est à rapprocher de l'article 1^{er} du Code suisse des obligations qui dispose que : « le contrat est parfait, lorsque les parties ont réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté », on peut, au regard de l'article 40 COCC, affirmer une prise en compte de la volonté déclarée. Cependant, dans l'expression de la volonté, il ne doit y avoir aucune équivocité (1). Ainsi, si la libéralisation de l'expression de la volonté est caractérisée, elle peut relever de plusieurs fondements (2).

¹ TOSI Jean-Pierre, *Le droit des obligations au Sénégal*, L.G.D.J, N.E.A, 1981, p.77. Pour cet auteur, le droit français et sénégalais privilégient de façon générale la volonté interne sous réserve de l'article 82 COCC qui consacre la théorie de l'acceptation notamment le système de la déclaration (écriture de la lettre d'acceptation) et de l'expédition (dessaisissement de sa lettre par l'acceptant).

² Cass.civ, 16 avril 1924, D.H.1924.329 : « tout contrat exige essentiellement le concours de deux ou plusieurs déclarations de volontés, se manifestant d'un côté par une offre ou proposition et de l'autre par son acceptation ».

1. L'absence d'équivocité de la manifestation de volonté

8. Dire que la volonté peut se manifester librement signifie que l'expression de la volonté peut se faire oralement ou par écrit¹. L'oral est présenté comme ce qui « s'énonce par la parole »². A l'inverse, l'écrit rend effectivement présent à la vue, le langage oral³. La manifestation de volonté est définie comme tout comportement, actif ou passif, qui permet de conclure à l'existence d'une certaine volonté⁴. Le législateur sénégalais fait sienne cette définition lorsqu'il exige que le consentement s'exprime d'une quelconque manière pourvu que la manifestation de volonté ne laisse aucun doute sur l'intention de son auteur⁵. Il suffit que les parties s'entendent sur les éléments essentiels du contrat (article 80 COCC) que sont le plus souvent la chose objet du contrat et le prix. Indubitablement, il opte pour la théorie de la volonté déclarée. Ce faisant, la volonté peut se manifester à travers des gestes, paroles et écrits. On pourrait y ajouter les comportements et les attitudes et opérer une distinction, en reprenant le propos de Jacques Ghestin, entre les manifestations (écrits, paroles) expresses et tacites de volontés (comportements et attitudes)⁶.

Rodolpho SACCO distingue trois catégories de langages : articulé, gestuel et phonétique. Les deux premiers compléteraient le troisième⁷. Le langage est un procédé essentiellement destiné à la communication avec autrui⁸. Les paroles peuvent être recueillies par des moyens techniques tels que les enregistrements.

¹ FAGES Bertrand, « L'art et la manière de rédiger le contrat », Droit et Patrimoine, n°72, 1^{er} juin 1999

² CORNU Gérard, Vocabulaire, V° Oral

³ LITRE Emile, *Dictionnaire de la langue française*, v° Ecrit, sens 1 ; Trésor de la langue française, v° Ecriture, sens I/A cité par DOCHY Marie, *La dématérialisation des actes du procès civil*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Volume 202, 2021, p.18, n°13

⁴ A. RIEG, Rapport sur les modes non formels d'expression de la volonté en droit civil français, Trav. Ass. H. Capitant, 1968, p.43, n°3

⁵ Article 60 COCC

⁶ GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, L.G.D.J, 3^e édition, 1993, p.350

⁷ SACCO RODOLPHO, *Le droit africain-anthropologie et droit positif*, Dalloz, Paris, 2009, p.30

⁸ GODE Pierre, *Volonté et manifestations tacites*, Thèse Lille, 1977, préface J. PATARIN.

Sensible à cette situation, le législateur sénégalais s'est prononcé sur la valeur juridique de ces modes de reproduction de la parole. Ce sont des présomptions du fait de l'homme et partant des modes de preuves imparfaites dont la recevabilité est laissée à l'appréciation souveraine du juge¹. Néanmoins, il ne faudrait point oublier que le législateur a réglé la question de la recevabilité des modes de preuve en distinguant les actes juridiques et les faits juridiques et à l'intérieur des actes juridiques selon le montant de l'objet².

9. C'est parce qu'il y a une liberté dans la manifestation de volonté que le silence est, à des conditions précises, perçu comme un consentement. Le silence ne se matérialise pas par une attitude, il n'a aucune extériorité³. On dit bien que les mots que l'on n'a pas dits sont les fleurs du silence⁴, contrairement aux paroles, qui sont des signes extérieurs qui représentent fidèlement nos pensées à ceux qui ont droit de les connaître⁵. A travers cette définition, on se rend compte de la distinction entre le silence, qui ne se matérialise par aucune attitude, n'a aucune extériorité⁶ et l'acceptation définie comme toute déclaration ou tout comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à l'offre⁷. Le

¹ NIANG Mohamed Bachir, « L'OHADA, sa Cour commune de justice et d'arbitrage et le droit de la preuve », *Annales Africaines*, numéro spécial, janvier 2021, pp.169-194. Selon l'auteur, il y a une hiérarchisation manifestant la supériorité de l'écrit et de l'aveu judiciaire estampillés mode de preuve parfaits et le témoignage, le serment supplétoire et l'aveu extra judiciaire, considérés comme mode de preuve imparfaits dont la recevabilité est laissée à l'appréciation du juge. Cependant, on peut s'interroger sur l'ignorance faite des présomptions du fait de l'homme citées pourtant parmi les cinq modes de preuve dans le Code des obligations civiles et commerciales.

² Article 14 COCC

³ GHESTIN Jacques, *op.cit.*, p.307, n°294

⁴ MEKKI Mustapha, « La réforme au milieu du gué. Les notions absentes ? Les principes généraux du droit des contrats - aspects substantiels », *Revue des contrats*, 2015, n°03 - page 651. L'auteur rapproche son propos de celui de M. Maeterlinck, *Le Trésor des humbles*, 1896, réimpr. Labor, Bruxelles, 1986 : « Les âmes se pèsent dans le silence, comme l'or et l'argent se pèsent dans l'eau pure, et les paroles que nous prononçons n'ont de sens que grâce au silence où elles baignent » (O, I, 303).

⁵ BIENVENU Jean-Jacques, *op.cit.*, p. 9

⁶ GHESTIN Jacques, *op.cit.*, p.358, n°402

⁷ Article 243 de l'Acte uniforme portant sur droit commercial général (AUDCG)

comportement n'équivaudrait-il pas à une acceptation tacite à laquelle font allusion les articles 81 alinéa 2 et 82 COCC ?

10. Une fois évoquée la question de l'absence d'équivocité de la manifestation de volonté, celle de la diversité des fondements de la libéralisation mérite d'être examinée.

2. La diversité des fondements de la libéralisation de l'expression de la volonté

11. La libéralisation des modes d'expression du consentement pourrait avoir pour fondement la commercialisation de la vie civile, l'analphabétisme, le manque de culture juridique et la consécration du principe du consensualisme.

12. La commercialisation des règles du droit des obligations se justifie par la volonté du législateur de faire décoller l'économie sénégalaise. C'est pourquoi il va faire siennes les idées des commercialistes, d'où la consécration de la liberté contractuelle, la recherche de sécurité à travers la réglementation des astreintes et des garanties contre la mauvaise foi du débiteur, l'admission circonspecte de la lésion, l'absence d'effet translatif du contrat¹. Corollaire de l'autonomie de la volonté, la liberté contractuelle a pour siège l'article 42 COCC avec son triptyque à savoir la liberté de contracter ou pas, de définir le contenu du contrat et de choisir son cocontractant. A l'instar de toutes les libertés, celle contractuelle est loin d'être absolue vu qu'aucune clause ne saurait déroger ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs. Cette limite soulignée dans le COCC s'inscrit dans la même logique que celle rappelée à l'article 8 de la Constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 plusieurs fois modifiée en vertu duquel les libertés et droits cités ci-dessus s'exercent dans les conditions prévues par la loi. Parmi ces libertés figure la liberté d'entreprendre. Or, on ne peut parler de liberté d'entreprendre sans contrat.

¹ DECOTTIGNIES Roger, « Réflexions sur le projet de code sénégalais des obligations », Annales Africaines, n°1, Colloque des facultés de droit de mai 1962, p.174

L'astreinte, modalité d'exécution forcée de l'obligation est prononcée par le juge. A l'instar de son homologue français, le législateur sénégalais reprend à son compte la distinction astreinte provisoire et astreinte définitive. Dans tous les cas, c'est une arme mise entre les mains du créancier pour contraindre le débiteur à s'exécuter. Toujours dans l'optique de sécuriser les droits des créanciers, le législateur a consacré l'action paulienne destinée à lutter contre les agissements frauduleux du débiteur. Au-delà, relevons que les autres mécanismes, symptomatiques de l'exigence de sécurité sont l'admission conditionnée de la lésion d'une part et l'absence d'effet translatif du contrat d'autre part. En effet, que deviendraient la sécurité des transactions et le développement économique dans un système où tout contractant pourrait se prétendre lésé et tout contrat deviendrait la source d'un procès ?¹. La réponse triviale serait la suivante : ce serait installer un spectre d'une société contentieuse, pour reprendre l'expression d'un auteur ² ! L'argument de la méfiance du justiciable envers la justice ou sa résignation, faute de moyens ou en raison d'une résignation face au destin, devant une situation préjudiciable, ne saurait atténuer la vigueur de la réponse servie ci-dessus. Il faut rappeler que si le législateur sénégalais n'a pas consacré la règle de l'effet translatif du contrat, c'est dans un souci de préservation de la sécurité des tiers certes³, mais également d'une partie au contrat qui ne se verra pas transférer les risques de celui-ci pour cela seulement qu'il y a eu échange de consentements. C'est que le transfert de propriété et partant de risques, s'opère au moment de la délivrance sauf volonté contraire des parties et sous réserve des dispositions particulières à la propriété foncière et aux meubles immatriculés⁴. Cette règle est consacrée

¹ DECOTTIGNIES Roger, *Ibid*

² CADIET Loïc, « Le spectre de la société contentieuse », Mélanges Cornu, PUF, 1994, pp. 29-50.

³ DECOTTIGNIES Roger, *op.cit.*, p.174

⁴ Article 5 COCC

tant dans le COCC¹ que dans l'Acte uniforme portant sur droit commercial général.

13. Concernant la deuxième hypothèse, on peut se référer à divers écrits dont ceux de Marcel FONTAINE qui a vu l'avant-projet d'Acte uniforme proposé rejeté². Dans tous les cas, on ne peut nier que l'analphabétisme ainsi que le manque de culture juridique persistent en Afrique. Il s'agit là de deux caractéristiques des « réalités africaines », opposées à Marcel FONTAINE. Nombreux sont les contrats qui sont conclus dans le secteur informel sans connaissance approfondie voire respect des textes, mais sur la simple base d'une « façon de faire », assimilable à la longue à des usages³. Le législateur sénégalais, loin de tolérer la survivance des contrats coutumiers⁴, a été assez réaliste dès l'année d'adoption du COCC et même de celle de son entrée en vigueur sachant qu'il faudra du temps pour s'approprier ou s'imprégner des nouvelles règles. Ce n'est donc pas un hasard si une certaine doctrine en a appelé à l'appropriation du code par les praticiens à savoir les officiers ministériels, le juge et les rédacteurs du contrat en citant Treilhard qui disait ceci du Code de procédure civile français : « Ne nous dissimulons pas que le succès du Code dépendra beaucoup et de l'autorité à qui son exécution sera confiée et de la conduite des officiers ministériels qui le pratiqueront chaque jour »⁵. Le constat que l'on peut faire est que le Doyen DECOTTIGNIES n'a pas fait la part belle aux officiers ministériels vu que les développements qu'il fait ne vise pas

¹ Article 109 COCC : « Le transfert des risques de la chose est lié au transfert de la propriété, qu'il se produise au moment de la délivrance ou à tout autre moment fixé par l'accord des parties ».

² FONTAINE Marcel, « Note explicative à l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats », Revue de droit uniforme, 2008, pp.561-591

³ Les usages ont pour fondements juridiques les articles 257 à 259 COCC

⁴ V. Le texte abrogatif à savoir la loi 66-70 du 13 juillet 1966 portant Code des Obligations civiles et commerciales et DECOTTIGNIES Roger, *op.cit.*, pp.175-176. Adde MBAYE Kéba, « L'expérience sénégalaise de la réforme du droit », Revue internationale de droit comparé. Vol. 22 n°1, Janvier-mars 1970. pp. 35-42. Pour cet auteur, le respect que l'on croyait dû à la coutume, donc aux traditions, s'est révélé souvent bien mince et parfois inexistant.

⁵ DECOTTIGNIES Roger, *op.cit.*, p.179

expressément ces auxiliaires de justice mais plutôt le juge et les rédacteurs des contrats à travers les différentes clauses qu'ils pourraient insérer dans le contrat notamment les conventions sur les modes de preuve, les conventions de responsabilité. Cette technique contractuelle devrait justifier l'absence de mise à l'écart des auxiliaires de justice précités et ce d'autant que le Doyen DECOTTIGNIES parle en dernière position du rôle des praticiens au sens le plus large du terme¹. Tout compte fait, même par rapport au rôle du juge en matière contractuelle, le propos de l'auteur est par moment discutable car on peut se demander s'il n'étend pas à souhait les pouvoirs de ce dernier. Il est vrai que l'intervention du juge est justifiée par l'existence dans le COCC de formules générales², le contenu ambigu du contrat, la nécessité de tempérer la rigueur du contrat par l'octroi de délai de grâce, mais en présence de quels cas il peut éviter la nullité du contrat, comment peut-il sauver ce qui peut l'être du contrat en cas de résolution ? Intervient-il en matière de réfaction du contrat ? Légalement parlant, le juge n'est pas un rédacteur de contrat pour devoir servir de guide aux parties. Son intervention en matière contractuelle n'est envisageable qu'en aval, c'est-à-dire après la formation du contrat.

14. A l'article 41 COCC, il est spécifié qu'aucune forme n'est requise pour la formation du contrat, sous réserve des dispositions exigeant un écrit ou d'autres formalités pour la validité d'un contrat déterminé. C'est dire que librement, la volonté peut s'exprimer en principe. Le consensualisme est un principe dominant. En règle générale, la validité du contrat n'est pas soumise au respect de formalités- qu'elles soient orales ou écrites. Ce principe fondé sur l'idée profonde que les promesses doivent être tenues pour elles-mêmes, est le fruit d'une longue évolution historique et le résultat entre autres, de l'influence du droit

¹ DECOTTIGNIES Roger, *Ibid*

² Henri Capitant préférait les formules souples et nuancées au critère trop général dont l'application aux multiples situations de fait serait fort délicate. CAPITANT Henry, « Sur l'abus des droits », RTDCiv, 1928, p.376

canon¹. Les principes de droit européen des contrats et UNIDROIT consacrent le principe du consensualisme. Ainsi, l'article 2 : 101 (2) PDEC et 1.2 Principes UNIDROIT. L'article 2 : 101 (2) du PDEC dispose que le contrat n'a pas à être conclu ni constaté par écrit et n'est soumis à aucune autre exigence de forme. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins. Quant à l'article 1.2 des Principes UNIDROIT, il spécifie que ces Principes n'imposent pas que le contrat soit conclu ou constaté par écrit. Il peut être prouvé par tous moyens, y compris par témoins.

15. S'il y a une libéralisation dans l'expression de la volonté, il ne faudrait point occulter le fait que par moment, la volonté doit être expresse. C'est le cas en matière de solidarité, de délégation parfaite² ou de façon plus pertinente de l'exigence d'objet déterminé³ et déterminable⁴, d'une acceptation pure et simple c'est-à-dire qui correspond à une offre ferme et précise. C'est dire que l'écrit peut parfois être une exigence.

B. Les exigences formelles dans la relation contractuelle

16. Par exigences formelles, on fait allusion à l'écrit défini à l'article 27 de la loi sur les transactions électroniques comme une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leurs modalités de transmission. Le législateur français n'est pas en reste dans la définition de l'écrit. Ainsi, celui-ci est perçu comme une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous

¹ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.126, n°114

² Aux termes de l'article 256 COCC, le délégant ne libère son débiteur que s'il le déclare expressément.

³ La prestation promise doit être déterminée c'est-à-dire précisée dans le contrat et partant connue des parties. Ainsi, celles-ci doivent connaître par exemple la qualité et quantité de la chose vendue.

⁴ Selon Jean-Pierre TOSI, l'objet est déterminable lorsque le contrat fournit les éléments nécessaires à sa détermination. A titre d'exemple, la désignation d'un tiers appréciateur pour fixer le prix. TOSI Jean-Pierre, *Le droit des obligations au Sénégal, op.cit.*, p.93

autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quel que soit leur support¹

En Afrique, l'oralité étant considérée comme une source d'imprévision et d'insécurité juridique, l'écrit devenait la seule source des droits reconnus ; s'il n'en constitue pas la preuve, l'écrit en est la condition d'existence². Ces propos du professeur Cheikh Abdoul Wakhab NDIAYE mettent en évidence les différents formalismes contractuels que sont le formalisme d'efficacité³ et celui de validité que l'on retrouve respectivement dans les articles 14 et 383 COCC. Lorsque l'on se réfère à l'article 41 COCC nous pensons que le législateur est pour l'oralité puisque le principe demeure le consensualisme⁴. Au regard des développements qui précèdent, force est de constater non seulement l'existence de plusieurs catégories de formalismes (2) mais également que la recherche de sécurité juridique a justifié le recours au formalisme (1).

1. La sécurité juridique, raison du formalisme

17. Parmi les valeurs morales contenues dans le COCC figure la sécurité à savoir le respect de la parole donnée. Ainsi, en respectant la parole donnée, les parties consolident la force obligatoire du contrat ayant pour siège l'article 96 du Code précité. Dans notre propos, il ne s'agit point de sécurité contractuelle, mais juridique, même si l'une ne va pas sans l'autre⁵. Ainsi, l'accent sera mis sur la non

¹ Article 1365 issu de l'ordonnance du 10 février 2016

² NDIAYE Cheikh Abdoul Wakhab, « L'écrit dans le Code de la famille du Sénégal », Annales Volume 1, 2014, p.97

³ C'est la preuve, l'opposabilité (cession de créance) qui se manifeste par la publicité et l'enregistrement.

⁴ V. L'article 545 COCC qui envisage l'existence d'un contrat de bail verbal

⁵ Si l'on part de l'idée selon laquelle, la sécurité est nécessairement une obsession pour tous ceux qui étudient le droit, le font, le pratiquent et l'arbitrent, le lien entre sécurité contractuelle et juridique est tout établi. En effet, faire des lois relatives aux obligations contractuelles supposent établir un équilibre entre les parties, veiller à la satisfaction des attentes des parties au contrat. D'ailleurs, en plus de l'autonomie de la volonté, de la loi, de l'utile et du juste, les attentes légitimes constituent un fondement de la force obligatoire du contrat. V. LATINA Mathias, « Contrat :

consécration des contrats coutumiers dans la partie générale du COCC et l'admission conditionnée de l'erreur en matière contractuelle.

La sécurité juridique s'impose comme une qualité essentielle à tout système normatif, quel que soit son origine ou son stade de développement, et comme une exigence qui résiste nécessairement à l'épreuve du temps¹. L'édiction des règles du COCC dès les premières années d'indépendance² s'est inscrite dans cette logique d'où la non-adoption des contrats coutumiers au profit des contrats qualifiés de modernes. Le choix de la suppression des contrats coutumiers a été justifié par l'impératif, entre autres³ de promouvoir le développement. Ainsi, pour Roger DECOTTIGNIES : « on ne saurait raisonnablement priver les Sénégalais, en raison de leurs coutumes traditionnelles, d'institutions nées du développement économique et inconnues du droit coutumier. De plus, l'Etat sénégalais serait mal placé pour participer au commerce international avec un système juridique présentant de graves lacunes. On ne s'engage pas dans le droit du XXe siècle avec une législation du Haut-Moyen-Age. Loin d'être tourné vers le passé, le droit du développement se doit d'être orienté tout entier vers l'avenir»⁴. Pourtant, dans l'avant-projet qu'elle avait élaboré, la Commission de codification du droit des personnes et des obligations avait maintenu la coutume. Mais le conseil des Ministres d'alors, a passé outre⁵.

18. La recherche de la sécurité juridique a justifié une admission conditionnée de l'erreur comme vice du consentement. Ainsi, celle-ci doit être déterminante et

généralités-Principes directeurs du droit des contrats », Répertoire de droit civil, Mai 2017, Actualisation Novembre 2021, n°135

¹ RAYNOUARD Arnaud, KERHUEL Anne-Julie, « L'évaluation des systèmes juridiques au coeur de la tourmente », D. 2010. 2928

² Beaucoup plus récemment, nous avons le droit OHADA

³ Au-delà, il y a celui d'assurer l'égalité de tous devant la loi.

⁴ DECOTTIGNIES Roger, *op.cit.*, in Développement économique et évolution juridique, Annales Africaines, 1962, n°1, p.176

⁵ MBAYE Kéba, « L'expérience sénégalaise de la réforme du droit », Revue internationale de droit comparé. Vol. 22 N°1, Janvier-mars 1970, p.38

entrer dans le champ contractuel. En effet, l'écrit facilite la preuve de l'erreur notamment lorsque les parties ont défini de façon expresse les qualités que devait posséder le contenu du contrat¹, sans oublier néanmoins que l'erreur est un fait, donc prouvable par tout moyen. Le législateur sénégalais, en posant les conditions d'admission de l'erreur, opte pour la théorie de la volonté déclarée puisque non seulement l'erreur doit être déterminante, mais entrer dans le champ contractuel². La règle est assez simple : comment le cocontractant sait que l'autre partie s'est trompée si la volonté de celle-ci n'est pas mentionnée dans le contrat ou à tout le moins exprimée oralement ? C'est certainement pourquoi, en droit français, en principe, l'erreur sur les motifs n'est pas une cause d'annulation du contrat, puisque ceux-ci, extrêmement variables, se situent hors du champ contractuel et ne peuvent pas avoir, en principe, d'impact sur la destinée du contrat³.

Au regard des développements qui précèdent, on peut arriver à la conclusion selon laquelle le législateur sénégalais a fait de la sécurité juridique une valeur qui lui permettra d'accéder au développement ou d'assurer la stabilité des relations contractuelles. Le privilège accordé à l'écrit sur l'oralité, s'inscrit également dans la logique d'une sécurité juridique. Comme le soutient Gérard Cornu, l'écriture procure à la société la sécurité juridique à laquelle elle aspire⁴. Après avoir examiné les raisons du formalisme, nous étudierons les figures de celui-ci.

¹ GHESTIN Jacques, *op.cit.*, p.457, n°492

² V. TOSI Jean-Pierre, *op.cit.*, p.77, n°176

³ CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, p.256, n°314

⁴ CORNU Gérard, « L'écrit dans les perspectives du droit (Réflexions sur un symbole et des pratiques) », *in L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p.253

2. Les figures du formalisme

19. Les exigences formelles se multiplient aujourd'hui lorsque le contrat est conclu par un consommateur ou un salarié ou encore lorsque le contrat a pour objet l'obtention d'un prêt ou la fourniture d'une garantie¹. Les éléments corroborant le propos de l'auteur sont à trouver dans la partie générale du COCC ou la loi n°2021-25 sur les prix et la protection du consommateur. Le droit opère une distinction entre formalisme d'efficacité et de validité. L'article 20 du COCC, perçu comme une prise en compte des réalités africaines en droit des obligations et qui institue une mesure de protection spécifique au cocontractant illettré² consacre-t-il un formalisme de validité, d'efficacité ou *sui generis*? Les développements ci-dessous seront consacrés successivement au formalisme d'efficacité, de validité et à l'identification de la nature du formalisme visé à l'article 20 précité.

20. Dans la première catégorie de formalisme, on peut ranger l'opposabilité, l'enregistrement et la preuve. Classiquement, la preuve est traitée comme une charge. En effet, prouver est faire reconnaître quelque chose comme vrai, réel, certain et, en matière juridique, c'est par le juge qu'il s'agit de faire reconnaître la véracité de ses allégations, puisque la preuve est toujours envisagée, directement ou par référence, comme celle qui est administrée en justice. Or, le principe, en matière judiciaire, est que tout fait allégué à l'appui d'une prétention, s'il est contesté par l'adversaire, doit être prouvé. À défaut, la simple dénégation de l'adversaire suffit à interdire au juge de prendre ce fait en considération, ce qui signifie pratiquement le rejet de la prétention. Amasser des éléments de

¹ LAITHIER Yves-Marie, *Droit comparé*, p.127

² JIOGUE Grégoire, « Quel avenir pour le modèle juridique français en Afrique ?, in Quel avenir pour le modèle juridique français dans le monde? Sous la direction de Rémy Cabrillac, *Economica*, 2011, pp.94-95

preuve et les présenter au juge en vue d'entraîner sa conviction est donc une condition nécessaire au triomphe du droit¹.

Il faut relever que les exigences formelles sont, par exemple, en plus de la reproduction de dispositions légales², une mention manuscrite, l'authenticité, l'écrit. Ainsi, nous pouvons citer les articles 17³ et 22⁴ COCC. Sur un autre registre nous pouvons dire qu'en pratique, le contrat de mandat fait l'objet d'un écrit, exigé pour les besoins d'efficacité.

21. Concernant le formalisme de validité, on note par moment une absence d'homogénéité quant à l'exigence d'un acte authentique laquelle est exacerbée par la position des chambres réunies de la Cour suprême sénégalaise exigeant de distinguer la promesse de contrat du contrat définitif⁵. Ce faisant, on ne saurait invoquer l'article 49 alinéa 2 COCC qui dispose que « lorsque la loi exige, pour la conclusion d'un contrat, des formes particulières, le pouvoir de passer ce contrat doit être donné au représentant dans la même forme ». ? Ainsi, on doit opérer une distinction entre les articles 49 alinéa 2 et 383 COCC en se basant non seulement sur la différence de nature entre la procuration et le contrat définitif, mais également sur l'adage le « spécial déroge au général ». Or, ces deux textes, loin de s'exclure, se complètent. Si l'on va jusqu'à retenir que la copie de l'acte sous seing privé certifiée conforme par un officier de police judiciaire a la même valeur que l'acte lui-même, quelle pertinence accorder à la position visant à exclure une procuration notariée⁶. C'est certainement pour des

¹ GOUBEUX Gilles, « Le droit à la preuve », Revue juridique de la Sorbonne, Décembre 2020, n°2, p.218

² Formalisme informatif

³ L'acte authentique est suivant l'article 17 COCC, un acte reçu par un officier public

⁴ L'acte sous seing contenant un engagement unilatéral doit être rédigé en entier de la main de celui qui le souscrit

⁵ Cour suprême, Chambres réunies, 19 juin 2012, <https://juricaf.org/arret/SENEGAL-COURSUPREME-20120619-11>, consulté le 11/12/2021 à 12h 57

⁶ Dans l'arrêt Aliou BATHILY contre Abdoul DIALLO, la Cour suprême du Sénégal avait jugé que la procuration donnée pour conclure une promesse synallagmatique de vente d'un immeuble

raisons économiques ou de célérité. Mais ces deux valeurs doivent-elles prendre le dessus sur la sécurité procurée ? Rien n'est moins sûr ! Dans tous les cas, à la faveur de la loi n°89-21 du 06 juillet 1989 complétant la loi n°63-62 du 10 juillet 1963 portant partie générale du COCC, en plus des officiers publics, conservateurs de la propriété foncière et receveurs de l'enregistrement, les officiers de police judiciaire, notamment les commissaires de police, peuvent certifier les actes sous seing privé.

22. La présence de témoins certificateurs lors de la conclusion d'un contrat avec un illettré constitue-t-elle un formalisme de validité ? La Cour suprême du Sénégal a décidé que les juges d'appel devraient rechercher si au moment de signer, la personne illettrée connaissait la teneur et la portée de l'acte. En ne le faisant pas, et se bornant à spécifier que Monsieur DIEYE est un homme d'affaires avéré, doté d'une expérience certaine des procédures bancaires, ils se sont privés de la base légale qui pouvait justifier leur position¹. Assez récemment, à savoir le 29 juin 2021, la formation spéciale de la Cour d'appel de Thiès statuant après cassation a jugé qu'un protocole d'accord qui n'a pas respecté les conditions d'élaboration des contrats avec une personne illettrée est nul et de nul effet². A l'évidence, il s'agit d'une nullité virtuelle car ne résultant de façon expresse d'aucun texte. Or, on dit bien, pas de nullité sans texte, ce qui n'est pas pour fédérer les opinions de la doctrine autour des décisions précitées³ et

immatriculé doit, sur la base des articles 258, 323, 382 et 383 COCC être passée par devant notaire

¹ NDIAYE Amadou Tidiane, « Affaire Bocar Samba DIEYE c/ CBAO, Réflexions sur la protection de l'illettré par le COCC », in *Mélanges offerts au Professeur Isaac Yankhoba Ndiaye*, L'harmattan Sénégal, 2021, p.762

² Cour d'appel de Thiès, formation spéciale statuant après Cassation du 29 juin 2021, Bocar Samba DIEYE contre CBAO Groupe Attijari Wafa Bank, inédit.

³ V. NDIAYE Amadou Tidiane, op.cit., p.781 pour qui, à côté des vices du consentement et de la lésion, le législateur consacre, de façon implicite mais univoque, une cause de nullité fondée sur l'illettrisme du contractant. *Contra* THIOYE Moussa, « Le COCC, un « Code civil des Français » sous les Tropiques ? », in *Code des obligations civiles et commerciales (C.O.C.C) : cinquante ans après*, Vol.2, L'harmattan Sénégal, 2018, p.610. A notre avis, il ne s'agit ni plus ni moins que d'une nullité virtuelle.

justifie une réécriture de l'article 20 COCC¹. Si le législateur sénégalais semble accorder une préférence à la volonté déclarée, dans certaines situations, l'importance de celle-ci ainsi que de la volonté interne ou réelle est à relativiser.

II. Une réelle relativité de l'importance des deux volontés

23. La conception individualiste, qui sous-tend le dogme de l'autonomie de la volonté, a fait prévaloir dans la doctrine française, au moins au XIX^e siècle, et même jusqu'à une époque récente la volonté interne ². Si concernant l'interprétation des clauses du contrat, l'immoralité et l'illicéité de la cause, la part de la volonté réelle n'est pas négligeable, en matière de sanction de la cause illicite ou immorale, la prise en compte de la volonté déclarée mérite d'être soulignée. C'est dire qu'il y a une appréhension ambivalente de la concurrence subie par la volonté déclarée (A). Au-delà, lorsque le juge procède au forçage du contrat, volonté réelle et déclarée perdent toute leur importance (B)

A. Une appréhension ambivalente de la concurrence subie par la volonté déclarée

24. Le principe en matière d'interprétation du contrat est de privilégier l'esprit sur la lettre. On parle d'interprétation subjective (1). De même, lorsque le contrat doit être annulé pour immoralité de la cause, on demande au juge de scruter les mobiles qui ont poussé les parties à entrer en relation contractuelle. Mais la volonté déclarée n'est pas totalement exclue dans la caractérisation de la cause subjective (2).

¹ Partant du fait que l'on peut être lettré (savoir lire et écrire) et ne pas être juriste (le droit n'est pas la littérature, que le français. Il a son langage propre), il s'avère important de réécrire l'article 20 COCC en ces termes : « La partie illettrée doit se faire assister, à peine de nullité, de deux témoins, juristes qualifiés, qui certifient dans l'écrit son identité et sa présence. Ils attestent en outre que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés ».

² GHESTIN Jacques, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, L.G.D.J, 3^e édition, 1993, p.345, n°386

1. La prévalence de l'esprit du contrat sur les clauses

25. L'interprétation des actes juridiques doit essentiellement reposer sur la recherche de l'intention de son ou de ses auteurs¹. Le législateur sénégalais a fait sien ce propos lorsqu'il précise à l'article 99 COCC : « par-delà la lettre du contrat, le juge doit rechercher la commune intention des parties pour qualifier le contrat et en déterminer les effets »². Il s'agit donc ici d'une interprétation subjective, fondamentalement différente de celle des règles de droit, pour lesquelles la sécurité des justiciables et la nécessité qu'ils puissent prévoir la solution applicable à leur situation exigent une interprétation objective fondée non sur des introspections individuelles, mais sur les données du système juridique³. C'est dire que si l'interprétation du contrat est subjective⁴, celle de la loi quant à elle est objective. Lorsque les clauses du contrat sont obscures⁵, contradictoires, le juge doit déceler la volonté réelle des parties. Seulement, les techniques d'interprétation diffèrent d'une situation à une autre. Ainsi, dans la première hypothèse, le juge interprète les clauses les unes par les autres et en tenant compte des circonstances de la cause⁶. Dans la seconde occurrence, la préférence devient une technique d'interprétation. Il s'agit de la clause qui a le caractère le plus personnel ou de celle qui reflète le mieux la volonté commune

¹ BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, p.270, n°235

² V. En droit français, l'article 1188 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 : « Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes ». Pour Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, cette disposition remplaçant l'ancien article 1156 réaffirme le choix classique opéré en droit français de privilégier la volonté réelle sur la volonté déclarée dans l'acte. CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations*, *op.cit.*, p.421, n°502

³ BERGEL Jean-Louis, *op.cit.*, p.270, n°235

⁴ Ce n'est pas à dire qu'il n'existe pas des directives d'interprétation objective comme on peut le constater à l'examen de l'article 103 COCC ou des articles 1189 à 1191 issu de l'ordonnance du 10 février 2016

⁵ L'obscurité de la clause correspond à son ambiguïté et à la difficulté éprouvée pour déceler son sens.

⁶ Qu'entend par « circonstances de la cause » ? Est-ce une admission implicite de la part du législateur du processus de formation du contrat et partant de la signature de documents contractuels ou des préambules de contrat ? La réflexion reste ouverte !

des parties qui est préférée à toutes les autres¹. Le législateur va même jusqu'à préciser ceci : « les termes trop généraux, les clauses visant un point particulier, ne font pas obstacle à la recherche de la volonté réelle des parties »². On se rendra compte qu'il a institué une sorte de « guide-âne », pour reprendre l'expression d'un auteur³, à la suite de son homologue français, européens⁴ ou de modèles législatifs⁵. Pour la jurisprudence française, non seulement ces guides d'interprétation n'ont pas de caractère impératif, mais leur méconnaissance ne peut donner lieu à cassation⁶. On se rend compte que l'exégèse pure est exclue par le postulat que « l'intention l'emporte sur la formule »⁷.

2. Dans l'occurrence du contrôle de la finalité du contrat

26. Le juge est garant de la moralité du contrat. Ainsi, il peut prononcer la nullité du contrat pour cause immorale ou illicite. Une cause est illicite ou immorale lorsque le motif déterminant de la volonté des parties est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs⁸. Partant de cette définition qui constitue une reprise de l'article 1133 de l'ancien Code civil, l'immoralité constitue un aspect de l'illicéité. Sur cette base est-il pertinent de distinguer la cause immorale de celle

¹ Au sein de la doctrine sénégalaise, seul Jean-Pierre TOSI a bien relaté cette distinction (TOSI Jean-Pierre, *Le droit des obligations au Sénégal, op.cit.*, p.146, n°405), contrairement à Georges RIVES (RIVES Georges, « Théorie générale des obligations en droit sénégalais », RSD, 1971, n°10, p.24) qui, en matière d'interprétation de clauses contradictoires ne visent que la contradiction entre clauses manuscrites, dactylographiées ou imprimées faisant fi de la situation ou les clauses de même nature peuvent être contradictoires.

² Article 101 alinéa 2 COCC

³ DUPICHOT Jacques, *op.cit.*, pp. 179-206

⁴ L'article 5 :106 recommande de préférer une interprétation des clauses qui rendrait les clauses du contrat licites ou valables à celle qui leur enlèverait cette qualité. Il s'agit d'une invite adressée à l'interprète de faire en sorte que le contrat soit utile

⁵ Article 4.4 (recherche de la cohérence du contrat), article 4.5 (recherche de l'utilité du contrat) des Principes d'UNIDROIT 2004

⁶ BERGEL Jean-Louis, *op.cit.*, p.271, n°237

⁷ CARBONNIER Jean, *Droit civil-Les obligations*, n°66

⁸ Article 76 alinéa 1^{er} COCC.

illicite ? On doit répondre par la négative. La cause, a deux finalités : une de protection du contractant, une autre de protection de l'intérêt général¹. Cette fonction sociale de la cause justifie le contrôle de sa moralité ou licéité par le juge à qui on demande ce faisant de rechercher les motifs qui ont poussé les parties à contracter. Ainsi, si le motif qui a poussé les parties à conclure le contrat est contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, le contrat sera annulé pour cause illicite ou immorale. A quel moment peut-on affirmer que nous sommes en présence d'un motif déterminant ? La réponse est donnée à l'alinéa 2 de l'article 76 COCC : apporter la preuve que les parties connaissaient la cause. Si la connaissance du motif déterminant ou pour reprendre la jurisprudence française, de la « cause impulsive et déterminante », est *bilatéralisée* en droit sénégalais, tel n'est pas le cas en droit français où la jurisprudence a décidé qu'un contrat peut être annulé pour cause illicite ou immorale, même lorsque l'une des parties n'a pas eu connaissance du caractère illicite ou immoral du motif déterminant la conclusion du contrat². Il appartient au demandeur de l'action en nullité absolue du contrat d'apporter la preuve non seulement de l'immoralité de la cause, mais également de sa connaissance de celle-ci. Or, cette preuve de la connaissance de la cause immorale ou illicite est facilitée en présence d'écrit, de parole ou geste. Cette précision nous amène à dire que la volonté déclarée n'est pas totalement écartée quand il s'agira de prouver l'immoralité ou illicéité de la cause.

¹ En France, l'article 8 de n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures autorisant le gouvernement à réformer le droit des contrats précise ceci : « un article introductif rappellera les trois seules conditions désormais nécessaires : le consentement des parties, leur capacité de contracter et l'existence d'un contenu licite et certain. Il est proposé de ne plus faire appel à la notion de « cause » mais de préciser les différentes fonctions régulatrices ou correctrices jusqu'à présent assignées à cette notion par la jurisprudence ». Il faut faire remarquer que si la fonction régulatrice correspond à la protection de l'intérêt général, celle correctrice renvoie à la protection d'un intérêt particulier

² Cass.1^{re} civ., 7 oct. 1998 : JCP G 98, II, 10202

27. Pour rappel, les motifs sont subjectifs¹ et constituent « le mobile déterminant, c'est-à-dire celui en l'absence duquel l'acquéreur ne se serait pas engagé »². Ce sont « les raisons subjectives d'un consentement qui restent personnelles à chacune des parties et varient en fonction des individus (...) »³. Ces motifs « ne peuvent normalement influencer sur le sort du contrat. En tant que tels, les motifs sont distingués d'autres raisons qui, elles, entreraient dans le champ contractuel »⁴. C'est certainement, en vue de préserver la sécurité juridique, que le législateur français a adopté une attitude indifférente vis-à-vis de l'erreur sur les motifs⁵ car ceux-ci s'assimilent aux mobiles, c'est-à-dire les raisons lointaines qu'avaient les parties de contracter. Analyser les mobiles, c'est dépasser la simple recherche d'une contrepartie, aller au-delà du contenu contractuel⁶. Ce faisant, on privilégie la volonté réelle. Néanmoins, lorsqu'il s'agit de contrôler le but du contrat, à savoir l'objectif de chacune des parties, au regard de l'ordre public, il convient de dépasser le simple échange des prestations réalisé par le contrat, afin de s'attacher à sa finalité pour chacune des parties⁷. Ce faisant, l'opération de vente d'un immeuble ou de prêt d'argent devient nulle si respectivement l'immeuble est destiné à être utilisé comme un lieu de prostitution et le prêt contracté en vue d'alimenter des dettes de jeu⁸. Suivant l'exemple de CHANTEPIE et LATINA, la première situation correspond à une atteinte aux bonnes mœurs et la seconde à l'ordre public vu que les dettes de jeu ou pari sont

¹ WICKER Guillaume, « De la survie des fonctions de la cause. Ebauche d'une théorie des motifs », Recueil Dalloz 2020 p.1906

² Civ. 1^{re}, 12 juill. 1989, n° 88-11.443, D. 1991. 320, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1990. 468, obs. J. Mestre

³ ROCHFELD Judith, Les techniques de prise en considération des motifs dans le contrat en droit français », RDC, 2013. 1601, n° 1.

⁴ ROCHFELD Judith, *Ibid.*

⁵ V. GRIMALDI Cyrille, « Retour sur l'erreur sur les motifs », (de la nécessité de bien distinguer les fausses représentations des prévisions non réalisées), Recueil Dalloz 2012 p.2822

⁶ CHANTEPIE GAEL, LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 330, n°405

⁷ CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, pp.330-331

⁸ CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias, *Ibid.*

prohibées par l'article 744 COCC¹. Les bonnes mœurs renvoient aux coutumes des honnêtes gens spécialement en matière sexuelle². En droit français, à la faveur de l'ordonnance du 10 février 2016, le respect des bonnes mœurs ne constitue plus une limite à la liberté contractuelle puisque ne figurant plus à l'article 1102 de ladite ordonnance, pendant de l'ancien article 6 du Code civil. Cette exclusion des bonnes mœurs de l'article 1102 marque une orientation vers l'ordre public philanthropique³.

Partant de la définition de l'ordre public de protection à savoir l'ensemble des lois qui restreignent la liberté des conventions afin de protéger certains contractants faibles à l'encontre de contractants forts, on peut dire que l'article 76 COCC fait allusion à l'ordre public de direction, c'est-à-dire celui qui tend à la sauvegarde des intérêts supérieurs de la collectivité⁴. Ainsi, l'intérêt général commande que les mobiles ou motifs du contrat soient conformes à la paix, sécurité, tranquillité de la collectivité.

En interprétant le contrat ou l'annulant pour cause immorale ou illicite, le juge tient compte tant de la volonté interne que déclarée. Pourtant, tel n'est pas le cas lorsqu'il découvre des obligations implicites.

¹ Aux termes de cette disposition : « La loi n'accorde aucune action au gagnant pour le paiement d'une dette de jeu ou d'un pari ainsi que pour les reconnaissances de dettes souscrites par les parties ».

² TOSI Jean-Pierre, *Le droit des obligations au Sénégal, op.cit.*, p.115. L'auteur reconnaît néanmoins que les bonnes mœurs sont floues, évolutives

³ CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias, *op.cit.*, p.332. Adde FENOUILLET Dominique, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », *in* Etudes Pierre CATALA, LITEC 2001, p.487

⁴ COUTURIER Gérard, « L'ordre public de protection », heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, *in* Etudes offertes à Jacques Flour, Notariat Defrénois, spécialement p.95 et 99. V. Néanmoins Guillaume Wicker pour qui les articles 1108, 1131 et 1133 seraient une traduction technique de l'article 6 ancien du code civil. De même, la notion de but visée à l'article 1162 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 remplace celle de cause ; WICKER Guillaume, « La suppression de la cause par le projet d'ordonnance : la chose sans le mot ? », D. 2015. 1557. Avec la réforme du droit des contrats, l'article 6 est devenu l'article 1102 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

B. L'adjonction au contrat d'obligations non voulues, manifestation d'une concurrence subie par les deux volontés

28. La distinction entre les accords émanant des parties elles-mêmes et non repris dans l'acte, efficacement écartés par la clause d'intégralité, et les obligations découlant de l'application par le juge de l'article 1135 du Code civil, du moins dans sa branche relative à l'équité, et totalement détachées de la volonté des parties, devrait être déterminante¹. Dans cette dernière hypothèse, le juge a recours à la technique du forçage, c'est-à-dire impose aux parties des obligations non voulues parce que non exprimées ou différentes du contrat initial². On dit bien que tout ce qui est contractuel n'est pas consensuel, c'est-à-dire que le consentement n'agit pas uniformément sur l'ensemble du contrat (...) que tout ce qui est dans le contrat n'est pas nécessairement consenti³. Nous examinerons d'abord la découverte par le juge d'obligations implicites (1) ensuite le fondement de cette découverte (2).

1. La découverte par le juge d'obligations implicites

29. Le forçage du contrat est la découverte, au sein du contrat, d'obligations contractuelles que les parties n'avaient pas mentionnées, comme l'obligation de sécurité dans le contrat de transport de personnes⁴. De fait, elle est une « obligation légale ou plutôt jurisprudentielle que le juge insère de vive force dans

¹ Revue Lamy Droit civil, N° 35, 1er février 2007, n°13

² LEVENEUR Louis, « Le forçage du contrat », *in* Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? Droit et Patrimoine, 1998, n°98, p.69 et s

³ COLLART DUTILLEUL François, « Quelle place pour le contrat dans l'ordonnancement juridique ?, *in* La nouvelle crise du contrat, sous la direction de Christophe JAMIN et Denis MAZEAUD, Dalloz, 2001, p.233

⁴ CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias, *La réforme du droit des obligations, commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016, p.438, n°519. Les auteurs se réfèrent à Civ.21 nov.1911, S.1912.1.73, note C. Lyon-Caen et précisent qu'au-delà du contrat de transport, l'obligation de sécurité a été découverte dans d'autres contrats.

le contrat »¹. C'est parce qu'afin d'indemniser les victimes, tous les moyens semblent possibles ; la finalité qui prévaut est celle d'indemnisation.

Grâce à la technique du forçage, l'obligation de sécurité a été découverte de même que l'obligation d'information². Les obligations de sécurité et d'information ont ouvert la voie à la prolifération des devoirs imposés aux contractants, en dehors de leur volonté expresse ou implicite³. C'est à travers son pouvoir d'interprétation que le juge découvre des obligations implicites. Il s'agit de la méthode objective d'interprétation qui consiste à déterminer un sens à partir d'éléments extérieurs à la volonté des parties⁴. Les circonstances en question tiennent principalement aux normes de comportement telles que la bonne foi. Au-delà, il y a les usages et les pratiques⁵ Il s'agit là de l'application de règles supplétives⁶. La règle supplétive n'est pas tant celle à laquelle les parties peuvent librement déroger que celle qui supplée les défaillances de la volonté⁷. Dans tous les cas, l'équité a permis au juge, en 1911, d'attacher une obligation de sécurité au contrat de transport⁸, un devoir de conseil au contrat d'assurance⁹, un devoir de mise en garde à la charge du banquier prêteur¹⁰. Scandalisé par cette approche, Louis Josserand a parlé de « forçage du contenu contractuel »¹¹. Dans tous les cas, la pratique contractuelle, pour limiter l'intrusion du juge dans le

¹ JOSSERAND, « Le contrat dirigé », DH 1933 cité par PENIN Olivier, « Le chat du cygne de l'obligation de sécurité ? », Recueil Dalloz, 2021, p.68

² Le Lamy Droit du contrat, n°6 Interprétation créatrice et palliative, mis à jour 06/2021

³ CHAZAL Jean-Pascal, « Les nouveaux devoirs des contractants », in La nouvelle crise du contrat, Dalloz, 2001, p.112

⁴ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.139

⁵ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.140. Pour le droit français, voir les articles 1159, 1160 du Code civil ; article 5.102 des PEDC,

⁶ LAITHIER Yves-Marie, *op.cit.*, p.142, n°131

⁷ PERES Cécile, *La règle supplétive*, L.G.D.J, 2004, spéc., n°338

⁸ Civ. 21 nov. 1911: D.P. 1911. I. 249, note A. Sarrut

⁹ Civ. 1^{re}, 27 mars 1985: Bull. civ. I, n° 108

¹⁰ J. Huet, « Le devoir du conseil du banquier », D. 2013. 2921 s.

¹¹ JOSSERAND Louis, « Les dernières étapes du dirigisme contractuel: le contrat forcé et le contrat légal », DH 1940. Chron. 5 s

contrat, insère une clause d'intégralité ou dite des quatre coins ayant pour effet d'empêcher le forçage du contrat¹.

En droit OHADA, *de lege feranda*, les obligations implicites sont consacrées dans le Projet de texte uniforme portant droit général des obligations². Certainement, les rédacteurs du projet de texte uniforme se sont inspirés des Principes UNIDROIT³ ou le projet de la Chancellerie française diffusé en 2008. Concernant cette dernière hypothèse, c'est parce le projet de texte uniforme, déjà finalisé en 2010, a été officiellement remis à l'OHADA en novembre 2015⁴. Donc sa finalisation a été postérieure à la diffusion officielle du projet de la Chancellerie susvisé.

2. Une découverte basée sur le pouvoir d'interprétation du juge

30. Le législateur sénégalais a-t-il suivi les conseils de Saleilles selon qui le juge, en cas de divergences dans l'intention des parties, devrait « prendre une interprétation moyenne, qui soit celle que la bonne foi, les usages et la loyauté commerciale, dussent imposer, comme étant la volonté commune, à laquelle chacun des deux contractants ait droit ? »⁵. Saleilles justifie cette interprétation constructive par ces propos : « Le contrat n'est pas l'acte de maîtrise d'une volonté créatrice de droit ; mais le procédé d'adaptation des volontés privées à l'utilisation des efforts communs, pour la satisfaction des intérêts individuels réciproques. Aussi est-ce d'après le but social de ce procédé de solidarité juridique, et non d'après la fantaisie individuelle de chacun de ceux qui y prennent

¹ Laurent SZUSKIN, Jean-Luc JUHAN, « Quelques clauses originales venues d'ici et d'ailleurs », Revue Lamy Droit civil, N° 25, 1er mars 2006

² Article 3 du Projet

³ Article 6 : 102

⁴ FONTAINE Marcel, « Le rayonnement international du droit français des contrats, Le cas particulier de l'OHADA », Recueil Dalloz, 2016, p.2008, n°41

⁵ Saleilles cité par CHENEDE François, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^e partie) », n°1, RDC, 2012, n°3, p.1017

part, que le contrat doit être interprété et appliqué »¹. Pour revenir à la question posée précédemment, nous serions tenté, en faisant l'exégèse² de l'article 103 COCC de dire que le législateur sénégalais a ignoré les conseils de Saleilles puisque ce dernier parle de « divergences dans l'intention », ce qui suppose une volonté déclarée des parties, là où l'article 103 précité fait allusion à la situation où la volonté n'est pas exprimée. Cependant, cette conclusion est hâtive dans la mesure où l'auteur précité a prévu un mode d'interprétation propre au contrat d'adhésion : « Ce qui doit constituer l'interprétation, ce n'est plus la recherche d'une volonté moyenne, qui puisse représenter la volonté commune des deux contractants – ces procédés ne sont de mise que là où les deux volontés ont un rôle égal à jouer – mais bien l'interprétation de la seule volonté qui a été prédominante, qui seule a formé l'engagement (...) ; volonté qui, par suite, a créé une loi contractuelle, offerte aux adhésions particulières, et qui doit être appliquée dans le sens de ce qu'exigent et la bonne foi et les rapports économiques en jeu, dans leur combinaison avec ces lois d'humanité qui s'imposent, dès qu'un particulier, une compagnie ou une autorité publique, touchent, par voie de règlements généraux, aux conditions de la vie économique ou sociale de l'individu »³. Tirant les conclusions de ces propos, François CHENEDE a précisé qu'en matière de contrats d'adhésion, il ne conviendrait donc plus, selon Saleilles, de rechercher la volonté commune des parties, mais d'interpréter la volonté solitaire de l'offrant tout en ménageant les intérêts de l'adhérent au nom de la loyauté commerciale et des exigences d'humanité⁴. Pour l'auteur⁵, le contrat d'adhésion a bien été consacré à travers l'ancien article 1162

¹ Saleilles, p.229 cité par CHENEDE François, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2e partie) », RDC 2012, n°3 - page 1017

² Pour la défense des vertus de l'exégèse, V. MEKKI Mustapha, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », Recueil Dalloz, 2015

³ Saleilles, p. *op. cit.*, n° 90, p. 230 cité par CHENEDE François, «

⁴ CHENEDE François, « RDC 2012, n°3 - page 1017, n°3

⁵ CHENEDE François, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (2^e édition) », n°16, RDC 2012, n°3, p.1017

du Code civil¹, la réduction et l'éviction des clauses abusives. Dans tous les cas, ce que suggère Saleilles c'est une autre méthode d'interprétation du contrat différente de l'interprétation subjective prônée par l'article 1156 du Code civil et qualifiée de règle des règles par DEMOLOMBE²

Au-delà, il n'est pas faux d'affirmer que le législateur sénégalais se serait inspiré d'auteurs français tels que Domat qui accorde la faveur au débiteur en cas de doute sur le contenu du contrat³. Ainsi, l'article 103 alinéa 2 COCC dispose que : « si toute autre interprétation se révèle impossible, les stipulations du contrat sont réputées faites en faveur de celui qui s'oblige ».

31. L'article 238 AUDCG recommande d'interpréter la volonté selon le sens qu'une personne raisonnable aurait déduit de son comportement. Toute la question est de savoir qu'est-ce qu'une personne raisonnable. Ni le législateur de l'OHADA, ni celui français ne donne une définition de ce qu'est une personne raisonnable. Ce qui demeure certain c'est l'abandon depuis 2014, en droit français, de la notion de bon père de famille au profit de celle de personne raisonnable.

32. Pour rappel, l'article 1135 du code civil est devenu l'article 1194 issu de l'ordonnance du 10 février 2016. De même, cette disposition relative aux « suites contractuelles » met en exergue l'un des pouvoirs du juge en matière contractuelle : celui de compléter le contrat. Il faut dire que le contrat est complété lorsqu'il comporte des lacunes ; il mérite d'être interprété dès lors que son contenu est vague ou ambigu⁴. Ainsi, un contrat est incomplet dans deux

¹ Aux termes de cette disposition, dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation.

² DEMOLOMBE Christophe, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, 1^{er} éd., Durand et Hachette, t.2, 1869, n°3 ;

³ V. DRAND Céline, « L'équité en matière contractuelle selon les auteurs de droit français du XVI^e au XVIII^e siècle », RDC 2015, n°03 - page 611

⁴ LAITHIER Yves-Marie, *Droit comparé*, Dalloz, 2009, pp.137-138. C'est cette même distinction que Roger DECOTTIGNIES a opéré quand il affirme ceci : « Le code incite le juge à interpréter

hypothèses : soit parce que des obligations font défaut, soit parce que les obligations prévues ne sont pas suffisamment précises. La première situation est relative aux obligations implicites alors que la seconde hypothèse traite de la détermination de l'étendue des obligations, de leur responsabilité en cas d'inexécution.

33. S'inspirant de l'article 1135 ancien du Code civil, le législateur sénégalais a fait de l'article 103 COCC, une règle d'interprétation et non une règle de fond. On est même tenté de dire qu'il assimile interprétation et lacune du contrat. Reprenons mot pour mot l'article en question : « *En l'absence de volonté exprimée, le contrat oblige à toutes les suites que la loi, les usages, la bonne foi ou l'équité donnent à l'obligation d'après sa nature. Si toute autre interprétation se révèle impossible, les stipulations du contrat sont réputées faites en faveur de celui qui s'oblige* ». Non seulement l'expression « interprétation » apparaît à l'alinéa 2 de l'article en question, mais également cette disposition se situe au paragraphe 1 de la section première du chapitre III intitulé respectivement « effets entre les parties », « effets du contrat ». En France, certains auteurs classaient d'ailleurs l'ancien article 1135 du Code civil au sein des règles permettant de faire une « interprétation créatrice » du contrat¹. Il est vrai que l'alinéa 3 de l'ancien article 1134 du Code civil suivant lequel « elles doivent être exécutées de bonne foi », n'a pas d'équivalent dans la partie générale du COCC et que ce sont plutôt les alinéas 1 et 2 de l'article du code civil, mais la philosophie demeure la même à savoir une proximité rédactionnelle entre les articles 1134 et 1135. C'est parce que « dans la pensée des rédacteurs du Code, ces deux textes

largement le contrat, à compléter la volonté des parties, à préserver le contrat de la nullité, à sauver tout ce qui peut l'être en cas de résolution du contrat. Le juge apprécie les causes d'annulation, peut refaire le contrat et réduire les obligations des parties en cas d'inexécution. La réfaction s'étend ainsi à tous les contrats » ; DECOTTIGNIES Roger, « Réflexions sur le projet de code sénégalais des obligations », *Annales Africaines*, 1962, n°1, in *Développement économique et évolution juridique*, Colloque des facultés de droit, p.179

¹ TERRE François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, 11^e éd., n°453

marquaient en effet l'abandon de la catégorie romaine des contrats de droit strict, d'interprétation étroitement littérale, au profit des contrats de bonne foi, d'interprétation plus souple¹».

Conclusion

34. La querelle doctrinale ayant eu lieu en Allemagne a essaimé au-delà de ses frontières grâce à SALEILLES. Le COCC, largement inspiré du droit français, n'a pas été insensible à cette controverse. S'inscrivant dans la logique de la recherche de la sécurité juridique, voire contractuelle, le législateur sénégalais a semblé préférer la volonté déclarée. Cependant, le COCC comporte en son sein, les manifestations de l'autonomie de la volonté, d'où la prise en compte de la méthode d'interprétation subjective. Ce faisant, dans son office, le juge doit rechercher la commune volonté des parties. S'il est vrai qu'une distinction doit être opérée entre interprétation et complément du contrat, on ne peut occulter le fait que le premier exercice peut constituer par moment un prétexte pour le juge de mettre à la charge des parties des obligations qu'elles n'avaient pas prévues. Cette technique de forçage du contrat est appréhendée comme une manifestation de la crise du contrat. Au final, il est possible d'affirmer qu'aucune théorie ne l'emporte sur l'autre dans le COCC, texte aux confluents de divers droits².

¹ CHANTEPIE Gaël, LATINA Mathias, *op.cit.*, p.440

² Codes suisse, italien et éthiopien. V. DECOTTIGNIES Roger, *op.cit.*, p.173

**LA PREVENTION ET LA RESOLUTION DES
CONFLITS AGROPASTORAUX DANS UN
CONTEXTE DE FORTE INSECURITE
AU SAHEL :
BURKINA FASO, MALI, NIGER**

Abdramane Cissé, doctorant en droit privé -

Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako (Mali)

Résumé

L'accès à la terre et à ses ressources est au cœur des conflits entre agriculteurs et éleveurs au Sahel. Associées à d'autres facteurs régionaux, géopolitiques, identitaires, économiques et politiques, ces tensions sont exploitées par des groupes armés, provoquant leur aggravation et favorisant les cas de violation des droits humains. Les processus traditionnels et modernes qui permettaient de juguler ces conflits sont affaiblis et moins efficaces, contribuant ainsi à l'escalade des affrontements. Cette situation a eu pour effet de faire l'amalgame entre les conflits entre agriculteurs et éleveurs et ceux liés à l'extrémisme violent, compliquant considérablement le paysage de la sécurité au Burkina Faso, au Mali et au Niger.

Cette étude, axée sur les méthodes documentaires et qualitatives, s'efforcera d'analyser ces dynamiques actuelles structurant et aggravant les conflits. Ce dessein, afin de comprendre quelles sont les incidences réelles de tels changements sur les mécanismes de prévention et de résolution des conflits agropastoraux au Sahel.

Ces dernières années au Sahel, la paix et la sécurité sont menacées par une multiplicité de causes, de plus en plus complexes. La lutte pour les ressources, les tensions ethniques, les conflits violents provoqués (transfrontaliers), la criminalité organisée, le terrorisme et les narcotrafiquants ont contribué à déstabiliser la région du Sahel et fragilisé la paix et la sécurité au Burkina Faso, au Mali et au Niger¹. Cependant, ces menaces ne doivent pas occulter l'importance des conflits anciens, comme ceux entre agriculteurs et éleveurs ; les conflits fonciers qui gravitent autour de l'exploitation des ressources naturelles. En général, ces conflits sont provoqués par la diminution du foncier cultivable à la base des affrontements entre les deux groupes de production. Se greffent à celle-ci, le changement climatique, la répartition inégale des ressources, l'insuffisance de plateformes transfrontalières de dialogue civiles, l'insuffisance de sensibilisation aux documents de politiques et juridiques agropastoral, la prolifération des armes à feu, l'influence extrémiste, la mauvaise gouvernance etc.² Ces conflits qui s'exacerbent aujourd'hui dans le temps et dans l'espace en affrontement intercommunautaires meurtriers laissent, à chaque occasion, des bilans très désastreux dans les mémoires collectives et nourrissent des velléités de revanche qui entretiennent un cycle continu³. Il ya donc une véritable imbrication d'enjeux, d'acteurs, de réseaux dans le Sahel pour le contrôle des ressources locales dans des zones où l'Etat est faiblement représenté en termes d'administration et de forces de défense et de sécurité, voire quasi inexistant. Cette situation laisse s'agrandir le fossé entre les acteurs et pousse les uns et les

¹ WANEP : « *Atténuer les conflits agropastoraux en Afrique de l'ouest : La nécessité de revisiter les moyens d'actions pour l'application effective des recommandations* » Rapport thématique du Réseau Ouest-africain pour l'édification de la paix, p.2, Avril 2020

² Idem, p.2

³ En mars 2019, plus de 150 éleveurs peuls ont été tués par des milices dogons au centre du Mali. En juin de la même année, un raid d'éleveurs peuls sur des villages dogons a causé la mort d'au moins 35 personnes.

autres à adopter des attitudes de repli sur soi, bien souvent sur une base communautaire¹.

Cette juxtaposition de faits, pose la problématique majeure de l'efficacité des mécanismes de prévention et de résolution de ces conflits ; qu'ils soient endogènes ou étatiques dans un contexte où des groupes islamistes exploitent les tensions intercommunautaires pour intensifier le recrutement. Quelles sont donc les impacts de l'imbrication des dynamiques de conflits et d'insécurité sur les mécanismes de prévention et de résolution des conflits agro-pastoraux ? Alors qu'on espère pacifier le climat de tension à travers la pléthore de rencontres organisée dans la sous-région et l'adoption de réglementations pour prévenir et résoudre les conflits, l'on assiste à des formes plus violentes des affrontements entre agriculteurs et éleveurs ; toute situation qui expliquerait sans doute l'affaiblissement des mécanismes de prévention et de résolution des conflits (I) ; mais également des freins dans la mise en œuvre efficace des recommandations et anciennes approches de prévention et de gestion des conflits agropastoraux au Sahel (II).

I. Des mécanismes de prévention et de régulation des conflits affaiblis et en perte de vitesse

Confrontées à la persistance des conflits entre agriculteurs et éleveurs, les populations se sont, en général, toujours référées soit aux mécanismes traditionnels de prévention et de résolution des conflits (A) ou aux modes de gestion étatique (B). Cependant, le constat partagé est que ces mécanismes,

¹ Dans la zone des trois frontières (Burkina, Mali, Niger), la présence jihadiste s'est greffée sur des tensions qui existent de longue date entre communautés, dont certaines se sont constituées en groupes armés alimentant les violences.

qu'ils soient endogènes ou étatiques, ne paraissent plus faire efficacement leur office dans un contexte de désagrégation des relations agro-pastorales.

A. Des mécanismes traditionnels de prévention et de gestion des conflits affaiblis

La gestion coutumière des conflits, était et continue d'être le premier moyen qui s'offre aux acteurs pour régler leurs différends¹. Les formes traditionnelles de prévention et de gestion des conflits auxquelles les populations faisaient référence comprenaient principalement la signature/reconnaissance des pactes de non-agression, matérialisés par des alliances et des relations de bon voisinage, le cousinage et la parenté².

En cas de conflit ouvert, la négociation et la médiation sont sollicitées, mais l'arbitrage était parfois indispensable, si les négociations n'aboutissaient pas à un règlement satisfaisant³. Ces modes de gestion endogène ou extrajudiciaires du conflit faisaient intervenir un grand nombre d'acteurs par voie de recours et consultations successives⁴ : chefs de villages, chefs religieux, conseils de villages, Jowro⁵, conseils de familles, voisins, assemblées de sages, etc. Toutes les parties avaient ainsi maintes fois l'occasion d'exposer leur version des faits, devant des assemblées différentes, et les témoignages les plus divers étaient recueillis et confrontés⁶.

¹ D'autres travaux justifient ce fait par l'inaccessibilité de la justice pour les pauvres, en raison des coûts élevés des procédures, des lenteurs administratives et de la faible couverture judiciaire du territoire national.

² La parenté à plaisanterie autrement appelé « joking relationship » est un phénomène social collectif. En effet le cousinage permet le dialogue interculturel et consolide la cohésion sociale.

³ SABRINA BEELER : « *Conflits entre agriculteurs et éleveurs au nord-ouest du Mali* ». IIED, dossier N°141, Programme Zones Arides, Octobre 2006, p. 17

⁴ IDRISSE MAIGA, GOURO DIALLO : « *Les conflits foncier et leur gestion dans la 5^{ème} région du Mali* ». IIED, Programme Zones Arides, Dossier N°76, p. 14, 1998.

⁵ Dans la société peule, les jowro sont les gestionnaires de la terre. Sa fonction est d'ordre foncier, juridictionnel, fiscal et représentatif

⁶ SABRINA BEELER, op. cit. p.17

Par ailleurs, du fait de la spécificité de l'élevage pastoral au Sahel¹, basé sur la mobilité des troupeaux, les pasteurs établissaient depuis la nuit des temps des relations sociales très complexes avec les communautés sédentaires afin de répondre aux impératifs socio-spatiaux². De nombreux pasteurs nouaient et continuent de nouer des alliances (ou *ahalié*, en arabe) entre elles et avec certaines communautés sédentaires³, relations qui leur permettaient de bénéficier d'une certaine assurance pour l'accès aux ressources (résidus de cultures, etc.) et pour la protection de leurs biens, moyennant des échanges de quelques cadeaux⁴. En cas de litiges, le mode de résolution préalable était le règlement à l'amiable⁵, avant même l'intervention d'une autorité coutumière (chef de village) ou étatique (gendarmerie)⁶. Ces modes de règlement par consensus permettaient de préserver les alliances.

Qu'ils s'agissent des liens d'alliance ou des relations d'amitié qui garantissaient la bonne cohabitation entre populations sédentaires et pasteurs transhumants, il convient de souligner que ces principes traditionnels sont remis en cause aujourd'hui avec le contexte socio politique et sécuritaire qui prévaut dans les Etats. La recrudescence des conflits violents et meurtriers entre agriculteurs et

¹ Au Burkina Faso, au Mali et au Niger, le système d'élevage par excellence est de type pastoral. D'après une étude de la FAO, plus de 70% des animaux des pasteurs sont conduits chaque année en transhumance.

² ANDRE MARTY : « *L'élevage pastoral : un atout durable pour le développement et la sécurité des Zones saharo-sahéliennes. Le rôle crucial des politiques publiques* ». IRAM, Institut de Recherches et d'Applications des Méthodes de Développement, France. COLLOQUE REGIONAL DE N'DJAMENA, 27-29 MAI 2013.

³ SOUGNABE PABAME, REOUNODJI FREDERIC : « *Mécanismes de Prévention et de Gestion des Conflits dans les Zones d'Intervention du Projet ACCEPT* ». Rapport d'étude, version définitive, Mars 2021, p. 36

⁴ EDMOND BERNUS : « *L'évolution récente des relations entre éleveurs et agriculteurs en Afrique tropicale : l'exemple du sahel Nigérien* ». Cahiers ORSTOM, séries Sciences Humaines, vol. XI, no 2 - 1974 : 137-143

⁵ La négociation peut se faire à l'aide d'un intermédiaire qui n'est pas le chef de village, par exemple un ami ou l'imam, dont la fonction est surtout de témoigner (pour estimer le dégât et pour l'amende).

⁶ SOUGNABE PABAME, REOUNODJI FREDERIC, op. cit. p.36

éleveurs qui prennent de l'ampleur en est une parfaite illustration. Cette défiance des légitimités traditionnelles est instrumentalisée et amplifiée par les questions à forte charge émotionnelle de l'ethnicité, de la religion, de la culture et de la terre, par les groupes djihadistes¹. Ce qui a pour conséquence d'intensifier les affrontements entre acteurs et ou du moins renforce le sentiment d'insécurité et l'instabilité dans des États déjà fragiles. Dans la plupart des cas, les populations sont pris en partie aussi bien par les Forces de l'ordre et de sécurité que par les réseaux des terroristes ou les milices les accusant d'être de connivences avec l'une ou l'autre partie². Il arrive aussi dans la population elle-même qu'une communauté se voit stigmatisée à cause de son appartenance ethnique comme étant des filets à maille fine liés aux milices ou aux djihadistes³. Ces situations favorisent des cas de violation des droits de l'homme et c'est souvent la population civile, notamment les femmes et les jeunes, qui sont pris pour cible.

B. Des mécanismes étatiques ou modernes de prévention et de gestion des conflits également contestés et affaiblis

La gestion par l'Etat du conflit agro-pastoral fait intervenir le plus souvent deux institutions⁴ : l'administration et la justice ; représentées par les mairies, les chefs d'arrondissement, les commandants de cercle, le gouverneur, les ministres et les juges. La procédure de la voie administrative passe par une plainte, des convocations et une tentative de conciliation en collaboration avec les autorités coutumières. En cas de non-conciliation, un recours à la justice intervient⁵. Celle-ci rend des jugements et arrêts et peut imposer l'exécution des décisions.

¹ LEIF BROTTM : « *La complexité croissante des conflits entre agriculteurs et éleveurs en Afrique de l'Ouest et centrale* » Dans Bulletin de la sécurité Africaine, N°39, juillet 2021, p. 2

² SOUGNABE PABAME, REOUNODJI FREDERIC, op. cit. , p. 31

³ Ibidem, p. 31

⁴ SITHOU RANI, SIDDO AMADOU : « *Gestion et prévention des conflits fonciers au Sahel, quel rôle pour les collectivités locales ?* ». Document de capitalisation et d'expériences, p. 9

⁵ Avant d'appliquer la loi, la justice essaye une dernière fois de négocier et de trouver une solution. Depuis quelques années, cette réconciliation est devenue plus difficile.

Cependant, les communautés reprochent le plus souvent aux instances administratives et judiciaires l'application de règles uniformes et donc rarement adaptées à la diversité des réalités locales¹. Un procès judiciaire aboutit forcément à un « perdant » et un « gagnant », ce qui est difficilement accepté dans les communautés rurales ouest-africaines². Le caractère impartial de la procédure est aussi sujet à caution au vu de la corruption souvent dénoncée du personnel judiciaire³. Les litiges portés devant les tribunaux décrédibilisés par des affaires de corruption et ne disposant plus de l'autorité de la chose jugée deviennent difficiles à régler, ce qui ne permet pas de résoudre les conflits, crée des tensions supplémentaires et conduit à une dégradation des relations entre individus et groupes. En fin de compte, les cours et tribunaux sont engorgés de dossiers de conflits agropastoraux, trahissant la faible efficacité du système judiciaire. À cela, il faut ajouter une justice inaccessible pour les pauvres, en raison des coûts élevés des procédures⁴, des lenteurs administratives et de la faible couverture judiciaire du territoire national. En outre, lorsque les parties ont malgré tout pu surmonter les obstacles procéduraux et de coûts pour soumettre leur différend à l'appréciation du juge, les décisions rendues par ce dernier sont incomprises et correspondent rarement aux attentes des citoyens⁵. La propagation de ce type de perception est fatale pour la confiance des populations envers l'administration et la justice. Elle remet en cause la légitimité des Etats, de ses institutions, et enclenche un cercle vicieux. Qui plus est, ces dynamiques s'opèrent dans un contexte d'insécurité générale et de méfiance ;

¹ INTERPEACE, IMRAP : « *Analyse locale des dynamiques de conflit et de résilience dans la zone de Koro-Bankass-Région de Mopti, Mali* ». Rapport d'étude, juin 2017, p. 35

² MOUSSA KIENTA et al. : « *Implication des différents acteurs dans la gestion des conflits fonciers. Etude de cas en 5^{ème} région Méthodologie et résultats* ». Rapport d'étude du Programme de Développement Institutionnel du Secteur Rural, p.16

³ INTERPEACE, IMRAP, op. cit. p. 35

⁴ Certains éleveurs perçoivent les frais de justice au même titre que la monnaie de racket lors des transhumances.

⁵ OUMOU BOLLY DIALLO et al. : « *Accès à la justice au Mali : une réalité à bâtir* ». Rapport d'étude d'Avocats Sans Frontières (AVSF), 2018, p.44

laissant place à des conditions pour une montée de violences potentielles inquiétante. Elle est par ailleurs un obstacle à la mise en œuvre des recommandations issues des rencontres nationales et sous régionales pour minimiser et prévenir les conflits entre agriculteurs et éleveurs.

II. Des freins dans la mise en œuvre efficiente des recommandations et anciennes approches de prévention et de gestion des conflits agropastoraux, plus une question de gouvernance

Au chevet des conflits agropastoraux, plusieurs recommandations ont été faites aux Etats pour apaiser les tensions à l'issue de rencontres nationales et internationales. Il s'agit en particulier de la sécurisation de la mobilité pastorale (A) qui va de pair avec celle du foncier pastoral (B). Mais l'on observe comme un immobilisme dans la mise en œuvre de ces recommandations.

A. Une sécurisation mitigée de la mobilité pastorale, source de tension

La mobilité des bergers avec leurs animaux a toujours existé au Sahel et en Afrique de l'Ouest. Elle est essentielle pour échapper à la sécheresse, la maladie ou les conflits¹. Une mobilité au pied levé et souvent sur de longues distances s'impose pour la survie du troupeau et des pasteurs eux-mêmes dans des zones arides et semi arides². Elle est à l'origine des discordes entre agriculteurs et

¹ CED HESSE, SUE CAVANNA : « *Modernité, mobilité : L'avenir de l'élevage dans les zones arides d'Afrique* ». Rapport d'étude, publié en 2010 par l'Institut International pour l'Environnement et le Développement (IIED) et SOS Sahel UK. Édition Helen de Jode, p. 13.

² Idem, p. 13

éleveurs à cause des dégâts dans les champs dus aux errances des animaux ou encore aux sévices subit par ces derniers¹.

La mobilité ou la transhumance pastorale a fait l'objet d'attention particulière, car elle est un moyen sûr de prévention des conflits agropastoraux. Elle a d'abord fait l'objet de réglementation au niveau sous régional à travers la CEDEAO qui a défini en 1998 un cadre réglementaire qui reconnaît la transhumance comme un droit pour les éleveurs et toutes les espèces animales d'accéder à la terre et à ces ressources à travers la Décision A/DEC.5/10/98 relative à la réglementation de la Transhumance entre ses Etats membres. C'est ainsi qu'après avoir défini très clairement dans un chapitre premier les différentes notions en rapport avec la transhumance transfrontalière, les rédacteurs ont pris soin de consacrer des chapitres entiers et distincts, spécifiques entre autres aux conditions de déplacement du bétail², à la garde des animaux transhumants³, où encore à l'accueil du bétail transhumant⁴. Le Chapitre V, consacre ces articles 17, 18 et 19 à la gestion des conflits nés de la transhumance. Ainsi, pour la résolution du conflit, il est préalablement soumis à l'appréciation d'une commission de conciliation (art.17). Cette commission est composée des représentants des éleveurs, des agriculteurs, des agents de l'élevage de l'agriculture, des Eaux et Forêts et des autorités politico-administratives locales (art.18). De non-conciliation, le différent est tranché par les tribunaux compétents (art.19). Pour assurer la mise en œuvre effective de la décision A/DEC.5/10/98, la CEDEAO a adopté en 2003 le Règlement C/REG.3/01/03 relatif à la mise en œuvre de la réglementation de la transhumance entre ses États membres. Ce règlement

¹ OUSSOUBY TOURE : « *Analyse des conflits liés aux ressources naturelles dans la région du Liptako-Gourma : Résultats des trois analyses de conflits réalisées au Burkina Faso, Mali, Niger* ». FAO, Rapport d'étude, 2020

² CHAPITRE III de la décision A/DEC.5.10.98

³ CHAPITRE IV de la décision A/DEC.5.10.98

⁴ CHAPITRE V de la décision A/DEC.5.10.98

incite les Etats à mettre en place au niveau de leur territoire des institutions chargées du contrôle de la transhumance et de la gestion des conflits¹.

Puis ensuite, elle a fait l'objet de réglementation de la part des Etats. Le Burkina Faso, le Mali et le Niger disposent en effet, des dispositions législatives et réglementaires en matière de transhumance et de gestion des conflits. Qu'elles soient contenues dans un texte législatif unique (Charte pastorale au Mali, Ordonnance sur le pastoralisme au Niger, loi d'orientation sur le pastoralisme au Burkina Faso) ou dispersées dans divers instruments législatifs (législations foncières et ou forestières, lois d'orientation Agricole, etc.) ; elles s'articulent pour l'essentiel autour de préoccupations communes qui visent à ² : La sécurisation de la mobilité pastorale, l'accès aux ressources naturelles, la préservation des ressources pastorales, la sécurisation des équipements et infrastructures pastorales, notamment au niveau des terroirs, la reconnaissance de la mise en valeur pastorale des terres, l'implication des pasteurs et de leurs organisations dans le suivi des pistes à bétail et des ressources pastorales, la clarification du statut du foncier pastoral public, et l'arbitrage des conflits liés à l'exploitation des ressources pastorales.

Sur ce dernier point, la gestion des conflits, les législations privilégient le recours aux instances locales ou traditionnelles pour résoudre leurs différends dont les interventions permettent de restaurer des relations apaisées entre les différentes parties prenantes au conflit. Il en est ainsi par exemples des articles 59 et 60 de la charte pastorale du Mali, des articles 66, 67 et 68 de l'ordonnance relative au pastoralisme au Niger ou encore des articles 67 et 68 de la loi

¹ Le Burkina Faso, le Mali et le Niger ont tous mis en place des Comités nationaux de transhumance et de gestion des conflits. Ces comités ont pour mission de gérer la transhumance transfrontalière et nationale. Ils sont également les premiers acteurs à intervenir en cas de conflits.

² OUSSOUBY TOURE : « *Sécurisation du foncier pastoral en Afrique de l'Ouest. Des modèles divers et riches d'enseignements* ». Rapport d'étude IIED, Série Foncier, Investissements et Droits, 2018 : p. 21

d'orientation du pastoralisme au Burkina Faso. Toutefois, ces acquis ne doivent pas faire perdre de vue les lacunes inhérentes à ces cadres législatifs et réglementaires. Plutôt que de pacifier les rapports de coexistence entre les acteurs dans le partage équitable des ressources, ces législations viennent les compliquer¹. En effet, l'une des principales insuffisances repérées dans ces législations est liée au déséquilibre entre les droits reconnus d'une part aux agriculteurs et, d'autre part, aux pasteurs². Alors que les premiers exercent un droit réel sur les terres qu'ils exploitent, les seconds ne bénéficient que d'un simple droit d'usage qui ne leur permet pas un accès facile aux ressources pastorales³. Il s'agit d'un droit d'usufruit institué sur les terres traditionnellement de parcours. Par ailleurs, l'application de ces réglementations se heurte à des difficultés multiples. Les éleveurs se plaignent de l'occupation des pistes et des couloirs de transhumance dans les zones d'accueil, ainsi que des tracasseries administratives auxquelles ils font face lors de leurs déplacements. Pour leur part, les agriculteurs reprochent aux transhumants de provoquer des dégâts dans les parcelles cultivées, d'exploiter de façon illégale des aires protégées avec pour conséquence une dégradation de la faune et de son habitat. Les restrictions de l'entrée des transhumants étrangers sur les territoires du Sénégal (2012-2013) du Togo (2014-2015) et du Bénin (2019-2020) ont, une fois de plus, révélé les difficultés entre les approches communautaires et nationales en matière de gestion de la transhumance frontalière. Pour ces Etats, la transhumance est à l'origine des nombreuses contraintes du secteur de l'élevage, notamment sa faible productivité, son manque de compétitivité, le vol du bétail ;

¹ SAADI BENZERRAK : « *Où en sommes-nous depuis 2004* ». "Dans Plaidoyer pour un code pastoral : mais pour quel code pastoral ?". Regards croisés sur le foncier. P. 12. Septièmes Rencontres Internationales de Pastoralisme Organisées par la Fédération des Alpages de l'Isère, 2006, p. 13

² OUSSOUBY TOURE, op. cit. , p. 21

³ Ibidem, p. 22

voire des conflits¹ qui profitent aux groupes terroristes pour renforcer le recrutement de nouveaux combattants dans leur rang. Ainsi la réglementation de la transhumance traduit-elle une vision discriminatoire au profit de l'agriculture et au détriment de l'élevage promue dans les politiques publiques. Elle est aussi une réaction à des évolutions importantes auxquelles l'élevage pastoral et la région sont aujourd'hui confrontés.

B. Le foncier pastoral mis à mal par les recompositions des espaces ruraux

L'esprit de la plupart des législations pastorales et ou foncières en Afrique de l'ouest était d'assurer des droits d'accès aux ressources pastorales (pâturages, eau) aux pasteurs pour permettre une grande mobilité des troupeaux par une sécurisation foncière². Cependant, la gestion des mouvements de transhumance nationale et transfrontalière constitue aujourd'hui un défi particulièrement complexe à cause de la recomposition des espaces ruraux qui entraîne une modification des conditions d'accès aux ressources naturelles et entrave, de plus en plus, la dynamique de mobilité. L'augmentation de la pression agricole et forestière sur les terres conduit à l'occupation, en toute saison, de plus d'espaces pastoraux stratégiques (bas-fonds, couloirs de transhumance, zones d'accueil, etc.) et accroît les difficultés de déplacement des troupeaux transhumants³. Se pose alors les questions relatives à la volonté voire la sincérité des différentes parties prenantes aux conflits agropastoraux car, à ce niveau, la confiance des uns (agriculteurs) envers les autres (éleveurs) et vice-versa est désormais inexistante. Chaque groupe est convaincu que l'autre, à dessein, soit occupe en toute âme et conscience des aires de pâturages ou des pistes de bétail pour ses

¹ OUSSOUBY TOURE : « Réglementer la mobilité du bétail en Afrique de l'Ouest : pourquoi et comment ? ». Note de synthèse, Inter-réseaux, N°31, juin 2020, p. 1

² Avec la complicité ou la corruption de certains administrateurs locaux, les cycles de transhumance et les trajets reconnus dans les codes pastoraux ne sont pas respectés.

³ OUSSOUBY TOURE, op. cit. p. 3

besoins agricoles, soit se livre à un sabotage des cultures par du bétail dirigé à cet effet.

De plus, le processus d'accaparement des terres pastorales par les industries extractives et les promoteurs immobiliers entraîne quant à lui la remise en cause des droits fonciers des communautés pastorales et agropastorales¹. La création de ranchs privés permet à certains acteurs (éleveurs-commerçants, opérateurs économiques, etc.) de disposer d'un espace protégé et sans concurrence en saison sèche, tout en utilisant l'espace environnant comme lieu de séjour temporaire de leurs animaux pendant l'hivernage². L'appropriation privative des infrastructures hydrauliques (« puits boutique » au Niger par exemple) favorise la monétarisation de l'accès à l'eau d'abreuvement au profit d'opérateurs privés individuels³. Et de ces tentations de promouvoir des pratiques exclusives d'accès aux ressources pourraient résulter un mouvement de territorialisation privative des espaces pastoraux.

Enfin le changement climatique, la fréquence des sécheresses, la pression sur les ressources en eau⁴, les inégalités sociales croissantes et la baisse de la confiance entre les communautés ont rendu les processus traditionnels et modernes de règlement des différends moins efficaces dans certaines régions, contribuant ainsi à l'escalade des conflits. Les groupes islamistes militants entre

¹ En 2014 au Niger, l'AREN avec l'appui de Care Danemark a engagé des poursuites judiciaires pour tenter de faire invalider 5 ventes de terres pastorales à des industries extractives. Mais, la justice étant lente et coûteuse seuls 516 hectares avaient pu être récupérés sur les 2 806 contestés.

² BRIGITTE THEBAUD, CHRISTIAN CORNIAUX : « *Le ranching en Afrique de l'ouest, quelles questions se poser ?* ». Les Notes techniques de "Acting for life", CIRAD, février 2019, p.9

³ Le découpage territorial et une planification sur une base uniquement communale des investissements agro-pastoraux ont donné lieu à l'implantation d'ouvrages hydrauliques installés de manière non concertée et gérés de façon plus individuelle et communautaire, mais moins collective.

⁴ BRUNO HELLENDORFF : « *Changement climatique et conflits agro-pastoraux au Sahel* ». Note d'analyse du groupe de recherche et d'information sur la paix et la sécurité (GRIP), Octobre 2012, p. 1

les frontières du Mali, du Burkina Faso et du Niger exploitent ainsi ces tensions intercommunautaires pour intensifier le recrutement. Cela a eu pour effet de faire l'amalgame entre les conflits agropastoraux et ceux liés à l'extrémisme violent¹ ; compliquant considérablement le paysage de la sécurité dans le Sahel et en Afrique de l'ouest.

Conclusion

Il apparaît à la lumière de ce qui précède, que les conflits entre agriculteurs et éleveurs s'enracinent dans l'histoire et le présent des communautés d'agriculteurs et d'éleveurs au Sahel. Leur récurrence constitue une tendance lourde que les Etats ont du mal à inverser en germes de changement pour construire des relations apaisées entre les acteurs. Ces conflits ont changé de nature avec les mutations en cours du fait de la situation sécuritaire dans le Sahel avec la persistance de la menace terroriste et la militarisation des conflits locaux favorisée par la circulation des armes de guerre. Leur résolution devient plus complexe, car il faut stabiliser les zones de conflits si on veut s'attaquer aux racines profondes de ceux-ci. Or, le vide sécuritaire qu'on observe dans les zones où sévissent ces conflits renforce les antagonismes entre communautés et en leur sein pour l'accès aux ressources naturelles comme le foncier et l'eau.

Il faut relever plusieurs défis pour reconstruire la paix dans ces zones mais également changer les paradigmes à partir desquels ces conflits communautaires étaient résolus. Il faut une approche holistique pour trouver des solutions pérennes à des conflits si anciens mais qui participent à la dégradation du climat sécuritaire actuel dans le Sahel. En somme, il faut repenser la

¹ octobre 2020.

gouvernance locale en donnant aux communautés et aux acteurs à la base les moyens pour faire éclore leurs potentialités avec le concours d'un Etat impartial, respectueux des diversités socioculturelles, qui font la richesse des sociétés africaines depuis très longtemps.

**LE JUGE ADMINISTRATIF EST-IL « LE BRAS
ARME » DE LA PROTECTION DES LIBERTES
EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE ?
ETUDE COMPAREE A PARTIR DES CAS
DES SENEGAL, CÔTE D'IVOIRE, CONGO ET
CAMEROUN**

Jean-Michel OLAKA - Docteur en droit, Avocat au Barreau de Paris -
Enseignant à l'Université Marien N'GOUABI de Brazzaville

La place croissante faite par le juge administratif plus de 50 ans après les indépendances à la protection des libertés comme force du droit et de la justice, est sans doute le constat qui s'impose de la façon la plus évidente de l'évolution du contentieux administratif dans les pays d'Afrique francophone¹. Cette question qui est au cœur de la présente étude, mérite d'être posée, tant paraît significative la restriction des libertés au profit de la sauvegarde de l'ordre public. Son ampleur et son actualité au Sénégal, en Côte d'Ivoire, au Congo et au Cameroun justifient tout l'intérêt qu'on lui porte. En réalité, cette question, dont la réponse est moins simple qu'il ne paraît, comporte un sous-entendu qui est celui de savoir si la montée en puissance des libertés publiques dans les quatre pays a eu ou non une protection du juge administratif. Dans ces États africains francophones qui se réclament de la démocratie libérale, les constitutions garantissent aux citoyens des droits et des libertés² désignés sous le vocable de « libertés publiques³ » ou « libertés fondamentales⁴ ». D'après le lexique des termes juridiques, les libertés publiques sont « des droits de l'homme reconnus, définis et protégés juridiquement ». On peut les classer en trois catégories : les droits individuels, qui assurent à l'individu une certaine autonomie en face du pouvoir dans les domaines de l'activité physique (sûreté personnelle, liberté d'aller et venir, liberté et inviolabilité du domicile), de l'activité intellectuelle et spirituelle (liberté d'opinion, de conscience), de l'activité économique (droit de propriété, liberté du commerce et de l'industrie); les droits politiques, qui

¹ Martin BLÉOU, *Les grands arrêts de la Jurisprudence Administrative Ivoirienne*, Centre National de Documentation juridique (CNDJ), GIZ, 2012, pp.10-11.

² Maurice KAMTO, *Pouvoir et Droit en Afrique Noire. Essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les États d'Afrique Noire francophone*, Paris, LGDJ, 1987, p. 278 et s.

³ Jean RIVERO, cité par Caroline LACROIX, *Protection des droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 2015, p.17.

⁴ Louis FAVOREU cité par Caroline Lacroix, *Protection des droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 2015, p.18 ; Rémy CABRILLAC, (sous la dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Paris, Dalloz, 20e éd., 2014.

permettent à l'individu de participer à l'exercice du pouvoir (droit de vote). Les libertés de la presse, de réunion, d'association, qui débordent certes le domaine politique, peuvent être aussi des « libertés-oppositions » et les droits économiques.

Toutefois, la liberté reconnue à chacun ne saurait être absolue, son exercice est souvent confronté à la notion d'ordre public¹ dans les pays précités. La coexistence d'ordre public et les libertés nécessitent des bornes normatives pour en permettre l'exercice effectif des libertés. Si le but de la police administrative n'est pas ipso facto de réduire les libertés, il faut néanmoins constater qu'il existe un risque : celui pour l'autorité de police de privilégier à tout prix l'ordre sur la liberté. Le juge administratif est perçu par les populations africaines comme le juge de l'administration contre les justiciables et non le juge du justiciable contre l'administration². L'héritage juridique de l'ancien colonisateur pèse toujours

¹ Éric-Adol GATSI, « Le contrôle juridictionnel des mesures de police en droit administratif camerounais », Les Annales de droit, 12/2019, pp. 31-59.

² Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La protection des libertés, fondement de la compétence du juge administratif ? », Publié en avant-première de : Xavier BIOY, Emilie DEBAETS, Julia SCHMITZ (dir.), Répartition des compétences juridictionnelles et protection des libertés, Institut universitaire Varennes, coll. « Colloques et essais », 2020, pp.3-7.

particulièrement sur la justice administrative des États de l'Afrique francophone¹, dès lors que l'on aborde la question de la sûreté et celle des libertés².

En France par exemple, les lois des 16 et 24 août 1790 et le décret du 16 fructidor an III faisaient interdiction aux tribunaux judiciaires de « *troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs* », et de « *connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient* »³. On constate dans les États africains francophones en générale et au Sénégal, Congo, Côte d'Ivoire et Cameroun, en particulier que le citoyen lésé dans ses droits par un acte administratif ne pouvait pas engager une action contre l'administration⁴. Celle-ci, juge et partie gagne la plupart des contentieux l'opposant aux administrés. Ce constat non seulement de crainte de la justice administrative est monstrueuse, bizarre et suspectée mais aussi de juge et partie à longtemps prévalu en Afrique noire francophone avant les années 1990⁵. Il a été longtemps considéré comme

¹ Joseph-Marie BIPOUN WOUM, « Recherches sur les aspects actuels de la réception du droit administratif dans les États d'Afrique Noire d'expression française : le cas du Cameroun », *Revue juridique politique, indépendance et coopération*, 1972, pp. 359-388 ; Alain BOCKEL, *Droit administratif*, Dakar-Abidjan, NEA, 1978, p. 32 : « le droit administratif africain cherche encore sa voie, la reprise du modèle français peut être considéré comme une première démarche (...) » ; Jean Du Bois DE GAUDUSSON, « Le mimétisme postcolonial, et après ? », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n° 129, avril 2009, p. 47 ; Brusil MIRANDA METOU (dir.), *Regards sur le droit public en Afrique, Mélanges en l'honneur du Doyen Joseph-Marie-Bipoun Woum*, Paris, L'Harmattan, 2016, p. 155; Jean-Paul MARKUS, « Le droit administratif africain à la recherche de ses propres modèles », in Magloire ONDOA et Patrick E. ABANE ENGOLO (dir.), *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, Actes du colloque de organisé à l'Université de Yaoundé-II du 19 au 20 janvier 2017, Paris, L'Harmattan, 2018, p. 25.

² Sur le statut du droit français en Afrique lire Jean Du Bois De GAUDUSSON, « Quel statut pour la doctrine africain francophone », <http://fr.bruylant.larciergroup.com/resource/extra/9782802745648/DOESAF-bat%20extr.pdf>, pp. 12-14.

³ TC, 8 févr. 1873, Blanco, GAJA, 13e éd., Paris, Dalloz, 2001, pp. 2-5.

⁴ Placide MOUDOUDOU, « Les tendances du droit administratif des États d'Afrique francophone », *RJPIC-2010-n°1*, pp. 43-97

⁵ Martin BLÉOU, « La chambre administrative de la Cour suprême de la Côte d'Ivoire », in Gérard CONAC et Jean Du Bois DE GAUDUSSON, *Les Cours suprêmes en Afrique. La jurisprudence administrative*, Paris, Economica, 1988, p. 112 ; Ba Ahmed TIDJANI, « L'avenir de la juridiction administrative au Burkina Faso », *RBD*, n°42, 2e semestre, 2007, pp. 9-34; Claude MOMO, «

un droit du déséquilibre, un droit qui fait peur, comme un droit de privilèges au service de l'administration qui détient maintenant des prérogatives de puissance publique de plus en plus grandissantes. Mais, fort heureusement, à l'instar de la France, cette situation a eu à évoluer en Afrique et quelques juges administratifs militent à la protection des libertés. C'est ainsi que les actes émanant de l'administration, lorsqu'ils causent un grief à l'administré, sont susceptibles de recours devant le juge administratif. Le juge administratif est un juge étatique et d'une manière générale, l'on pourrait dire que sa fonction consiste à appliquer la règle de droit¹. Il peut également bénéficier d'une marge d'appréciation comme le précisait le Président Bernard Stirn que le « juge administratif assume un rôle de garant de l'équilibre entre les droits des citoyens et les prérogatives de la puissance publique ²». Après une expérience de plusieurs années héritée du droit français, le contentieux administratif en Afrique³ est devenu, progressivement une institution incontournable, un rouage de la soumission du pouvoir au droit comme le sont les autres juridictions, à savoir le juge judiciaire⁴. Depuis les

L'évolution du modèle de justice administrative en Afrique subsaharienne francophone », *RJPIC-2013-N°3*, pp. 314-361 ; Placide MOUDOUDOU, « Les tendances du droit administratif des États d'Afrique francophone », *RJPIC-2010-n°1*, pp. 43-97 ; Jean Du Bois DE GAUDUSSON, « La jurisprudence administrative des Cours suprêmes en Afrique », in CONAC G. et de GAUDUSSON J., *Les Cours suprêmes en Afrique. La jurisprudence administrative*, Paris, Economica, 1988, pp. 1-12.

¹ Gweltaz Eveillard (dir.), « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? Analyse comparée des offices du juge administratif et du juge judiciaire dans la protection des libertés fondamentales », 2016, *Revue générale du droit* (en ligne sur www.revuegeneraledudroit.eu).

² Bernard STIRN, « L'évolution de l'office du juge, regards sur la dernière décennie », <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-evolution-de-l-office-du-juge-regards-sur-la-derniere-decennie>

³ Ahmed Salem OULD BOUBOUTT, « Le contentieux administratif comparé en France et dans les pays d'Afrique francophone », *RDP*, mars 2013, n°2, pp.3 et suiv.

⁴ Jacques BIPELE KEMFOUEDIO, « L'administration camerounaise dépouillée de ses prérogatives de puissance publique devant le juge judiciaire », *Les Annales de droit*, 12/2019, pp. 31-59.

nombreuses conférences nationales¹ organisées et l'avènement de la démocratie pluraliste² des années 1990, le contentieux administratif est en explosion dans les pays d'Afrique francophone³. Le contentieux administratif en Afrique a pris une place croissante dans l'activité des tribunaux administratifs, rejoignant en importance le contentieux des parcelles ou celui concernant les fonctionnaires⁴. Le développement du contentieux administratif de ces dernières années, traduit non seulement « un changement de perspectives ⁵ » mais constitue aussi l'évènement majeur du droit administratif des États d'Afrique francophone, marqués par les mêmes empreintes coloniales et tradition juridique⁶.

¹ Maurice KAMTO, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p. 177.

² Koffi AHADZI, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des États d'Afrique noire francophone », *La Revue du CERDIP*, volume 1, n° 2, juillet-décembre 2002 ; Jean-Jacques RAYNAL, « Les conférences nationales en Afrique : au-delà du mythe démocratique ? », *Penant*, octobre-décembre, 1994, p. 310 et suivantes ; Francisco DJEDJRO MELEDJE, « Principe majoritaire et démocratie en Afrique », *Revue Ivoirienne de Droit*, n° 39, 2008, p. 30 et suivantes ; Jean Du Bois DE GAUDUSSON, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique. Après quinze ans de pratique du pouvoir », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu, Le nouveau droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2006, p. 612 et suivantes.

³ Avant les années 1990, le bilan de la production des juridictions en charge du contentieux administratif était particulièrement embryonnaire. Cette situation résultait sans nul doute du fait que les juridictions étaient rarement saisies par les administrés qui ignoraient cette opportunité ou qui craignaient la dictature des autorités publiques.

⁴ Pierre Claver KOBO, « Le contentieux administratif dans l'espace AA-HJF : bilan et perspectives », Communication à l'occasion du Colloque international de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Africaines (AA-HJF), Lomé, 12-14 décembre 2016, pp.3-20.

⁵ Jean Du Bois DE GAUDUSSON, « La jurisprudence administrative des Cours suprêmes en Afrique », in *Les Cours suprêmes en Afrique. La jurisprudence administrative*, vol. 3, Paris, Economica, 1988.

⁶ Jean Du Bois DE GAUDUSSON, « Le mimétisme postcolonial, et après ? », in *Pouvoirs, La Démocratie en Afrique*, 2008, n° 129, pp. 45-55; Yves MENY, (dir.), *Les Politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993, P.286.

Or, si dans le système français, le juge administratif est un véritable protecteur des libertés fondamentales¹, la protection des libertés fondamentales par le juge administratif en Afrique francophone, exprime en revanche, un déni de justice. Il se trouve quotidiennement et violemment pris à partie et soupçonné de partialité, de corruption, de négligence et même très souvent d'incompétence². Cependant, il convient de ne pas s'arrêter aux débats doctrinaux et de voir la pratique du contentieux administratif en Côte d'Ivoire, au Sénégal, au Cameroun et au Congo pour constater la nette évolution³. Le juge administratif africain tout comme son homologue français intervient aussi pour censurer des actes réglementaires, décrets, arrêtés ou circulaires organisant la violation des libertés, comme des mesures individuelles de refus de titre de séjour ou d'ordre de quitter le territoire. L'arrêt du Conseil d'Etat sénégalais du 22 avril 2004 Bruno Batrel c/ Etat du Sénégal est symptomatique de cette protection des libertés individuelles. En l'espèce, le juge estimait qu'en « *Considérant que l'arrêté du 25 juin 2003 du Ministre de l'Intérieur prononçant l'expulsion du Sieur B. BATREL du territoire de la République du Sénégal ne comporte pas de motifs ; considérant que, s'agissant d'une mesure de police défavorable au requérant, le Ministre est tenu d'indiquer les éléments de fait et de droit sur lesquels il s'est fondé ; Que la référence vague aux nécessités de service qu'aucun élément du dossier n'établit, ne permet pas*

¹ Danielle LOCHAK, « Le juge administratif, protecteur des libertés ». Association française pour la recherche en droit administratif. Les controverses en droit administratif, Dalloz, pp. 61-74, 2017 ; Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La protection des libertés, fondement de la compétence du juge administratif ? », Publié en avant-première de : Xavier BIOY, Emilie DEBAETS, Julia SCHMITZ (dir.), Répartition des compétences juridictionnelles et protection des libertés, Institut universitaire Varennes, coll. « Colloques et essais », 2020.

² Alioune Badara FALL, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », AFRILEX, juin 2003, pp.24-25.

³ Pierre Claver KOBO, « Le contentieux administratif dans l'espace AA-HJF : bilan et perspectives », pp. 1- 4.

au juge d'exercer son contrôle ; qu'il s'ensuit que la décision attaquée encourt l'annulation ».

Cet arrêt illustre bien la question du rôle du juge administratif dans la protection des libertés fondamentales¹ sous l'angle technique, celui des recours dont le juge administratif peut être saisi dans le but d'assurer cette protection et, corrélativement, des pouvoirs dont il dispose à cet effet. Le juge administratif est le juge de l'administration, il juge son action, annule ou confirme ses décisions et lui adresse des injonctions². Le juge administratif n'est véritablement « bras armé » de la protection des libertés que lorsqu'il rend ces droits effectifs, permet à chacun de s'en saisir et assure la prééminence du droit comme régulateur des rapports sociaux. Il a l'obligation de garantir aux justiciables le contrôle juridictionnel des actes pris par l'administration dans l'exercice des prérogatives de puissance publique et la protection substantielle des libertés des justiciables³. Comme l'écrivait le Doyen Jean RIVERO, en matière de protection des libertés, les mérites respectifs des juges judiciaire et administratif au « *service des libertés, les deux juridictions, chacune selon sa spécificité, ont mis des moyens différents mais complémentaires : le juge administratif a situé l'essentiel de son action au niveau des normes, le juge judiciaire au niveau des réalités concrètes*⁴ ». Principal artisan de la légalité de l'action des pouvoirs publics, le juge administratif contribue à l'effectivité du cadre juridique qui, dans un Etat de droit, constitue une condition essentielle de la coexistence des libertés.

¹ Jean Massot, « Le juge administratif protecteur de la liberté individuelle », Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 54, 1/2017., str. 1.-11

² Séverin ANDZOKA ATSIMOU, « Le pouvoir d'injonction des juridictions administratives en Afrique noire francophone », in Sciences juridiques et politiques, vol. 21, n° spécial, Année 2021, pp.38-50.

³ Babakane D. COULIBALEY, « Le juge administratif, rempart de protection des citoyens contre l'administration en Afrique noire francophone ? », Revue électronique Afrilex 2013, pp. 1-25.

⁴ Jean RIVERO, « Dualité de juridictions et protection des libertés », RFDA 1990 p.736.

Comme l'indique le professeur Charles Debbasch, « *un système de droit administratif peut tendre à réaliser deux objectifs différents. Il peut s'attacher à rendre l'action de l'administration la plus efficace possible pour permettre à celle-ci de défendre l'intérêt général dans les meilleures conditions. Il peut, au contraire, viser à assurer la plus grande protection possible des administrés face aux activités de l'administration. ...* »¹. En effet, comme le soulignait Jean-Marie BRETON « *Le faible fonctionnement des juridictions administratives va jusqu'à mettre en péril le respect de l'exigence de légalité lorsque l'on sait que le juge administratif garantit le respect de la loi, la continuité de la Constitution et protège les droits des administrés*² ». Les textes qui régissaient son activité et le contexte dans lequel il exerçait son office laissaient voir un juge mal armé dans sa mission de contrôle de l'administration et de garantie des droits et libertés des administrés³. Dans le même temps, le juge administratif est le juge de droits qui ont peiné et peinent encore à être sanctionnés par l'absence de pouvoirs d'astreinte et d'injonction envers les personnes publiques⁴. Toujours selon Jean-Marie BRETON, l'immunité traditionnelle de l'administration vis-à-vis des voies d'exécution, l'exécution de la chose jugée laissée de facto à sa seule bonne volonté, sont autant d'obstacles qui s'opposent à ce que le juge soit la plupart du temps en situation de pouvoir efficacement, endiguer les comportements publics ignorants du droit⁵.

¹ Charles DEBBASCH, « Le droit administratif face à l'évolution de l'administration française », *Le juge et le droit public. Mélanges offerts à Marcel Waline*, t. 2, Paris, LGDJ, 1974, p. 344.

² Jean-Marie BRETON, « Légalité et État de droit : statut et perception du juge de l'administration (contribution à une réflexion transversale) », *Revue électronique Afrilex*, n° 3, 2003, p. 72.

³ Demba SY, « Ecrire, dire et comprendre le droit administratif en Afrique. Une approche juridique et sociologique », *Droit sénégalais*, n° 11 « Dire le droit en Afrique francophone », 2013, p. 296.

⁴ Jean-Marie BRETON, « Légalité et État de droit : statut et perception du juge de l'administration (contribution à une réflexion transversale) », *op.cit.*, p.72-76.

⁵ *Ibidem*, pp.75-77.

Palouki Massina¹ quant à lui affirme que les raisons de la léthargie de la justice administrative sont de deux ordres, le poids de l'environnement sociologique et les freins d'ordre institutionnel dont l'importance appelle d'amples développements. L'auteur cite parmi les freins d'ordre institutionnel « la résistance passive de l'Exécutif » au fonctionnement des juridictions administratives et le refus du législateur de faire de la justice administrative une justice gratuite comme l'est la justice civile. La persistance de cette somnolence de la justice administrative, malgré l'exécution d'un programme national de modernisation de la justice, s'explique certainement par la peur de l'autorité de se voir contestée. S'agissant du second frein, d'ordre institutionnel, il est plus qu'évident que le caractère onéreux de la justice administrative en exclut une bonne partie des citoyens. On aurait tort de penser, toutefois que ces obstacles empêchent de quelque manière que ce soit, le juge administratif de protéger les libertés en Afrique francophone.

Bien au contraire, le juge administratif est le « bras armé » de la protection des libertés publiques. Pour être effectif, ce droit doit être sanctionné, c'est aussi la condition de la protection des libertés, et plus fondamentalement du respect de l'Etat de droit. Le Doyen BOCKEL affirmait que « *c'est le juge, en effet, qui interprète, comble les lacunes, donne un contenu aux procédures et aux règles, c'est à son niveau que le droit se forme dans les profondeurs, et spécialement le droit administratif* ² ». C'est la tâche du juge. Mais quel juge instituer, quelle justice administrative mettre en place, et comment doit-elle fonctionner ? La tâche de ce juge est bien spécifique : le principal justiciable est l'administration, bras séculier de l'Etat souverain, les relations juridiques à réguler sont les rapports de cette administration avec les citoyens, qui sont souvent gouvernés par la puissance publique, et dominés par la mission d'intérêt général assignée à l'Etat.

¹ Palouki MASSINA, « Plaidoyer pour le fonctionnement de la juridiction administrative au Togo », *Revue burkinabè de droit*, nos 19-20, 1991, p. 7-25.

² A. BOCKEL, *Droit administratif*, Dakar-Abidjan, NEA, 1978, pp. 32-34.

En conséquence, la problématique de cette étude porte sur la question suivante : quel est le rôle du juge administratif dans la protection des libertés en Afrique francophone ? En effet, dans quelle mesure le juge administratif parvient-il à faire respecter des libertés publiques et les rendre effectifs ? En réponse, il ressort de l'analyse des textes qui fondent et organisent le contentieux administratif et de l'étude comparative de ces juridictions administratives que le juge administratif parvient de manière très timorée à protéger les libertés publiques. Certains obstacles empêchent que cette protection soit effective. C'est à partir de ces deux idées principales que nous allons aborder dans une première partie la protection juridictionnelle des libertés publiques (I) ; dans une deuxième partie nous abordons la protection limitée des libertés dans la pratique (II).

I. UNE PROTECTION JURIDICTIONNELLE ASSUMÉE DES LIBERTÉS

Le système de protection tel qu'il a été appliqué à la justice administrative avant les années 1990 a révélé, des insuffisances au niveau de l'efficacité de la protection des libertés si on devait le comparer, notamment, à celui existant dans le cadre de l'ordre judiciaire¹. Dans la quasi-totalité des pays africains francophone, le juge administratif apparaît graduellement comme gardien des libertés des citoyens contre le pouvoir arbitraire de l'administration en emboitant le pas de son homologue, le juge constitutionnel². Le juge administratif est appelé

¹ Pierre Claver KOBO, « Le contentieux administratif dans l'espace AA-HJF : bilan et perspectives », *op. cit.*, p.4 ; Placide MOUDOUDOU, « Les tendances du droit administratif dans les Etats d'Afrique Francophone », *Revue Juridique et Politique* n°1, 2010, p.43 et suiv ; Yedoh Sébastien LATH « Les caractères du droit administratif des Etats africains de succession française, Vers un droit administratif francophone ? », in *R.D.P* n°5, 2011, pp. 1254- 1288.

² Dodzi KOMLA KOKOROKO, « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques », *RBDSJA*, 2007, n° 18, pp. 87-128 ; C'est ainsi qu'en sa qualité de gardien de la Constitution, après avoir, pourtant, validé la candidature problématique du président sortant A. Wade qui a déjà effectué deux mandats consécutifs, par la décision n° E/2012 du 27 janvier 2012, le Conseil constitutionnel sénégalais n'hésite pas, pourtant, à rejeter la requête de M. A. Wade dans les décisions no 17/E/2012 et n° 18/E/2012 du 06 mars 2012 et à

juge de la légalité car c'est lui qui assure le contrôle de légalité des actes de l'administration. Considéré à la fois comme le censeur de l'administration et comme son collaborateur, le juge administratif n'a pas cessé d'opérer son contrôle sur les actes de l'administration, quand celle-ci commence à porter atteinte aux libertés. Dans ces pays africains francophones, le constat est que le juge administratif s'est donné les moyens pour acquérir une nouvelle légitimité et devenir, à son tour, un protecteur des libertés grâce à sa mission de gardien des valeurs de la société (A) et se manifeste selon les garanties juridictionnelles de protection des libertés (B).

A. LE JUGE ADMINISTRATIF : GARDIEN DES LIBERTES INDIVIDUELLES

Le contrôle juridictionnel de l'administration est l'un des piliers fondamentaux pour la consolidation de l'Etat de droit en Afrique noire francophone en vertu du principe de légalité. L'Etat de droit implique en effet que la liberté de décision des organes de l'Etat soit, à tous les niveaux, limitée par l'existence des règles, dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge. Pourtant, on ne saurait considérer que le juge administratif peut remplir pleinement sa mission de gardien des libertés (1) s'il doit se contenter des seules fonctions attendues des juridictions administratives. Le juge administratif vérifie alors si la restriction apportée à l'exercice d'une liberté est justifiée dans son principe par une situation particulière, mais également si elle est adéquate, garante des droits et libertés des administrés (2).

déclarer, à l'issue du second tour de l'élection présidentielle, M. Macky Sall élu président de la République.

1. Le juge administratif garant de la légalité et d'un juste équilibre entre les exigences de l'ordre public et la protection des libertés

Depuis la renaissance constitutionnelle du début des années 1990 en Afrique, on observe une forte croissance de protection des libertés et des irrégularités administratives en raison des différentes perversions du modèle d'administration bureaucratique. Le juge administratif, partagé entre les exigences de l'intérêt général¹ et celles de la protection des libertés, a, dans un premier temps, d'abord veillé à assurer la soumission de l'administration à la loi, sans pour autant méconnaître la spécificité de son action. L'administration reflète le monopole de la contrainte concédé à l'Etat en vue de remplir sa mission d'intérêt général et tout en assurant la primauté des fins étatiques sur les libertés individuelles. En effet, l'ordre public a, en principe, pour effet de faire triompher l'intérêt général sur les intérêts particuliers des citoyens. Il y a ainsi comme une logique de confrontation entre l'Etat et l'individu. Cependant, dans un régime démocratique qui veille au respect du principe d'équilibre entre les deux droits, cette opposition est amoindrie : certes, la liberté du citoyen est limitée par les nécessités de l'ordre et de la sécurité publique dont le maintien incombe à l'administration, en vertu de la loi. Dans ces pays africains francophones, l'administration se confond avec le gouvernement, ainsi qu'avec le chef de l'Etat, même si l'on peut constater que ce dernier n'a pas de rapports directs avec les services de l'administration. Ils

¹ Jean-Marie PONTIER, « L'intérêt général existe-t-il encore ? », *Dalloz*, 1998, chron., p. 327 ; Jacques Chevallier, « Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général », in *CURAPP, Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, vol. 1, PUF, 1978, p. 12 ; *La notion d'intérêt général vient tempérer l'exercice de certains droits et libertés individuels au nombre desquels il faut ranger la liberté d'expression et la liberté d'entreprendre ainsi que certains principes fondamentaux tels celui d'égalité et celui de sécurité juridique. Dans la plupart des cas, les références à l'intérêt général résultent des textes que le juge se borne alors à appliquer : dans notre système politique, seul le législateur dispose de la légitimité nécessaire pour formuler des finalités d'intérêt général ; l'administration n'est compétente que pour assurer la mise en œuvre de ces principes ; et le juge se borne alors à juger de la légalité d'une action de l'administration au regard des objectifs d'intérêt général énoncés par la loi dont l'administration a fait application.*

sont des autorités politiques que l'on peut également considérer comme des autorités administratives. D'où, l'importance du juge administratif pour poser des bornes à l'exercice du pouvoir administratif et de garantir l'Etat de droit¹. L'État de droit apparait en Afrique noire francophone comme une préoccupation majeure des pouvoirs publics, des associations et des citoyens. L'État de droit² est caractérisé par le respect des règles de droit par l'administration et le contrôle de l'action administrative par le juge, avec pour objectif que les gouvernants ne soient pas placés au-dessus des lois mais exercent une fonction encadrée et régie par le droit³. Le juge administratif est celui qui garantit l'effectivité de la soumission de l'administration au droit⁴. En Afrique noire francophone, on constate que l'équilibre entre les prérogatives et les contraintes de l'administration n'est toujours pas respecté et le déséquilibre se fait au profit de l'administration. L'administration dispose des prérogatives importantes, mais sans contrepoids réel⁵. Les constituants des États africains contrairement à leur homologue français font primer sur la liberté et la sécurité juridique des prérogatives administratives par des expressions « *intérêt supérieur de l'Etat* »⁶ et « *sous réserve des prescriptions légales relatives à l'ordre, à la sécurité et à la*

¹ Gérard CONAC, « Le juge et la construction de l'État de droit en Afrique francophone », in *Mélanges Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 106.

² Jean Marc SAUVE : « Justice administrative et Etat de droit », Institut d'études judiciaires Université Panthéon-Assas, 10 février 2014 (disponible en ligne à l'adresse : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Justice-administrative-et-Etat-de-droit>).

³ Les Constitutions africaines francophones proclament, dès leurs préambules, « la séparation et l'équilibre des pouvoirs conçus et exercés à travers des procédures démocratiques » et « le respect et la consolidation d'un État de droit dans lequel l'État et les citoyens sont soumis aux mêmes normes juridiques sous le contrôle d'une justice indépendante et impartiale ». Elles définissent la République, aux termes de l'article premier de leurs Constitutions, comme « laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion (...) ».

⁴ Demba SY, *Droit administratif*, 2^e Ed., L'Harmattan, 2014, pp. 57-59.

⁵ Ibid, pp. 59.

⁶ Lire le préambule de la Constitution camerounaise de 1996 ainsi que l'article 9 de la Constitution ivoirienne du 01er Aout 2000.

*tranquillité publics*¹». Le pouvoir politique dans les pays africains revêt encore une origine divine et un caractère sacré, en dépit des démocraties proclamées et de l'Etat de droit². La mention de l'intérêt supérieur de l'Etat dans les constitutions permet de reléguer les libertés au second rang et entraîne une confusion juridique dans l'esprit du juge administratif à dire correctement le droit. Faut-il encore constater que c'est le juge administratif qui apprécie dans quelles mesures une action administrative porte-t-elle atteinte à des libertés individuelles ou dans quelles conditions l'exercice d'une liberté individuelle est-t-elle incompatible avec l'ordre public³. Il est également la « clef de voute » et la condition d'équilibre entre l'action administrative et l'exercice des libertés individuelles contre les atteintes excessives de l'autorité publique⁴. Toujours placé au carrefour d'impératifs contradictoires, le juge administratif doit défendre la liberté du citoyen, le protéger contre l'administration, respecter l'équilibre entre les intérêts et ne pas mettre en cause la sauvegarde de l'ordre public : il est donc simultanément gardien des droits et libertés définis par la Constitution et gardien de l'ordre public⁵.

Or, là où le bât blesse, c'est qu'en Afrique noire francophone les mesures de police dépassent ce qui est exigé par les circonstances. Les autorités

¹ Lire le préambule de la Constitution camerounaise, l'article 9 de la Constitution ivoirienne suscitée ou encore l'article 1 alinéas 1, 2 et 3 de la Constitution gabonaise du 26 Mars 1991.

² Selon Raymond CARRÉ DE MALBERG, « L'état de droit est celui qui en même temps qu'il formule les prescriptions relatives à sa puissance administrative, assure aux administrés comme sanction de ces règles un pouvoir juridique d'agir devant une autorité juridictionnelle, à l'effet d'obtenir l'annulation, la reformulation ou en tout cas, la non-application des actes administratifs qui les auraient enfreintes ».

³ L'expression d'ordre moral, pour des raisons politiques a pris le sens péjoratif d'un ordre conservateur résistant à la liberté des individus. René CHAPUS fait remarquer que « bon ordre moral » a l'avantage d'être une expression plus acceptable et que l'existence d'une moralité publique dans l'ordre public ne fait pas de doute (*Droit administratif général*, t. 1, Paris, Montchrestien, 15e éd. 2001, p. 707). L'expression neutre serait de parler de l'ordre des mœurs.

⁴ Mamadou BADJI, « Préface », in Demba SY et Alioune Badara FALL (dir.), *Le juge administratif, le juge constitutionnel et le juge communautaire dans la protection des droits et libertés fondamentaux : regards croisés*, Actes des quatrièmes rencontres de Dakar, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2019, pp. 9-10.

⁵ Demba SY, *Droit administratif*, 2è. Ed., L'Harmattan, 2014, p. 258.

administratives ont une manie de présumer les éventuels troubles à l'ordre public établis pour juguler la jouissance des libertés. Autrement dit, les mesures de police ne respectent parfois pas les libertés publiques. D'une manière générale, l'autorité administrative peut interdire la réunion et restreindre les libertés mais elle ne peut les abolir. Les juges administratifs sénégalais, congolais, ivoirien et camerounais ont été saisis systématiquement du respect de l'ordre public et ont été amenés à édifier une jurisprudence abondante pour présenter aujourd'hui la liberté comme principe, la restriction de police l'exception. Quelques exemples significatifs confirment la pertinence du constat.

2. Le juge administratif garant d'un juste équilibre entre les exigences de l'ordre public et la protection des libertés

Au Sénégal, dans une décision relative à la liberté de réunion, la Cour a estimé que l'autorité administrative a porté atteinte à la liberté de réunion en ces termes : « *Considérant que, s'il incombe à l'autorité administrative compétente de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, elle doit concilier l'exercice de ce pouvoir avec le respect de la liberté de réunion garantie par la Constitution ; Considérant que la loi n° 78-02 du 29 janvier 1978 relative aux réunions lui permet en son article 14 d'interdire toute réunion publique, s'il existe une menace réelle de troubles à l'ordre public et si elle ne dispose pas de forces de sécurité nécessaires pour assurer la sécurité des citoyens ; Considérant qu'en l'espèce, le préfet s'est borné à invoquer la difficulté de l'encadrement sécuritaire sans même alléguer l'éventualité de troubles à l'ordre public*¹ ». Dans un autre arrêt « l'organisation Y, section Sénégal/ Etat du Sénégal » du 09 juin 2016, la Cour Suprême considère que : « *l'autorité administrative compétente peut interdire toute réunion publique à la condition qu'il existe une menace réelle de troubles à*

¹ Cour suprême, 13 octobre 2011, Alioume TINE c/ Etat du Sénégal, Bulletin des arrêts de la Cour suprême, n°2-3, 2010-2011, p.254.

*l'ordre public et qu'elle ne dispose pas de forces de sécurité nécessaires pour protéger les personnes et les biens*¹ ». En l'espèce, le Préfet de Dakar s'était borné à invoquer des risques de trouble à l'ordre public sans justifier l'indisponibilité ou l'insuffisance des forces de sécurité pour y remédier. Dans cette mouvance, le juge administratif a ouvert la voie à une pratique qui s'est propagée uniquement dans l'Afrique noire francophone, en particulier au Cameroun et en Côte d'Ivoire où le gouvernement peut interdire une manifestation sur la voie publique sous certaines conditions et sous le contrôle strict du juge administratif car la liberté de manifester est la règle et la restriction de police l'exception. Ainsi, les autorités publiques, chargées de garantir l'ordre public, ne peuvent apporter aux libertés publiques d'autres restrictions que celles qui sont indispensables pour atteindre cet objectif. L'idée d'une conciliation entre l'ordre public et les libertés publiques apparaît dès l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme selon lequel « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi ».

Autrement dit, le juge apprécie dans le dossier si les circonstances de fait font bien apparaître cette menace et s'il n'y a pas menace, le juge annule la décision de police.

Dans le célèbre arrêt « Baldy » du 10 août 1917, le Conseil d'Etat français considère que l'ordre public ne peut porter atteinte aux libertés que si : « *Les atteintes susceptibles d'être portées [aux libertés] ne sont admises que lorsqu'elles s'avèrent strictement nécessaires pour assurer le respect de l'ordre public ou pour opérer une conciliation avec une autre liberté* »².

Dans l'arrêt Benjamin, le Conseil d'Etat français affirme le principe selon lequel « s'il incombe au maire, en vertu de l'article 97 de la loi du 5 avril 1884, de

¹ Cour suprême, 09 juin 2016, L'organisation Y, section Sénégal/ Etat du Sénégal, <https://juricaf.org/arret/SENEGAL-COURSUPREME-20160609-37>.

² Le commissaire du gouvernement Corneille dans ses conclusions, Conseil d'Etat, du 10 août 1917, n°59855, publié au recueil Lebon (Baldy).

prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, il doit concilier l'exercice de ses pouvoirs avec le respect de la liberté de réunion *garantie par les lois du 30 juin 1881 et du 20 mars 1907* ». Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a considéré que l'éventualité de troubles, alléguée par le maire de Nevers, ne présentait pas un degré de gravité tel qu'il n'ait pu, sans interdire la conférence, maintenir l'ordre en édictant les mesures de police qu'il lui appartenait de prendre.

B. LE DEVELOPPEMENT DES GARANTIES JURIDICTIONNELLES

Le contrôle juridictionnel de l'administration exercé par le juge administratif par le moyen du recours pour excès de pouvoir, est excellent. Si les juges administratifs des pays africains francophones n'ont joué dans le passé qu'un rôle limité au regard des libertés individuelles, ce rôle est aujourd'hui développé au Sénégal, au Congo, en Côte d'Ivoire, et au Cameroun¹. Ici, il faut noter que ce contrôle fait du juge administratif, le gardien juridique des libertés (1). Ce contrôle ne s'est pas affirmé naturellement de manière proportionnelle dans ces États d'Afrique (2).

1. Le juge administratif, le gardien juridictionnel des libertés

Le contrôle de légalité est, en effet, l'une des tâches les plus importantes du juge administratif. Au Sénégal, en Côte d'Ivoire, au Congo et au Cameroun, il est effectué principalement par le recours pour excès de pouvoir. En effet, comme le souligne à juste titre le Professeur Théodore Holo, « Par le contrôle de la légalité, le juge administratif apparaît aussi comme le censeur de l'action de

¹ On constate dans ces pays que le juge administratif a poursuivi l'approfondissement de la jurisprudence en s'inspirant du juge français, de nouveaux domaines lui ont également, plus récemment, donné l'occasion d'enrichir encore son corpus jurisprudentiel en matière de droits fondamentaux.

l'administration et par extension un protecteur dérivé des libertés publiques »¹. Cette protection est mise en œuvre par la procédure du recours pour excès de pouvoir qui « permet à une personne physique ou morale d'obtenir du juge administratif l'annulation, avec effet rétroactif, d'un acte administratif unilatéral méconnaissant les éléments du bloc de la légalité s'imposant à son auteur. Bien plus, il demeure le gardien de la légalité administrative, c'est-à-dire de la légalité applicable à l'administration. Nous convenons avec Gaston Jèze que le recours pour excès de pouvoir est en voie de devenir « l'arme la plus efficace, la plus économique et la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés »². L'auteur renchérit que le recours pour excès de pouvoir est considéré comme « un recours en justice »³ destiné à garantir les libertés individuelles face aux agissements des autorités publiques⁴. En effet, on constate qu'en matière des libertés publiques la question du contrôle de la qualification juridique des faits se pose avec acuité dans les pays africains. L'opération de qualification juridique des faits peut être définie comme l'opération par laquelle l'administration ou le juge détermine si une situation de fait présente les caractéristiques prévues par les textes pour qu'une décision déterminée soit prise. Le contrôle de la qualification juridique des faits⁵ amène le juge à confronter les faits, la réalité concrète, au droit, entité abstraite. En contrôlant la qualification juridique des faits, le juge administratif s'assure que la situation de fait en cause rentre bien

¹ Théodore HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les États de l'espace francophone africain : régime juridique et système politique », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, 2006, n° 16, pp. 25-26.

² Gaston JÈZE, « Les libertés individuelles », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, pp. 162-189,

³ Gaston JÈZE, *Ibid*, p.181.

⁴ Joël ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La protection des libertés, fondement de la compétence du juge administratif ? », Publié en avant-première de : Xavier Bioy, Emilie DEBAETS, Julia SCHMITZ (dir.), *Répartition des compétences juridictionnelles et protection des libertés*, Institut universitaire Varennes, coll. « Colloques et essais », 2020, p.11.

⁵ René CHAPUS, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 15ème édition, Montchrétien, Paris 2001, pp.1043-1044.

dans la catégorie juridique dans laquelle l'administration veut la mettre. Dans le contrôle interne de la légalité, lié à « l'erreur de fait », si l'administration s'est fondée pour prendre sa décision sur des faits inexacts, alors qu'elle n'aurait pas pris la même décision si elle avait connu la réalité des faits, l'acte administratif serait annulé par « erreur de fait ». C'est avec l'arrêt Camino¹ du 14 janvier 1916 que le Conseil d'État français a posé le principe selon lequel il appartient au juge de l'excès de pouvoir de vérifier la matérialité des faits sur lesquels l'administration s'est fondée. Deux années auparavant, le juge administratif avait déjà décidé qu'il devait opérer la qualification juridique des faits dans l'arrêt Gomel² (CE 4 avril 1914, Rec. 488). Ainsi depuis cet arrêt, le recours pour excès de pouvoir permet de vérifier la bonne application de la loi aux circonstances de l'espèce. Cependant, ce contrôle n'était envisageable qu'en cas de compétence liée de l'administration, c'est-à-dire dans une situation où il n'existe aucune marge de manœuvre.

Mais, le constat est que depuis les années 1990, le contrôle juridictionnel est devenu la garantie la plus efficace pour la défense des libertés au Sénégal³, en Côte d'Ivoire⁴, au Congo⁵ et au Cameroun⁶ contre les atteintes des autorités publiques⁷. C'est pourquoi la doctrine estime que « *le juge de l'administration a*

¹ Maceau LONG, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Délvolvé, Bruno Génévois, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, GAJA n° 31, 14ème édition, Dalloz, Paris 2003, p. 182 et s.

² CE, 4 avril 1914, sieur Gomel, Rec., p. 488.

³ Demba SY, *Droit administratif*, 2è. Ed., L'Harmattan, 2014, pp.113- 114 ; Voir Demba SY, « Un demi-siècle de jurisprudence administrative au Sénégal : de l'émergence à la mutation », in *Actualités du droit public et de la science politique en Afrique (Mélanges en l'honneur de Babacar Kanté)*, Dakar, L'Harmattan, 2017, pp. 619-635

⁴ Martin BLÉOU, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative ivoirienne*, Abidjan, CNDJ, 2012, p. 279.

⁵ Placide MOUDOUDOU, *Droit administratif congolais*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 28.

⁶ Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, « Les mutations récentes du droit administratif camerounais », <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/1doc4keutcha.pdf>, consulté le 10 juillet 2018 ; Salamon BILONG « La crise du droit administratif camerounais », *Revue juridique et politique*, n° 1, 2011, pp. 45-75.

⁷ Sangoné FALL, « Le juge administratif sénégalais et la protection des droits et libertés », in Demba SY et Alioune Badara FALL (dir.), *Les nouvelles tendances du droit administratif en*

connu une seconde jeunesse »¹. Toujours selon cet auteur, le juge tend « à protéger davantage les libertés des citoyens que les prérogatives de l'administration (...) »². Ainsi, la question de la protection juridictionnelle des libertés par le juge administratif est, depuis 1990 en plein développement dans la jurisprudence des États d'Afrique noire francophone.

Au Sénégal, dans une décision relative à la manifestation sur la voie publique, le Conseil d'Etat sénégalais³ a estimé que la marche étant la manifestation d'une liberté publique soumise à une simple déclaration, l'autorité administrative, chargée du maintien de l'ordre, en l'occurrence le Préfet de Dakar, ne saurait interdire sans qu'il y ait d'une part, un risque de perturbation de l'ordre public, et d'autre part, une insuffisance des moyens nécessaire pour le maintien de l'ordre. Le Conseil d'Etat a considéré que l'arrêté préfectoral, non motivé, d'interdiction d'une manifestation est illégal du fait que toute décision d'interdiction doit être motivée pour lui permettre d'apprécier les motifs de l'interdiction, et ainsi être en mesure d'exercer un contrôle normal. Par ailleurs, dans cette espèce, le juge rappelle que la marche étant une manifestation d'une liberté publique soumise à une simple déclaration, elle ne doit être interdite qu'en cas de risque de troubles à l'ordre public ou d'insuffisance de moyens nécessaires pour le maintien de l'ordre. Cette jurisprudence sera confirmée par un autre arrêt du Conseil d'Etat sénégalais du 22 avril 2004, Bruno Batrel c/ Etat du Sénégal (inédit), précité. Dans cet arrêt, le C.E (Sénégal), considérait que, « s'agissant d'une mesure de police défavorable au requérant, le Ministre est tenu d'indiquer les éléments de fait et de droit sur lesquels il s'est fondé pour l'expulsion de Monsieur Bruno Batrel du territoire sénégalais ». En l'espèce, le Ministre de l'intérieur n'ayant pas indiqué

Afrique, Actes des troisièmes rencontres de Dakar, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2018, pp. 85-95.

¹ Demba SY, « Justice administrative et droit administratif en Afrique. Un bilan », *in Espaces du service public, Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Ferdinand Mélin – Soucramanien, Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, Tome I, 2013, p. 653.

² Demba SY, *Ibid.*, p. 670.

³ C.E, 25 novembre 1999, LD/MPT, Bulletin d'arrêts, 1999, p. 26.

les motifs dans l'arrêté prononçant l'expulsion du territoire national, le juge prononce l'annulation de l'acte attaqué. Donc, le juge sénégalais, dans un domaine qu'il élargit progressivement, exige non seulement la motivation des actes administratifs unilatéraux, mais aussi la protection des libertés individuelles, même en l'absence de textes le prévoyant. Il va affiner sa position en protégeant les libertés individuelles des étrangers. L'acte faisant grief doit être « concret », c'est-à-dire « comporter un énoncé des considérations de droit et de fait qui constituent son fondement ». En outre la motivation doit être suffisante, « à la seule lecture de la décision », le destinataire doit en connaître et comprendre les motifs.

D'ailleurs, en matière de mesure de police des étrangers, dans l'arrêt Seydou Mamadou Diarra¹, le C.E (Sénégal) a considéré que l'administration s'est soustraite à l'obligation de motiver sa décision en se bornant « à viser les nécessités d'ordre public » sans qu'aucun élément contenu dans la décision elle-même ou dans un document annexé à celle-ci ne renseigne sur lesdites nécessités ». En conséquence, ce « défaut de motivation entraîne l'annulation de l'acte par le juge qui étend ainsi le champ d'application de la motivation obligatoire de certains actes, sans qu'aucun texte ne l'y oblige. Ici, l'on rappelle à l'autorité administrative que le défaut de motivation prive le juge de la possibilité de « vérifier la matérialité des faits », pourtant nécessaire à un procès équitable. À propos de l'ordre public, il a notamment souligné « qu'il s'agit d'un étranger qui bénéficie du statut de réfugié, Que la référence vague aux nécessités de service qu'aucun élément du dossier n'établit, ne permet pas au juge d'exercer son contrôle ; qu'il s'ensuit que la décision attaquée encourt l'annulation».

En Côte d'Ivoire, dans l'affaire *Laganeni et Boua Dembele c/Maire de Kouto* du 28 octobre 1992, la chambre administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire

¹ C.E, 27 oct. 1993, Seydou Mamadou Diarra c/Etat du Sénégal.

a annulé un arrêté¹ du maire de la commune de Kouto interdisant, sur toute l'étendue de la commune et sans limitation de durée, les danses dénommées SIMPA, au motif que ces danses portaient atteintes à l'ordre public. Le juge administratif ivoirien, après avoir relevé que le motif tiré de troubles à l'ordre public n'est pas exact². À propos de la liberté, le juge administratif ivoirien exerce un contrôle des mesures de police, lorsqu'elles ont pour effet de porter atteinte à une liberté reconnue et protégée par la loi.

Au Cameroun, le contrôle de la qualification juridique des faits de trouble à l'ordre public conduit Eric Adol T GATSI³ a affirmé que « *le juge camerounais se montre très réticent à contrôler la qualification juridique des faits, telle que faite par l'autorité administrative* ». Or, la question de la protection juridictionnelle des libertés est depuis 1990 au centre des décisions du juge camerounais comme garant des libertés. Dans une ordonnance n° 36 du 30 novembre 1994, Église Presbytérienne camerounaise c/ Etat du Cameroun (MINAT), en est illustrative à la lecture de la subtile motivation faisant savoir que « le gouverneur de la Province du Centre est matériellement incompétent pour suspendre l'activité d'une association ou d'en ordonner la dissolution ou encore moins l'interdiction des activités de ladite association ». Dans l'affaire Mephou Philippe de 2011⁴, le juge a effectué le contrôle de la matérialité des faits relative à la garde à vue administrative en ces termes : « attendu qu'il ne ressort du dossier aucune preuve ou même de simples indices justifiant les faits, motifs de l'arrêté ci-dessus attaqué. Attendu qu'ainsi l'arrêté qui n'est ni justifié, ni motivé est entaché d'excès de pouvoir et doit être annulé ». En l'espèce, par un arrêté du préfet du Wouri du

¹ Arrêté n°91-11/CKT/SG du 1er septembre 1991.

² Cour suprême de Côte d'Ivoire, Chambre administrative, 28 octobre 1992, DEMBELE Laganeni et DEMBELE Boua c/ Maire de Kouto, www.consetat.ci.

³ Éric-Adol T. GATSI, « Le contrôle juridictionnel des mesures de police en droit administratif camerounais », *Les Annales de droit* [En ligne], 13- 2019, mis en ligne le 09 décembre 2019, consulté le 24 janvier 2021. URL : <http://journals.openedition.org/add/1529> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/add.1529>

⁴ Jugement no 134/2011/CA/CS du 13 avril 2011.

25 mars 1999, sieur Mephou Philippe a été gardé à vue suite aux accusations de « trouble à l'ordre public, violation des instructions des autorités administratives, non-respect des recommandations issues de la réunion du 28 octobre 1998 ».

2. Le contrôle de proportionnalité, un contrôle encore lacunaire de protection des libertés

Issu de l'arrêt Benjamin précité, le principe de proportionnalité ne suffit pas qu'une mesure de restriction ou d'interdiction d'une liberté soit fondée légalement pour qu'elle soit régulière, encore faut-il qu'elle soit adaptée au trouble qu'elle entend prévenir. En ce sens, le contrôle de proportionnalité se caractérise par son caractère concret¹, il repose moins sur une interprétation de la règle applicable que sur une appréciation circonstanciée des faits. Autrement dit, la décision que prend le juge se fonde sur les circonstances particulières de l'affaire et le comportement de divers acteurs. Le contrôle de proportionnalité s'inscrit dans l'office naturel du juge², le rôle du juge serait uniquement d'établir le lien entre une loi qu'il connaît, c'est sa science et des faits qui lui sont présentés. Or, l'office du juge n'est pas seulement dans cette verticalité avec la loi mais aussi avec l'horizontalité en appréciant des prétentions qui s'opposent à propos des faits concrets. Le contrôle de proportionnalité permet au juge de « faire une balance entre les moyens utilisés par l'administration, d'une part, et le but visé par l'administration, d'autre part³ ». L'arrêt Benjamin de 1933, célèbre pour sa consécration du contrôle de proportionnalité des mesures de police est le socle de la légitimité historique du juge administratif comme garant

¹ Jean-Marc SAUVÉ, « Le principe de proportionnalité, protecteur des libertés ? », *Les cahiers Portalis*, 2018/1, n° 5, p. 9 ; Jean Paul COSTA, « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil d'État », *AJDA*, 1988, p. 434.

² *Ibidem*, pp.9-12.

³ Guy BRAIBANT, « Le principe de proportionnalité », in *Le Juge et le droit public. Mélanges offerts à M. Waline*, LGDJ, 1974, T.2, p. 298.

des libertés¹, connaît un développement très timoré en Afrique. Nous pouvons constater que le contrôle de proportionnalité n'est pas explicitement consacré par la jurisprudence au Cameroun, au Congo, en Côte d'Ivoire et au Sénégal comme c'est le cas en France où le principe n'est reconnu que par la jurisprudence.

Au Cameroun, comme l'a souligné pertinemment Éric-Adol T. Gatsi, « le contrôle de proportionnalité tarde à faire ses premiers pas au Cameroun. Le juge administratif camerounais est constant dans son refus de procéder au contrôle de proportionnalité des mesures de police ² ». Deux jurisprudences particulièrement explicites suffisent pour illustrer ces propos. Dans l'affaire Ekani André³, le juge affirme n'avoir « pas qualité pour apprécier la gravité de la faute reprochée aux délinquants et la sanction à appliquer à cette faute. Que son rôle se borne à apprécier la légalité de la mesure prise ». De même, l'ordonnance n° 36 du 30 novembre 1994, Église Presbytérienne camerounaise c/ Et du Cameroun (MINAT)⁴, où le juge affirme « le gouverneur de la Province du Centre est matériellement incompétent pour suspendre l'activité d'une association ou d'en ordonner la dissolution ou encore moins l'interdiction des activités de ladite association ». Au Cameroun, il résulte de l'article 13 de la loi n° 90/053 du 19 décembre 1990 que seul le Ministre chargé de l'Administration territoriale peut, sur proposition motivée du préfet, suspendre, pour un délai maximum de trois mois, l'activité d'une association ou la dissoudre par arrêté ; encore que la loi n'a pas prévu le cas d'interdiction d'activité.

¹ Sur ce point, voir Prélot P.-H., « L'actualité de l'arrêt *Benjamin* », RFDA 2013, p. 1020.

² Éric-Adol T. GATSI, « Le contrôle juridictionnel des mesures de police en droit administratif camerounais », Les Annales de droit [En ligne], 13- 2019, mis en ligne le 09 décembre 2019, consulté le 24 janvier 2021. URL : <http://journals.openedition.org/add/1529> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/add.1529>, pp.14-18.

³ Jugement n°323/CCA du 10 décembre 1954, Ekani André.

⁴ Célestin KEUTCHA TCHAPNGA (dir.), *Les grandes décisions annotées de la jurisprudence administrative du Cameroun*, L'Harmattan, 2017, 1re éd., p. 602.

En Côte d'Ivoire, le juge administratif exerce un contrôle de proportionnalité des mesures de police, lorsqu'elles ont pour effet de porter atteinte à une liberté reconnue et protégée par les lois et constitutions. Dans l'affaire *Laganeni et Boua Dembele c/Maire de Kouto* du 28 octobre 1992, la chambre administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire a annulé un arrêté¹ du maire de la commune de Kouto interdisant, sur toute l'étendue de la commune et sans limitation de durée, les danses dénommées SIMPA, au motif que ces danses portaient atteintes à l'ordre public. Le juge administratif ivoirien, a relevé que le motif tiré de troubles à l'ordre public n'est pas exact². Toutefois, on ne peut s'empêcher de s'interroger incidemment sur l'analyse du juge administratif sénégalais qui s'implique comme le juge français dans Le contrôle de proportionnalité.

Au Sénégal, le juge exerce le contrôle de proportionnalité plus poussé que ses homologues ivoirien, au Congo et camerounais dans le contrôle de la proportionnalité des mesures de police. Ainsi, dans les affaires Alioume TINE c/ Etat du Sénégal et Seydou Mamadou Diarra c/Etat du Sénégal précitées, le juge administratif exerce le contrôle de proportionnalité dans le domaine des mesures de police qui doivent être raisonnables. Cela signifie que les gravités doivent être proportionnées au résultat que l'on veut atteindre, « le Préfet s'est borné à invoquer la difficulté de l'encadrement sécuritaire sans même alléguer l'éventualité de troubles à l'ordre public ». Une illustration de cette jurisprudence peut être donnée dans l'affaire *L'organisation Y, c/ÉTAT DU SÉNÉGAL*³ relative au contrôle des mesures de police, le juge administratif a estimé que « pour interdire le rassemblement pacifique de l'organisation Y, le préfet invoque le risque d'atteinte à la libre circulation des personnes et des biens par l'obstruction de la seule voie de circulation reliant la corniche ouest à l'avenue Ae Ad Ab et le

¹ Arrêté n°91-11/CKT/SG du 1er septembre 1991.

² Cour suprême de Côte d'Ivoire, Chambre administrative, 28 octobre 1992, *DEMBELE Laganeni et DEMBELE Boua c/ Maire de Kouto*, www.consetat.ci.

³ Cour suprême du Sénégal, chambre administrative, 23 mai 2019, *L'organisation Y, c/ÉTAT DU SÉNÉGAL*, www.juricaf.org.

risque d'atteinte à la sécurité et à la tranquillité des locaux des ambassades de la République démocratique du Congo, de Turquie et d'Israël ». En l'espèce, le Préfet a violé l'article 14 de la loi n° 78-02 du 29 janvier 1978 relative aux réunions en se bornant à invoquer des risques de trouble à l'ordre public sans justifier, en outre, l'indisponibilité ou l'insuffisance des forces de sécurité pour y remédier». Cette jurisprudence a été confirmée dans l'affaire ASSANE BA ET DEUX (2) AUTRES c/ ÉTAT DU SÉNÉGAL¹ du 23 mai 2019 où le juge administratif a exercé implicitement le contrôle de proportionnalité en estimant qu'il appartient à l'autorité administrative compétente de prendre les mesures qu'exige le maintien de l'ordre, et de concilier l'exercice de ce pouvoir avec le respect de la liberté de réunion garantie par la constitution.

En droit administratif Sénégalais, l'apparition du principe de proportionnalité reste encore très timorée en dépit de quelques jurisprudences en la matière. La jurisprudence citée plus haut, d'un point de vue pragmatique pose la règle en prenant comme base des considérations de droit et de fait qui constituent son fondement. Nous constatons que ce principe n'a jamais été présenté, par le juge administratif africain, comme un principe général du droit, pourtant le droit administratif repose bien sur des règles de droit objectif. Le contrôle de proportionnalité n'a jamais existé formellement dans le droit administratif camerounais, congolais, sénégalais et ivoirien mais par contre il existe depuis le début des années 1990 de façon implicite.

III. UNE PROTECTION TIMORÉE DANS LA PRATIQUE DU JUGE ADMINISTRATIF

Depuis le début des années 1990, les États africains comme le Congo, le Sénégal, la Côte d'Ivoire et le Cameroun sont engagés dans un processus démocratique

¹ Cour suprême du Sénégal, chambre administrative, 23 mai 2019, ASSANE BA ET DEUX (2) AUTRES c/ ÉTAT DU SÉNÉGAL, www.juricaf.org.

d'instauration d'un État de droit impliquant le juge administratif à réagir à certaines violations de la légalité et à protéger les libertés. L'exécution des décisions juridictionnelles a longtemps constitué le talon d'Achille de la justice administrative en Afrique francophone¹. Or, c'est principalement à l'administration qu'il revient d'exécuter les décisions de la juridiction administrative quand celles-ci impliquent une quelconque action. Dans les pays précipités l'examen de la jurisprudence relève une timidité presque congénitale pour le juge administratif à s'assurer que ses décisions sont effectivement mises en œuvre. Le constat est que les constitutions de ces pays en instituant l'ordre administratif, leur ont confié la mission et la légitimité de garantir l'effectivité de l'État de droit², à travers le contrôle de tous les actes administratifs édictés par les autorités politico-administratives³. Cependant, le juge administratif, partagé en pratique, entre les exigences de l'intérêt général et celles de la protection des droits fondamentaux, a, dans un premier temps, été confronté au problème de l'ineffectivité des décisions juridictionnelles (A) et dans un second temps a rencontré des faiblesses des pouvoirs de contrainte (B).

A. UN JUGE ADMINISTRATIF TROP TIMIDE DANS L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS

La question de l'exécution des décisions de la justice se pose avec une acuité particulière en Afrique noire francophone dans la mesure où la personne de droit public devant exécuter détient le monopole de la contrainte étatique et jouit de

¹ Pierre Claver KOBO, « Le contentieux administratif dans l'espace AA-HJF : bilan et perspectives », op. cit., p.32.

² Gérard CONAC, « Le juge et la construction de l'État de droit en Afrique francophone », dans l'État de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant, Paris, Dalloz, 1996, pp. 47-55 ; Alban COULIBALY, « La rénovation de la justice en Afrique : le rôle du juge dans la construction de l'État de droit », Revue juridique et politique, n°1, 1999, pp.50-66.

³ Ibid, pp. 50-53.

certaines privilèges¹. Il faut se rappeler au demeurant qu'il est admis unanimement par la doctrine qu'une décision de justice n'a de sens que, si elle est effectivement exécutée².

L'obligation d'exécuter les décisions des juridictions administratives a, très tôt depuis les années 1960, été considérée comme un simple devoir moral de l'administration non sanctionnable juridiquement. Il ne pouvait, en effet, à proprement parler, exister de décision forcée contre l'administration car il n'existait pas et il n'existe toujours pas de voies d'exécution forçant l'administration à agir³. Le juge administratif se heurte aux privilèges consentis à la puissance publique, y compris parfois, comble de paradoxe, par le juge lui-même (1). En pratique, la timidité du juge administratif s'explique par des facteurs permanents de résistance à la chose jugée (2).

1. Le refus persistant de l'administration dans l'exécution des décisions du juge administratif

Dans ses Pensées, Blaise Pascal affirmait que « *La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique* »⁴. Cette pensée reflète-t-elle la pratique de la justice en Afrique francophone? Pour le Professeur Jean Du Bois De Gaudusson qui ne cesse de s'interroger sur le dysfonctionnement du service

¹ Abraham GADJI, « L'accès à la justice entre quête, requête et conquête : quelques observations sur un droit fondamental à valoriser en Côte d'Ivoire », in F. Hourquebie (dir.), *Quel service public de la justice en Afrique francophone ?* Bruxelles, Bruylant-AUF, 2013, pp.116-119.

² Pierre Claver KOBO, « Le contentieux administratif dans l'espace AA-HJF : bilan et perspectives », Communication à l'occasion du Colloque international de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Africaines (AA-HJF), Lomé, 12-14 décembre 2016, p.31.

³ Ahmed Salem OULD BOUBOUTT, « Le contentieux administratif comparé en France et dans les pays d'Afrique francophone », RDP, mars 2013, n°2, pp.15 et suiv.

⁴ Blaise PASCAL, *Pensées*, Hachette, 1904, t. II, p. 224.

public de la justice en Afrique¹, « *plus de vingt ans après, et comme le confinement de nombreuses études depuis, on en vient à se demander ce qui a puis changer et si les faiblesses et dysfonctionnement pointés par les auteurs ne sont pas toujours les mêmes : faible indépendance, corruption, capacités professionnelles douteuses des juges mal payés, misère financière et documentaire des tribunaux, excessive lenteur du déroulement des procédures, excès de formalisme et de juridicisme, inexécution des décisions de justice...* ». Cette interrogation, qui est au cœur de la présente étude, a poussé Claver KOBO à écrire en ces termes : « *Les administrations sont d'autant plus enclines à défier le juge, à ne pas respecter les décisions de justice qu'elles manifestent un désintérêt pour les procédures juridictionnelles en ne produisant pas, ou en le faisant tardivement, les mémoires en défense ou les pièces sollicitées par les juridictions, lorsque leurs décisions sont attaquées. Plusieurs formules sont empruntées par les administrations²* ». Toujours selon l'auteur dans beaucoup de nos pays, les juridictions en charge du contentieux sont dans une situation d'impuissance, lorsque l'administration refuse ou tarde à exécuter les décisions qu'elles ont rendues. L'absence des voies d'exécution à l'encontre de l'administration les privent d'armes pour contraindre celle-ci à s'exécuter³.

Ainsi, comme l'énonçait Édouard Laferrière dans son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* : « *administrer, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'Administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elle⁴* ». Le principe de légalité permet dès lors de soumettre l'action administrative à la

¹ Jean- Du Bois DE GAUDUSSON, « Le dysfonctionnement du service public de la justice en Afrique francophone », in F. Hourquebie (dir.), *Quel service public de la justice en Afrique francophone ?* Bruxelles, Bruylant-AUF, 2013, pp.7-9.

² Pierre Claver KOBO, « Le contentieux administratif dans l'espace AA-HJF : bilan et perspectives », op. cit., p.31.

³ Ibid, p.32.

⁴ Édouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 2ème édition, 1896.

règle de droit¹. Les décisions juridictionnelles doivent être exécutées, tant entre particuliers qu'envers l'administration. Tout obstacle mis par une autorité administrative à l'exécution d'un jugement, viole le principe de séparation des pouvoirs.

La situation au Sénégal², au Congo, en Côte d'Ivoire³ et au Cameroun est à rebours d'une telle exécution en raison de deux carences principales. D'une part, la timidité du juge statuant en matière administrative à utiliser la technique des principes généraux de droit que manient notamment les juges administratifs allemand, français, belge, italien et européen (CJUE et CEDH). D'autre part, la rareté du réflexe contentieux des usagers de l'administration. Ces deux apories ne permettent pas la sédimentation d'un corpus des règles prétoriennes de procédure pouvant protéger les libertés des administrés dans ces pays. C'est d'ailleurs ce qui a amené Martin Mankou dans une étude inédite⁴ à penser que « l'absence d'un tel corps de règles est contraire à l'idée de prévisibilité, de visibilité, d'intelligibilité de la norme, et de transparence dans les procédures administratives ». Toujours selon l'auteur, le juge congolais ne peut prétendre à un encadrement normatif des formalités, en prescrivant à l'autorité administrative la voie à suivre pour prendre légalement une décision. De facto, il

¹ Pour Maurice KAMTO, « la justice administrative est l'expression concrète de la protection des citoyens contre les risques d'arbitraire de l'administration ». « Elle apparaît en effet comme un moyen de défense de l'individu contre les abus du pouvoir, non pas en vue de compromettre l'autorité de celui-ci, mais pour lutter contre d'éventuelles dérives despotiques » (Droit administratif processuel du Cameroun. Que faire en cas de litige avec l'administration ? Yaoundé, Presses universitaires du Cameroun, 1990, p.7; voir aussi Samson DOSSOUMON, « Réflexions sur le contrôle juridictionnel de l'administration dans les pays en voie de développement d'Afrique noire francophone », Revue béninoise des sciences juridiques et administratives, n°5, 1985 pp. 4-6; Georges BURDEAU, *Libertés publiques*, Paris, LGDJ, 1961, p.56 .

² Demba SY, *Droit administratif*, 2è. Ed., L'Harmattan, 2014, p. 258.

³ Pierre Claver KOBO, « Le contentieux administratif dans l'espace AA-HJF : bilan et perspectives », op. cit., pp.4-13.

⁴ Voir Martin MANKOU « Vers un Code de procédure administrative non contentieuse régissant les rapports entre l'administration congolaise et les administrés », dans une étude inédite adressée au Ministre congolais de la justice et des droits humains, Garde des sceaux, en date du 27 juillet 2010.

y a comme une absence de pouvoir jurisprudentiel du juge administratif visant à contraindre l'administration à exécuter les décisions de justice. Cette attitude du juge relève sans doute d'une conception trop stricte du respect de l'équilibre institutionnel des pouvoirs constitutionnels (pouvoir législatif, pouvoir exécutif et pouvoir judiciaire).

Le constat est que les décisions du juge administratif sont timorées face au mauvais vouloir ou à l'inertie de l'administration, le juge administratif sans l'aide du législateur et celle du pouvoir réglementaire n'arrive pas à mettre sur pied plusieurs mécanismes permettant de garantir la bonne exécution de la chose jugée¹. Toutefois, il convient de constater que dans ces pays, les bénéficiaires des décisions de justice à l'encontre de l'administration concernant les décisions d'annulation des actes administratifs rencontrent de sérieux problèmes d'exécution². Par exemple, au Congo, en Côte d'Ivoire, au Sénégal et au Cameroun³ le taux d'inexécution des décisions administratives est très élevé entre 1999, 2000, 2001 et à nos jours. Cette inexécution des décisions du juge que l'on constate révèle des difficultés du juge africain à être le véritable « bras armé » des libertés individuelles. Ainsi, l'effectivité des décisions de justice est limitée, ce qu'illustre cette phrase de Carré de Malberg, selon laquelle « *il arrive toujours un moment, où le droit devient impuissant à assurer, à lui seul, le bien de la communauté ou de ses membres, et où la législation positive, sentant son pouvoir expiré doit, pour que ses buts soient atteints, faire appel aux lois de l'ordre moral et à la culture morale des citoyens* »⁴. Cela s'applique

¹ Marc GJIDARA, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris-2), « Les causes d'inexécution des décisions du juge administratif et leurs remèdes », pp.1-35. (disponible en ligne à l'adresse : <https://hrcak.srce.hr/file/203588>).

² Ahmed Salem OULD BOUBOUTT, « *Le contentieux administratif comparé en France et dans les pays d'Afrique francophone* », op.cit, pp.20 et suiv.

³ Patrick. E ABANE ENGOLO, *Traité de contentieux administratif du Cameroun*, Paris, l'Harmattan 2019, p.360.

⁴ Raymond Carré MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1922, t. II, p. 16.

particulièrement en Côte d'Ivoire, au Congo, au Cameroun et au Sénégal où les services de justice peinent à fonctionner et fonctionnent sans justice¹. Qu'en est-il de la position jurisprudentielle dans l'exécution des décisions du juge administratif ?

2. Les hésitations du juge administratif quant à l'applicabilité des décisions de justice

La jurisprudence administrative témoigne d'hésitations quant à l'exécution des décisions du juge. Ces hésitations reflètent ici encore la pusillanimité ou même l'impuissance du juge administratif pour exécuter les décisions de justice², l'obligation d'exécuter repose aussi sur la notion d'autorité de chose jugée³. D'un côté, la violation de la chose jugée constitue bien entendu une illégalité⁴ de nature à entraîner par elle-même la responsabilité de l'administration⁵. De l'autre côté, la chose jugée s'impose sans restriction ni réserve à l'administration et aux agents, c'est une obligation « absolue » qui ne peut être remise en cause par les arguments d'opportunité⁶. Selon la chambre administrative de la Cour suprême du Bénin, les décisions de justice ont une « force exécutoire au moins égale, sinon supérieure à celle des simples décisions administratives⁷ ».

Le juge administratif Ivoirien, Congolais, Sénégalais tout comme camerounais dit le droit et cette juridiction est investie de l'imperium, force qui dérive de l'autorité

¹ Jean- Du Bois DE GAUDUSSON, « Le dysfonctionnement du service public de la justice en Afrique francophone », op.cit., p.8.

² Ibid, p.87-89.

³ Marc GJIDARA, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris-2), « Les causes d'inexécution des décisions du juge administratif et leurs remèdes », pp.1-35. (disponible en ligne à l'adresse : <https://hrcak.srce.hr/file/203588>).

⁴ CE. Section, 28 décembre 1949, n°4162, Rec. CE, p.579.

⁵ CE. Ass. 4 janvier 1952, Sieur Lhomme, Rec. CE P.15.

⁶ CE. 6 juin 1902, Goret, Rec. CE, p.420, concl. Romieu, S. 1903-65, note M. Hauriou.

⁷ Arrêt n°56/CA du 17 mars 2005, ADINSI S. Bernard c/Préfet de l'atlantique.

de la Constitution ¹, malgré l'absence de « pouvoir de contrainte institutionnalisé² ». La force de vérité légale, attachée à la décision du juge administratif africain, est assimilée à l'autorité de chose jugée³, organisée par l'article 1351 du Code civil des États francophones. Selon cet article « *ce qui a été jugé ne peut l'être de nouveau ; ce qui a été jugé ne peut être contredit ; ce qui a été jugé doit être exécuté*⁴ ». Les décisions du juge administratif sont exécutoires dès leur notification aux parties. Elle acquiert l'autorité de la chose jugée dès la date de la lecture de la décision malgré l'appel. Mais l'autorité de chose jugée, par laquelle « le juge prescrit à l'administration une conduite déterminée » et qui constitue un gage de sécurité juridique et de garantie préalable de bonne justice, ne permet pas de répondre de façon satisfaisante à l'exécution des décisions de justice. En effet, la chose jugée est tenue pour vérité. L'inexécution des décisions rendues par les juridictions administratives est un phénomène réel dans le système administratif de ces pays. Le constat est que la capacité du juge administratif à satisfaire l'attente des justiciables dans sa fonction contentieuse était constamment mise en doute⁵, si l'on en juge par les critiques de plus en plus nombreuses qui mettaient l'accent sur son inefficacité,

¹ Thierry Serge RENOUX, « Autorité de chose jugée ou autorité de la Constitution ? À propos de l'effet des décisions du Conseil constitutionnel », in *l'esprit des pouvoirs, l'équilibre des institutions, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, pp. 837-859.

² Pierre Claver KOBO, « Le contentieux administratif dans l'espace AA-HJF : bilan et perspectives », *op. cit.*, pp.31-32.

³ René DEGNI-SEGUI, *Droit administratif général. Le contrôle juridictionnel de l'administration*, t.III, 3^{ème} éd., CEDA Abidjan, 2003, pp.837 et s ; René DEGNI-SEGUI, *Droit administratif général. L'action administrative*, t. II, 3^{ème} éd., CEDA Abidjan, 2003, pp.282 et suivantes.

⁴ Ibrahim SALAMI, « L'efficacité de la justice administrative au Bénin : Cas du recours pour excès de pouvoir », in F. Hourquebie (dir.), *Quel service public de la justice en Afrique francophone ?* Bruxelles, Bruylant-AUF, 2013, pp.87-80.

⁵ Alioune Badara FALL, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », AFRILEX, juin 2003, pp.22-35.

sa lenteur pour protéger correctement les droits et libertés individuelles et la mauvaise exécution de ses décisions¹.

Au Congo dans la jurisprudence Farhat², le juge administratif démontre que l'autorité de la chose jugée a un caractère absolu en annulant un décret remettant en cause de l'autorité de la chose jugée en application d'un acte de la Conférence Nationale Souveraine. Dans cette affaire Sieur Farhat contestait la légalité à la fois de l'Acte n°258 et du décret au motif qu'ils portaient atteinte au droit de propriété et au principe de l'autorité de la chose jugée. Le juge administratif congolais décide ainsi : « Qu'enfin de compte l'acte n°258 est inexplicable parce qu'intervenu dans un litige déjà tranché par décisions passées en force de chose jugée ; que par voie de conséquence le décret du 21 mai 1992 qui exécute cet acte en ordonnant la restitution du terrain litigieux aux enfants NK viole la loi, singulièrement la règle de l'autorité de la chose jugée, et encourt de ce fait annulation, étant de principe administratif que le règlement ne doit jamais enfreindre la loi ».

En l'espèce, le 10 octobre 1986, Sieur Hani Farhat avait acheté un immeuble auprès de Sieur KIYOUNDOU. Seulement, cette propriété a été acquise dans le cadre de la liquidation de la succession de son frère défunt en méconnaissance du code de la famille issu de la loi n°73/84 du 17 octobre 1984. Mécontents de cette transaction immobilière, les enfants du défunt saisirent le tribunal d'instance de Poto-Poto qui, par un jugement du 11 octobre 1987 rejeta leur demande. Déboutés, ils feront appel du jugement qui sera confirmé par un arrêt de la Cour d'Appel de Brazzaville du 27 décembre 1988 qui a fait l'objet d'un pourvoi devant la Cour suprême. Le 6 juillet 1990, la Cour suprême rejette leur recours en cassation. L'avènement de la conférence nationale leur permettra de

¹ Ibrahim SALAMI, « L'efficacité de la justice administrative au Bénin : Cas du recours pour excès de pouvoir », in F. Hourquebie (dir.), *Quel service public de la justice en Afrique francophone ?* Bruxelles, Bruylant-AUF, 2013, pp.87-80.

²C.S. Ch. Adm., 19 mai 1993, Sieur Farhat

relancer le dossier auprès de cette instance suprême et d'obtenir l'Acte n°258 du 31 juillet 1991 qui leur restitue la propriété. Pour s'assurer de sa mise en œuvre, il est pris un décret n°92-292 du 21 mai 1992 par le Premier Ministre leur restituant la propriété.

La Cour a, à cette occasion, estimé à bon droit que cet arrêté était contraire au principe de l'autorité de la chose jugée face aux actes de la conférence nationale souveraine. Le juge administratif congolais offre encore quelques illustrations célèbres sur la notion en précisant que l'autorité de la chose jugée suppose que les parties au procès sont les mêmes, qu'elles ont agi en la même qualité, pour un même objet, et pour une même cause¹. Comme nous pouvons le constater l'arrêt FARAHT est devenu le renouveau du contentieux administratif au Congo. Le juge administratif congolais a été confronté à une intervention pure et simple du mouvement de la Conférence nationale² dans le déroulement du procès et il a résisté à la pression des forces populaires et démocratiques. L'article 298 du CPCCAF dispose : « Les jugements sont exécutoires sur tout le territoire congolais ». L'exécution des décisions de justice au Congo, est obligatoire par la loi. En effet, les articles 294 et 295 du CPCCAF disposent respectivement : « *La partie qui veut exécuter une décision de justice rendue à son profit en demande au greffe la grosse revêtue de la formule exécutoire* ». « *La formule exécutoire est la suivante : en conséquence, la République du Congo demande et ordonne à tous agents d'exécution sur ce requis de mettre le présent jugement (ou le présent arrêt ou la présente ordonnance) à exécution, aux procureurs généraux, et aux procureurs de la République d'y tenir la main et à tous les commandants*

¹C.S., Ch. Adm., 27 juillet 2006, Kignoumbi Kia Mboundou, André Milongo et autres.

² La Conférence nationale a eu un succès et devint l'une des principales revendications dans les États d'Afrique subsaharienne francophone. Benin : 19 au 28 février 1990, Congo : 25 février au 10 juin 1991, Gabon : 27 mars au 19 avril 1990, Niger : 29 juillet au 3 novembre 1991, Mali : 29 juillet au 12 août 1991, Togo : 10 juillet au 28 août 1991, Zaïre actuelle RDC : 7 août 1991 au 6 décembre 1992 et Tchad : 15 janvier au 7 avril 1993.

ou officiers de la force publique de prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis ».

En Côte d'Ivoire par exemple, l'article 155 de la Constitution du 8 novembre 2016 dispose « *Les décisions de justice sont exécutoires. Elles s'imposent aux pouvoirs publics, à toute autorité administrative, juridictionnelle, militaire et à toute personne physique ou morale. Les autorités publiques sont tenues de les exécuter et de les faire exécuter* ». L'article 143 quant à lui prévoit que : « *La Justice est rendue sur toute l'étendue du territoire national, au nom du peuple ivoirien, par la Cour suprême, la Cour des Comptes, les Cours d'appels, les tribunaux de Première instance, les tribunaux administratifs et les Chambres régionales des Comptes* ».

Au Sénégal, il est constaté que le mauvais fonctionnement peut être constitutif de carence ou de négligence de l'administration chargée de la juridiction. Dans l'affaire Khayat contre l'Etat¹, la Cour d'Appel construit un raisonnement qui aboutit à écarter l'irresponsabilité de l'Etat en cas de dommages causés par les services judiciaires. Le dossier ayant été perdu, le requérant ne pouvait dès lors, estimait le juge, demander confirmation d'une décision dépourvue d'existence légale. Toutefois, le juge du second degré reconnaît une « carence » du service judiciaire qui a fait subir au requérant un préjudice certain et direct dont il peut demander réparation. Dans un considérant important, la Cour constate que « *l'administration étant responsable des fautes de service, la réparation des dommages causés par les services judiciaires, à l'exécution de tout acte juridictionnel, ne peut se heurter à l'irresponsabilité de l'Etat, dès lors que le préjudice invoqué prend sa source dans le fonctionnement défectueux de ces services* ». Cette position se rapproche de celle qu'a adoptée plus tard par la Cour de Cassation française laquelle envisage le dysfonctionnement assimilé à une faute lourde comme étant « toute déficience caractérisée par un fait ou une

¹ CA Dakar, 16 février 1973, Khayat c/Etat, Revue EDJA, 1991, p.97.

série de faits traduisant l'inaptitude du service public de la justice à remplir la mission dont il est investie ». ¹

Au Congo, au Sénégal, en Côte d'Ivoire et au Cameroun, les saisines du juge administratif en matière d'atteinte au droit à la réunion, à la liberté d'opinion et de presse, au droit d'attroupements et des rassemblements sont très rares. On peut le constater comme l'a noté Jean Du Bois Gaudusson : « À quelques exceptions près, l'activité contentieuse des hautes juridictions en matière administrative est restée faible et dans certains cas, par exemple au Benin, elle tend même à décroître ²».

B. L'ABSENCE DES POUVOIRS DE CONTRAINTE DU JUGE DANS L'EXÉCUTION DE SES DÉCISIONS

Dans les pays d'Afrique francophone, le contentieux administratif a une effectivité limitée. Avant 1990, aucun mécanisme ne permettait d'obtenir d'une administration récalcitrante l'exécution d'une décision juridictionnelle. Les justiciables n'avaient comme solution que de s'en remettre une nouvelle fois à la juridiction administrative en intentant un nouveau recours. Cette situation procède en grande partie de l'absence des mesures mises à la disposition du juge ou des justiciables pour assurer l'exécution des décisions des juridictions (1). On peut également noter l'emprise politique qui pèse sur le juge administratif (2).

¹ CC Ass. Plen., 23 février 2001, Bolle, Bull., 1^{er} Avril 2001, p. 9, AJDA, 2001, p. 788, note S.PETIT.

²Jean Du Bois GAUDUSSON, « La jurisprudence administrative des cours suprêmes en Afrique », in Conac et Jean Du Bois GAUDUSSON, *Les Cours suprêmes en Afrique, Tome III, La jurisprudence administrative*, Economica, Paris, 1988, p.7.

1. L'absence de véritable pouvoir d'injonction et d'astreinte confié au juge administratif dans la protection des libertés

Force est de constater l'absence de véritables pouvoirs d'injonction conféré au juge administratif (a). On constate également que le manque d'exécution causé par l'administration est difficilement sanctionné, le juge ne peut avoir recours à l'astreinte dans le cas où l'administration s'abstiendrait d'exécuter la décision ou provoquerait un retard dans l'exécution sans motif valable (b).

a. L'absence du pouvoir d'injonction, un obstacle à l'exécution des décisions

Dans les États africains francophones à l'exception du contentieux électoral, l'injonction n'est consacrée par aucune législation. Le juge administratif a également forgé d'autres instruments, lui permettant de sortir du simple rôle de censeur passif d'une décision pour y ajouter une dimension véritablement constructive. La question que l'on peut se poser dans cette étude est cruciale dans le contentieux administratif au Congo, au Cameroun, en Côte d'Ivoire et au Sénégal. Le juge administratif africain a-t-il réellement les moyens de faire exécuter ses décisions ? Or, il est connu que dans les pays africains, la question de l'applicabilité des décisions du juge pose d'énormes difficultés¹. Dès lors, le constat est que le juge africain se refuse à adresser des injonctions à l'administration alors qu'aucun texte ne lui interdit de prononcer des injonctions

¹ René DEGNI-SEGUI, « L'accès à la justice et ses obstacles », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Montréal, Aupel-Uref, 1994, pp. 244-245 ; Filiga Michel SAWADOGO, « L'accès à la justice en Afrique francophone : problèmes et perspectives. Le cas du Burkina Faso », in *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Montréal, Aupel-Uref, 1994 ; M. DIAGNE, « La justice administrative en Afrique est-elle efficace ? », in Demba SY et Alioune Badara FALL (dir.), *La justice administrative en Afrique, Actes Deuxièmes rencontres de Dakar*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 183-184 ; C.C.G. DE SOUZA, « Le juge de l'excès de pouvoir à l'épreuve de la consolidation de l'Etat de droit au Bénin », in Demba SY et Alioune Badara FALL (dir.), *La justice administrative en Afrique, Actes des deuxièmes rencontres de Dakar*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole 2017, pp. 171-172.

à l'encontre de l'administration récalcitrante. Le constat est qu'au Congo¹, au Cameroun², au Sénégal³ et en Côte d'Ivoire⁴, ce refus d'adresser des injonctions à l'administration, principe qui ne trouve son fondement dans aucun texte écrit mais que le juge administratif a toujours respecté. Le refus fait obstacle au prononcé des mesures utiles propres à assurer l'exécution de la chose jugée⁵. Dans ces pays, le juge administratif ne dispose pas officiellement du pouvoir d'injonction comme l'illustre la jurisprudence camerounaise. Dans l'espèce *Deffo c/ État du Cameroun* (CS/CA, jugement n°59, 23 mars 2011), le juge administratif affirme qu'« au risque de violer le principe de la séparation des pouvoirs judiciaire et administratif, le juge ne saurait donner des injonctions à l'administration ». Dans le cas *Daïde Njini Borno c/ État du Cameroun* (CS/CA, jugement n°71, 3 février 2010), le juge administratif camerounais justifie également l'interdiction de donner des injonctions par la « violation du principe de la séparation des pouvoirs entre le pouvoir judiciaire et l'administration ».

Aussi, l'article 126 B du code pénal camerounais dispose : « est puni de la détention de six mois à cinq ans, le magistrat qui intime des ordres ou des défenses à des autorités exécutives ou administratives ». C'est qui conduit le Professeur Maurice KAMTO a relevé : « La conséquence de cette disposition est que le juge administratif se contente de rappeler à l'Etat qu'il n'est pas libre

¹Ubain NGAMPIO-OBÉLÉ-BÉLÉ, « La place de la jurisprudence et des principes généraux du droit dans le contentieux administratif africain francophone », in Demba Sy et Alioune Badara Fall, *La justice administrative en Afrique*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 113-130.

² Séverin ANDZOKA ATSIMOU, « Le pouvoir d'injonction des juridictions administratives en Afrique noire francophone », in *Sciences juridiques et politiques*, vol. 21, n° spécial, Année 2021, pp.38-50.

³ D. SY, « L'évolution du droit administratif sénégalais », *RIDA*, n° 67, 2005, p. 46.

⁴ Pierre Claver KOBO, « *Le contentieux administratif dans l'espace AA-HJF : bilan et perspectives* », *op. cit.*, pp.31-32.

⁵ Ibrahim SALAMI, « l'efficacité de la justice administrative au Bénin : Cas du recours pour excès de pouvoir », in F. Hourquebie (dir.), *Quel service public de la justice en Afrique francophone ?* Bruxelles, Bruylant-AUF, 2013, p.91.

d'exécuter comme il l'entend ses propres lois qui s'imposent à tous, y compris les pouvoirs publics ; que dans le cas contraire, le Cameroun ne serait plus un Etat de droit et démocratique et qu'alors, la constitution serait violée par son propre gardien ¹».

Au Sénégal l'article 74 du Code des obligations de l'Administration du Sénégal dispose : « Le juge ne peut pas adresser d'injonction à l'Administration. Il ne peut pas la condamner directement ou sous astreinte à une obligation de faire ou de ne pas faire ». Toujours au Sénégal, « le juge administratif ne dispose d'aucun moyen pour obliger l'administration à exécuter les décisions de justice. Il n'y a ni injonction, ni voie d'exécution forcée ² ». Comme le souligne Jean-Marie BRETON « l'absence de pouvoirs d'astreinte et d'injonction envers les personnes publiques, l'immunité traditionnelle de l'administration vis-à-vis des voies d'exécution, l'exécution de la chose jugée laissée de facto à sa seule bonne volonté, sont en effet autant d'obstacles qui s'opposent à ce que le juge soit la plupart du temps en situation de pouvoir efficacement ³ ». L'auteur qualifie l'absence d'injonction de « l'immunité traditionnelle de l'administration »⁴, en Afrique qui ne reflète pas l'Etat de droit.

Le constat est que le juge administratif Congolais, Sénégalais, Ivoirien et camerounais applique le pouvoir d'injonction à travers les techniques jurisprudentielles et des règles juridiques françaises. Il peut les adapter en tenant compte des situations socio-politiques et juridique différent pour s'appliquer à des réalités également différentes. Comme l'a souligné le professeur Alain Mescheriakoff, « le juge administratif ivoirien à puiser également dans la

¹ Maurice KAMTO, *Droit administratif processuel du Cameroun : que faire en cas de litige avec l'administration. Guide Pratique*, Yaoundé, PUC, 1990, 256 p.101.

² Demba SY, « L'évolution du droit administratif sénégalais », RIDA, n° 67, 2005, p. 46.

³ Jean-Marie BRETON, « Légalité et État de droit : statut et perception du juge de l'administration (contribution à une réflexion transversale) », *Revue électronique Afrilex*, n° 3, 2003, pp. 72-85.

⁴ Ibidem.

jurisprudence française le modèle des solutions dont il a besoin ¹». Au Congo-Brazzaville, « le juge administratif s'est basé sur les règles dégagées par le juge administratif français dans certains litiges ²».

Au Congo-Brazzaville, au Sénégal, en Côte d'Ivoire et au Cameroun par exemple, la situation est quasi identique où le juge est rarement saisi des litiges mettant l'administration en cause ³». Au Congo-Brazzaville, le constat est clair et simple, la jurisprudence administrative congolaise y est très faible pour ne pas dire très pauvre. Ce qui a conduit Placide MOUDOUDOU à dire que « le droit administratif congolais est une terre inconnue : très peu d'études lui ont été consacrées à ce jour ⁴».

Le Professeur Urbain Ngampio-Obélé-Bélé quant à lui constate que « les arrêts de principe sont presque inexistants. À l'exception de l'arrêt « Kayouloud » rendu par la Chambre administrative de la Cour suprême du Congo-Brazzaville qui a, au moins eu le mérite d'avoir réaffirmé le principe de l'unité de juridiction, il n'y a pas à proprement parler d'arrêt de principe, c'est-à-dire de « grand arrêt » dans le contentieux administratif congolais ⁵». Comme le note cet auteur, on retrouve ce phénomène presque partout dans les États d'Afrique noire francophone. Nous pouvons également dire que le problème de l'inexécution des décisions du juge administratif se pose avec acuité en Afrique noire francophone compte tenu du fait que le juge est dépourvu des pouvoirs d'injonction, d'astreinte et subit des pressions politiques. Il s'agit là d'un juge « en sommeil » et « timide » qui attend

¹Alain-Serge MESCHERIAKOFF, « La jurisprudence source de droit administratif ivoirien », Revue ivoirienne de droit, 1979-1980, n° 1-2, p. 6.

²Guy Jean Clément MEBIAMA, « L'évolution du droit administratif congolais », RJPIC, 2008, n° 2, p. 228 ; Placide MOUDOUDOU, *Droit administratif Congolais*, L'harmattan, 2003, p.31.

³ Alain BOCKEL, « Le juge et l'administration en Afrique noire francophone. Introduction à l'étude du problème », Les Annales Africaines, 1971-1972, pp. 27-28.

⁴ Placide MOUDOUDOU, *Droit administratif Congolais*, op.cit, p.11.

⁵ Urbain Ngampio-Obélé-Bélé, « La place de la jurisprudence et des principes généraux du droit dans le contentieux administratif africain francophone », in Demba Sy et Alioune Badara Fall, *La justice administrative en Afrique*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 113-135.

son réveil. Dès lors, on peut s'interroger sur la réelle évolution du contentieux administratif africain depuis l'accession à l'indépendance. Comme le note Demba SY dans le cas du Sénégal, « la jurisprudence joue encore, malgré les nombreux progrès constatés, un rôle insuffisant aussi bien d'un point de vue quantitatif que d'un point de vue qualitatif ¹».

Le constat est que le pouvoir d'injonction n'est pas formellement consacré et l'on peut noter qu'il s'agit d'un pouvoir jurisprudentiel. En Afrique, la loi est la principale source du droit en droit administratif. De même l'absence de la norme législative en matière d'injonction dans ces pays ne permet pas d'assurer convenablement une bonne exécution des décisions de justice. Le pouvoir d'injonction en Afrique est encore une technique inexistante dont le juge utilise timidement. Comment alors combler cette vacuité juridique en l'absence d'une tradition aussi éclairée que celle du juge administratif français qui s'est suffi à lui-même, avec son arsenal jurisprudentiel et législatif pour l'exécution des décisions juridictionnelles ? Il suffit d'inverser le regard sur cette réalité africaine. La solution nous paraît alors univoque. Il revient au législateur du Congo, du Sénégal, de la Côte d'Ivoire et du Cameroun de transformer en droit écrit les principes généraux, les principes fondateurs, les principes régulateurs et structurants dégagés çà et là par des systèmes judiciaires africains. Il s'agit de synthétiser *mutatis mutandis* de manière ordonnée l'arsenal législatif aux fins d'exécution des décisions de justice.

Cette solution a l'avantage de conférer au juge d'outils permettant d'assurer l'exécution de ses décisions juridictionnelles par l'insertion dans la loi de ces principes qui auront une valeur supra décrétole. À cet effet, le juge administratif saisi d'un litige ne se risquera plus à jouer le relais institutionnel du législateur en cherchant à dégager à tout prix des principes généraux de droit. Mais il appliquera tout simplement la loi comme bien souvent en matière civile,

¹ Demba SY, « L'évolution du droit administratif sénégalais », RIDA, n° 67, 2005, p. 45.

commerciale ou pénale et arrêtera l'angoisse falkaïne des administrés face à l'administration.

b. L'astreinte n'est quasiment pas utilisée par le juge administratif

Le législateur des États africains susmentionnés n'a pas doté le juge administratif d'outils permettant d'assurer l'exécution de ses décisions. Pour l'essentiel, il s'agit du pouvoir de prononcer des injonctions et de celui de prononcer des astreintes. L'astreinte est donc plutôt conçue comme une pénalité, une mesure coercitive. Selon le Professeur Jean RIVERO : « *L'astreinte est un moyen de contrainte par lequel le juge prononce une condamnation pécuniaire, accessoire et éventuelle, applicable en cas de non-exécution de la chose jugée par la partie perdante, et dont le montant progresse en fonction du retard mis à exécuter la décision juridictionnelle. Son objet n'est donc pas de réparer le dommage causé à la partie "gagnante" par un retard ou un défaut d'exécution ; elle constitue un moyen de pression destiné à favoriser cette exécution* ¹ ». Or l'inexécution des décisions de justice peut décourager les justiciables potentiels et les diriger vers les modes non juridictionnels de règlement de conflits. En Afrique francophone à part Madagascar² et dans une certaine mesure le Niger et le Bénin, force est de constater qu'au Congo, au Sénégal, en Côte d'Ivoire et au Cameroun, le juge administratif ne peut encore prononcer des astreintes ³ à l'encontre de l'administration. Le constat est que ce pouvoir est totalement inexistant. L'examen de la jurisprudence administrative dans ces pays le démontre avec

¹ Jean Rivero, *Le Huron au Palais Royal*, Dalloz, 1962, Chronique VI, p. 37-40.

² Voir l'article 231 de la loi n° 2004-036 : « En cas d'inexécution d'une décision définitive rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'État peut, sur demande de l'intéressé, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargé de la gestion d'un service public pour assurer l'exécution de cette décision, et ce, indépendamment des dommages-intérêts. »

³ Urbain Ngampio-Obélé-Bélé, « La place de la jurisprudence et des principes généraux du droit dans le contentieux administratif africain francophone », in Demba Sy et Alioune Badara Fall, *La justice administrative en Afrique*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 113-135.

suffisance. En réalité, les juridictions des États d'Afrique francophone ne disposent pas autant de moyens que le Conseil d'État français pour contraindre l'administration à exécuter une décision de justice. Elles se contentent alors de prononcer des condamnations au titre de dommages intérêts¹.

Or, l'examen de la jurisprudence administrative permet de constater quelques évolutions dans certains pays africains. Au Niger, l'article 163 de la loi organique n° 2013-02 du 23 janvier 2013 déterminant la composition, l'organisation, les attributions et le fonctionnement du Conseil d'État dispose qu'il « peut être demandé au Conseil d'État de prononcer une astreinte pour assurer l'exécution des décisions rendues par les juridictions administratives. Ces demandes ne peuvent être présentées, sauf décision explicite de refus d'exécution opposée par l'autorité administrative, qu'après l'expiration d'un délai de cinq (5) mois à compter de la date de notification des décisions juridictionnelles ».

Au Bénin, malgré les résistances, prenant conscience de ces réelles difficultés privant pratiquement d'intérêt les décisions de justice, le législateur béninois a prévu depuis 2007² des moyens de contrainte de l'administration, notamment sous forme d'astreintes et d'amendes. Au-delà de ces évolutions timides et incomplètes du Bénin et du Niger, nous constatons que l'astreinte n'a jamais été consacrée formellement au Congo, Sénégal, au Cameroun et en Côte d'Ivoire. Ce refus traditionnel a longtemps été justifié par la lenteur du juge administratif à rendre ses décisions, la mauvaise rédaction des jugements...

¹Prudent SOGLOHOUN, « L'office du juge dans le contentieux de la responsabilité administrative au Bénin, au Burkina Faso et au Niger », Revue ivoirienne de droit, 2017, n°51, pp.38-42.

² L'article 23 de la loi béninoise n°2004-20 du 17 aout 2007

1. Un juge administratif influencé par le contexte politique et sociale au détriment de la justice

Le contexte politique africain semble s'inscrire en défaveur d'une justice indépendante dont les juges jouissent d'une liberté totale dans l'exercice de leur office de dire le droit. Les pouvoirs du juge s'avèrent être limités dans l'exécution des décisions de justice devenue définitives. Nous constatons que les politiques des États comme le Congo, le Sénégal, la Côte d'Ivoire et le Cameroun impactent directement la jurisprudence administrative qui ne donne que très peu d'effectivité aux décisions de justice. Ce manque d'effectivité vient en partie de la difficile gestation du droit administratif en Afrique et de la soumission des juges au pouvoir politique. Le juge administratif subit parfois des pressions politiques, dans certains cas il n'est pas le « bras armé » des libertés publiques et individuelles dans les pays cités en dépit de quelques avancées significatives en matière de protection des libertés fondamentales. Les faiblesses de la justice administrative sont d'ordre juridique et d'ordre pratique et le pouvoir judiciaire doit être indépendant vis-à-vis du pouvoir exécutif. Cette situation découle au-delà des considérations juridiques et techniques, d'une crise de l'institution judiciaire et plus généralement de l'Etat de droit¹. Il faut se rappeler que dans un Etat de droit, les décisions des juridictions s'imposent à tous, la question qui se pose est celle de savoir si le juge administratif est totalement libre dans sa prise de décisions contre l'administration ? Dans la négative, nous constatons comme le souligne le professeur Célestin KEUTCHA TCHAPNGA que « le juge administratif au Bénin (...) ne s'est pas effectivement émancipé du pouvoir exécutif qui dispose toujours de la faculté de statuer sur sa carrière ² ». Mais, à l'évidence, comme l'a justement fait remarquer le Professeur Maurice KAMTO, il

¹ Gérard CONAC, « Le juge de l'Etat en Afrique francophone », in La Justice en Afrique, Jean du BOIS de GAUDUSSON et Gérard CONAC (dir.), Afrique Contemporaine, n° 156 (spécial), 1990, pp. 18-20.

² Célestin KEUTCHA TCHAPNGA, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon », RFDC, 2008, n°75, p.581.

y a plus de vingt ans que « (...) *la justice souffre dans la plupart des pays africains de l'atteinte de sa crédibilité. Minée par la corruption, ce fléau qui gangrène les administrations en Afrique, elle n'est plus porteuse de l'idée de justice. On comprend alors le désenchantement et la désaffectation des justiciables (...) peu fortunés, devant cette justice négociable et monnayable qui accrédite si souvent cette maxime du Fabuliste français : selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de la Cour rendront blanc ou noir*¹ ». Ce constat ne doit pas surprendre dès lors que les tenants de cette thèse allèguent que dans la pratique, la justice en Afrique demeure l'un des maillons faibles dans la construction de l'Etat de droit et de démocratie². Elle reste encore généralement soumise aux influences politiques et sociales³. On s'interroge encore avec le Professeur Alioune FALL : « *Quelle que soit la manière dont on envisage le problème du juge en Afrique, on ne peut éviter de partir d'un constat malheureusement bien amer : le juge africain, et par là même la justice en Afrique, est « en panne » (...). Le juge africain ne bénéficie guère de nos jours de l'idée que l'on se fait habituellement et légitimement d'un organe chargé de dire le droit, de rendre la justice. Sa crédibilité est sérieusement battue en brèche*⁴ ».

Comme le souligne le professeur Martin BLEOU « l'indépendance du pouvoir judiciaire en général et du juge administratif en particulier en Afrique est appréciée que par rapport au pouvoir politique en ses deux chambres que sont

¹ Maurice KAMTO, « Une justice entre tradition et modernité », in Jean Du Bois GAUDUSSON et Gérard CONAC (dir.), *La justice en Afrique, Afrique contemporaine*, 4^{ème} trimestre 1990, n°156 (spécial), p.63.

² Ibidem ; Alioune Badara FALL, « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », AFRILEX, juin 2003, pp.24-25.

³ Yéboa Sebastien LATH, « Utopie et vraisemblance de l'indépendance du service public de la justice constitutionnelle en Afrique francophone », in F. Hourquebie (dir.), *Quel service public de la justice en Afrique francophone ?* Bruxelles, Bruylant-AUF, 2013, pp.28-29 ; A. BOCKEL, « Le juge et l'administration en Afrique noire francophone. Introduction à l'étude du problème », *Les Annales Africaines*, 1971-1972, pp. 27-28.

⁴ A. B. FALL, « Le juge, les justiciables et les pouvoirs publics ... », op.cit, p. 300.

le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ; surtout par rapport à ce dernier qui, du partage de la souveraineté, a reçu, selon l'expression de Prosper WEIL, la part du lion (...) ¹». Toujours selon l'auteur, l'on entend dire, bien des fois, que la décision du juge, ici où là, n'est pas indifférente au plus offrant. Cette situation affecte la crédibilité du juge et retentit fâcheusement sur les libertés individuelles des citoyens².

En revanche, le Professeur Yéboa Sébastien LATH plus souple que ses devanciers constate quelques efforts de modernisation et de redynamisation de la justice dans principalement deux domaines sensibles : le domaine des relations d'affaires commerciales et celui des relations institutionnelles³. Mais il n'est pas certain que les libertés individuelles sont correctement protégées par le juge administratif au Congo, au Sénégal, en Côte d'Ivoire et au Cameroun. Le constat est que des études nationales récentes continuent de souligner les insuffisances et les travers des juridictions administratives : le manque de spécialisation des juges, le laxisme, les connivences avec les autorités politiques⁴, le contrôle timide de l'administration... Dans ces pays cités plus haut, malgré quelques progrès peu significatifs réalisés⁵, la justice administrative a fait

¹ BLEOU (M), « Quel service public de la justice en Afrique francophone ? Constat, interrogations et suggestions » in *Quel service public de la justice en Afrique francophone ?* Fabrice Houquerbie (dir.), Brylant, Bruxelles, 2013, p.12.

² Ibidem, p.13.

³Yéboa Sébastien LATH, « Utopie et vraisemblance de l'indépendance du service public de la justice constitutionnelle en Afrique francophone », in F. Hourquebie (dir.), *Quel service public de la justice en Afrique francophone ?* Bruxelles, Bruylant-AUF, 2013, p.28.

⁴ G. CONAC, « Le juge de l'Etat en Afrique francophone », in *La Justice en Afrique*, J. du BOIS de GAUDUSSON et G. CONAC (dir.), *Afrique Contemporaine*, n° 156 (spécial), 1990, pp. 18-25.

⁵ Voir Jean du BOIS de GAUDUSSON, « à quelques exceptions près, l'activité contentieuse des Hautes Juridictions en matière administrative est restée faible et, dans certains cas, par exemple au Bénin, elle tend même à décroître. Quelques chiffres permettent de rendre compte de cette situation. Au Gabon, la Chambre administrative a rendu de 1963 à 1984 inclus, 247 arrêts... Au Bénin, ce sont 333 arrêts qui ont été rendus de 1962 à 1984, soit une moyenne de 15 arrêts... », in « *La jurisprudence administrative des Cours suprêmes en Afrique* », G. Conac et J. du Bois de Gaudusson (dir.), *Les Cours Suprêmes en Afrique*, tome III, *La jurisprudence administrative*, Paris, Economica, 1988, p. 1-12, pp. 7-10.

l'objet de nombreux procès qui ont concouru à justifier la désaffection des justiciables potentiels.

Dès lors, on constate un manque de confiance des administrés vis-à-vis du juge administratif qui a du mal à assurer la garantie des libertés individuelles. Le professeur DEMBA SY, en dressant un bilan de la justice administrative en Afrique noire francophone, affirme que « le contentieux administratif a longtemps été conçu comme une soupape de sûreté, un moyen de maintenir la paix civile et la paix sociale. Mais on constate que le juge n'a pas joué un rôle protecteur à l'égard de certains groupes sociaux. Les principales personnes concernées sont les fonctionnaires et les élites urbaines. Les populations ont l'impression que le juge administratif rend des décisions favorables au pouvoir ¹».

CONCLUSION

En Afrique subsaharienne, le juge administratif pour être véritablement un « bras armé » de la protection des libertés doit en assurer l'effectivité réelle en donnant de réelle chance à l'Etat de droit car la réussite du juge administratif est fonction de l'effectivité de ses décisions. Or, le rôle joué par la jurisprudence administrative en matière des droits et libertés fondamentaux au Congo, en Côte d'Ivoire, au Cameroun et au Sénégal ne fait pas apparaître ces derniers comme plus protecteur pour les particuliers. On constate, en outre que dans ces pays les limites de l'effectivité des droits et libertés procèdent d'un contrôle très timide du juge administratif des actes administratifs, l'inexécution de ses décisions et de l'absence des pouvoirs de contrainte. Le contrôle juridictionnel de l'administration est encore relativement restreint et assez imparfait pour protéger les libertés individuelles, même si des progrès importants et significatifs ont été

¹ DEMBA SY (P), « Justice administrative et droit administrative en Afrique. Bilan » in Mélanges à l'honneur de Gaudusson, Espace du Service public, pp.669-671.

réalisés au cours de la dernière décennie et sous l'empire de la démocratie. La protection des libertés est encore l'apanage de l'Etat qui est souverain dans l'effectivité qu'il souhaite en donner. Par ailleurs, une autre question se pose au juge administratif au regard de l'actualité en Afrique caractérisée par le terrorisme, le juge administratif doit pouvoir concilier la lutte contre le terrorisme et le contrôle des troubles à l'ordre public. Le constat est que dans sa recherche de l'équilibre entre la protection des libertés individuelles et les prérogatives de la puissance publique, le juge administratif tranche souvent en faveur de l'administration. Ce constat a conduit le professeur Jean Waline a estimé en effet que « quelle que soit l'importance des constructions élaborées par le juge administratif pour préserver les droits des administrés...durant toute la phase de construction du droit administratif français, il y a une tendance à mettre l'accent sur les droits et prérogatives de l'Administration ¹». Dans ces conditions, le « spectre de la politisation de la justice » qui hante les jeunes démocraties africaines ne permet pas non plus au juge administratif d'être le vrai « bras armé » des libertés individuelles.

¹Jean WALINE, Préface du Juris-classeur administratif, p. 8, cité par Valérie DUFAU, Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif. L'administration sous la contrainte, Paris, L'Harmattan, 2000, p. 23.

**Les transformations du droit de la
comptabilité publique
dans les Etats de la CEMAC et de l'UEMOA**

Dr. Aliyou SALI - Ph.D en Droit public

Enseignant-Chercheur - Université de Dschang (Cameroun)

&

Dr. Alassa MONGBAT - Ph.D en Droit public -

Enseignant-Chercheur - Université de Dschang (Cameroun)

Résumé

Le droit de la comptabilité publique dans les Etats africains francophones subsahariens connaît de mutations notables depuis quelques années. La comptabilité publique qui était essentiellement celle de la puissance publique est devenue aujourd'hui une comptabilité managériale qui met l'accent sur une information financière de qualité. Aux côtés de la classique comptabilité budgétaire ou comptabilité de caisse, laquelle consistait à enregistrer les opérations au moment de leur encaissement et de leur décaissement, se sont greffées la comptabilité générale, la comptabilité des matières et la comptabilité analytique dont l'objectif est d'arrimer la gestion publique à la performance. C'est ainsi que les règles de la comptabilité privée sont aujourd'hui transposées en comptabilité publique. Cependant, importé de l'univers comptable privé, le nouveau référentiel comptable peine à s'implémenter du fait de certaines contraintes de droit public financier classique.

« Gérer l'État comme une entreprise est désormais le mot d'ordre de la Nouvelle Gestion Publique, et ce partout dans le monde. Pourtant le secteur administratif n'est pas une entreprise marchande et c'est en fait davantage les objectifs de l'action publique que l'on veut modifier et les outils de gestion employés dans le secteur privé que l'on veut adopter ».

L'adoption d'une gestion budgétaire axée sur les programmes est au cœur des transformations du droit de la comptabilité publique dans les Etats de la CEMAC et de l'UEMOA². Elles se traduisent par des changements que l'on observe dans la procédure d'exécution budgétaire.

Le droit de la comptabilité publique constitue l'un des chapitres essentiels et sans doute le plus classique³ du droit public financier⁴. En effet, c'est dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 à travers la consécration de l'obligation de rendre compte que la comptabilité publique tire ses sources. Précisément, selon l'article 15 de ce texte fondateur, « *la société a*

¹ COHEN (A.G.), *La nouvelle gestion publique – Concepts, outils, structures, bonnes et mauvaises pratiques, Contrôle interne et audits publics*, Paris, Gualino, Lextenso éditions, 2012, 219 p, (spéc. p. 5).

² Sur la question, lire CIEUTAT (B.), « Budget de programme et rénovation de la comptabilité publique », *Revue française des finances publiques (RFFP)*, n° 73, 2001, pp. 93-104.

³ MAGNET (J.), « La comptabilité publique à l'âge classique », in HISAIA (H.) et SPINDLER (J.), *Histoire du droit des finances publiques, vol. 1 : Les grands textes commentés du droit budgétaire et de la comptabilité publique*, Paris, Economica, 1986, pp. 58-74. Du même auteur, « Comptabilité publique (historique) », in PHILIP (L.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, Paris, Economica, 1991, pp. 351-357.

⁴ DAMAREY (S.), *Droit public financier : Finances publiques, droit budgétaire, comptabilité publique et contentieux financier*, Paris, Précis Dalloz, 2^e éd., 2021, 1226 p.

le droit de demander compte à tout agent public de son administration »¹. Cette disposition consacrait à n'en point douter le principe du contrôle des comptes publics sur lequel repose essentiellement la comptabilité publique. Mais, qu'est-ce que la comptabilité publique ?

La comptabilité publique a été l'objet de divergence doctrinale quant à sa définition au point qu'il n'existerait pas seulement une définition de la comptabilité publique². Pour les classiques, et notamment le juriste français Louis AUCOC, « *[l'] objet de la comptabilité publique, dans le sens général du mot, est de constater les opérations qui se rattachent à la création des recettes et à la réalisation des dépenses* »³. Edouard CAMPAGNOLE pour sa part, va plus loin en soulignant que « *[l]e mot comptabilité publique ne signifie pas seulement la tenue d'écritures descriptives d'opérations de recette et de dépense : il s'entend aussi de l'obligation et de l'acte de rendre des comptes, ainsi que de tout ce qui prépare, facilite et assure la reddition des comptes* »⁴. Elle poursuit deux buts essentiels : « *tout d'abord, un objet politique : permettre de contrôler si les volontés du Parlement ont été strictement exécutées, si les crédits n'ont pas été dépassés ou détournés de leur objet. La comptabilité publique est donc essentiellement une comptabilité de crédits. En second lieu, un objet financier*

¹ Sur cette disposition, v. De CACQUERAY (S.), « L'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : fondement constitutionnel de l'*accountability* à la française », in ALBERT (J.-L.), De CACQUERAY (S.), LAMBERT (Th.) et VIESSANT (C.) (dir.), *De l'esprit de réforme et de quelques fondamentaux, Mélanges en l'honneur du Professeur Gilbert ORSONI*, PUAM, 2018, pp. 129-150.

² MOLINIER (J.), « Des définitions de la comptabilité publique », in ROUSSILLON (H.) (dir.), *Mélanges offerts à Pierre MONTANE DE LA ROQUE*, Presses de l'Institut d'Etudes politiques de Toulouse, 1986, pp. 961-972.

³ AUCOC (L.), *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, t. 1, Paris, Dunod, 1869, p. 484, § 338, cité par OLIVA (E.), « Essai de définition normative du domaine de finances publiques », in *Constitution et finances publiques, Etudes en l'honneur de Loïc PHILIP*, Paris, Economica, 2005, pp. 493-514, (spéc. p. 504).

⁴ CAMPAGNOLE (E.), « Comptabilité publique », in SAY (L.) (dir.), *Dictionnaire des finances*, Paris, Berger-Levrault, 1894, p. 1148.

statistique : renseigner le gouvernement sur la situation comparative des recettes et des dépenses »¹.

Les modernes quant à eux, définissent la comptabilité publique à travers plusieurs approches que sont l'approche juridique, l'approche technique et l'approche organique². En premier lieu sur l'approche juridique, la comptabilité publique renvoie aux règles juridiques applicables à l'exécution et aux contrôles des budgets publics. C'est l'approche défendue par Victor MARCÉ pour qui, la comptabilité publique est un ensemble des règles « *qui s'appliquent au vote, à l'exécution et au contrôle des budgets publics* »³. En deuxième lieu sur l'approche technique ou matérielle, l'accent est mis sur la présentation des comptes des organismes publics. En troisième lieu sur l'approche organique, la comptabilité publique renvoie aux agents chargés de l'application des règles et de la présentation des comptes publics. Compte tenu de ces approches diversifiées, l'approche synthétique de la comptabilité publique a vu le jour⁴. Selon elle, « *la comptabilité publique est l'ensemble des règles juridiques et techniques applicables à l'exécution, à la description et au contrôle des opérations financières des organismes publics* »⁵. Pour Gabriel MONTAGNIER, « *la comptabilité publique regroupe l'ensemble des règles relatives, d'une part, aux procédures d'exécution des recettes et des dépenses des organismes publics, aux obligations et aux responsabilités des agents qui les exécutent ainsi*

¹ POMME de MIRIMONDE, « La comptabilité publique et la comptabilité industrielle de l'Etat », *Annales de finances publiques*, Institut de droit comparé de l'Université de Paris, n° IV, Recueil Sirey, 1938, pp. 1-17, (spéc. p. 6).

² V. en ce sens MAGNET (J.), *Éléments de comptabilité publique*, Paris, LGDJ, 5^e éd., 2001, 186 p, (spéc. p. 9).

³ MARCÉ (V.), *Traité de la comptabilité publique*, Paris, Dalloz, 1^{ère} édition, 1910, 552 p, (spéc. p. 28). V. également sur la définition juridique, MARTINEZ (J.-C.) et DI MALTA (P.), *Droit budgétaire*, Paris, Litec, 2^e éd., 1988, 944 p, (spéc. p. 717).

⁴ Cf. MONTAGNIER (G.), *Principes de comptabilité publique*, Paris, Précis Dalloz, 1975, 260 p, (spéc. p. 8).

⁵ MAGNET (J.), VALLERNAUD (L.), VUGTH (Th.), *La Cour des comptes, les institutions associées et les Chambres régionales des comptes*, Paris, Berger-Levrault, 6^e éd., 2007, 600 p, (spéc. p. 16).

qu'aux contrôles auxquels ceux-ci sont soumis et, d'autre part, à la tenue et à l'exploitation de la comptabilité qui retrace l'activité de ces agents »¹.

Au regard de ces définitions, l'on note que le droit submerge la comptabilité publique. En d'autres termes, la comptabilité publique est essentiellement constituée de règles juridiques dites « *règles de la comptabilité publique* », lesquelles « *ont pour objet principal de fixer les procédures à suivre et les contrôles à exercer pour que les recettes et les dépenses publiques s'exécutent conformément aux lois et notamment aux lois de finances* »². En ce sens, Gaston JEZE précisait que les règles de la comptabilité publique sont de nature « *législative, réglementaire ou coutumière, qui président la gestion des finances publiques* »³. Aussi, c'est au regard de cette juridicisation de la comptabilité publique qu'il nous a semblé que la dénomination simple de « comptabilité publique » serait de nos jours impropre, et c'est la raison pour laquelle celle de « *droit de la comptabilité publique* » pourrait s'avérer plus appropriée.

Ainsi compris, le droit de la comptabilité publique dans les Etats africains francophones subsahariens a subi d'importantes évolutions. Avant l'indépendance, le droit de la comptabilité publique tirait ses sources des textes

¹ MONTAGNIER (G.), « Comptabilité publique (notions générales) », in PHILIP (L.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, op.cit., pp. 357-358.

² MAGNET (J.), VALLERNAUD (L.), VUGTH (Th.), *La Cour des comptes, les institutions associés et les Chambres régionales des comptes*, op.cit., p. 19. Dans le même sens, v. DEVAUX (G.), *La comptabilité publique, Tome 1^{er} : Les Principes*, Paris, PUF, 1957, 248 p, (spéc. p. 8). L'auteur propose une définition « juridique moderne » : « *Les règles de la comptabilité publique ont pour objet de déterminer les obligations et les responsabilités des ordonnateurs de dépenses publiques, des ordonnateurs de recettes publiques et des comptables publics* ». Pour une synthèse des travaux de DEVAUX, MASQUELIER (Ph.), « La Comptabilité publique de Gilbert Devaux : un plaidoyer pour le maintien d'une gestion publique des finances publiques en France dans les années 1950 », in BEZES (Ph.), DESCAMPS (F.), KOTT (S.), TALLINEAU (L.) (dir.), *L'invention de la gestion des finances publiques. Du contrôle de la dépense à la gestion des services publics (1914-1967)*, Paris, Institut de la gestion publique et du développement économique (IGPDE), Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2013, pp. 445-518.

³ Cité par BIDIAS (B.), *Les finances publiques du Cameroun*, Yaoundé, 2^e éd., 1982, 1043 p, (spéc. p. 154).

coloniaux, notamment le décret du 30 décembre 1912 portant régime financier des territoires français d'outre-mer¹, lequel étendait aux colonies le décret impérial du 31 mai 1862 portant règlement général sur la comptabilité publique². À la suite, le processus d'autonomisation va favoriser l'abrogation des textes coloniaux et l'adoption des textes nationaux pour tenir compte des réalités locales³.

De ce rapide tour d'horizon, il importe de souligner que le droit de la comptabilité publique était centré sur le contrôle de la régularité des opérations financières de l'Etat⁴. En d'autres termes, la comptabilité publique « *avait pour objet de retracer systématiquement les opérations réalisées au moyen de fonds publics en vue de vérifier la conformité de ces opérations aux autorisations données par le budget et de sanctionner les irrégularités éventuelles commises par les ordonnateurs ou les comptables* »⁵. Autrement dit, la comptabilité publique était essentiellement une comptabilité de caisse qui permettait de suivre l'exécution du budget voté par le Parlement. Comme il est admis, la comptabilité sur la base des caisses est une comptabilité en partie simple se bornant à noter les recettes et les dépenses de diverses sortes et ceci une seule fois, lorsque l'opération passe sous les yeux des agents⁶. Elle consistait à

¹ LALUMIERE (P.) et CASTAGNEDE (B.) (dir.), *Systèmes budgétaires, financiers, fiscaux et douaniers, Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 3, NEA, 1982, 509 p, (spéc. p. 24).

² Le texte intégral de ce décret impérial de 883 articles est reproduit dans ISAIA (H.) et SPINDLER (J.) (dir.), *Histoire du droit des finances publiques, vol. 1 : Les grands textes commentés du droit budgétaire et de la comptabilité publique, op.cit.*, pp. 141-222.

³ Au Cameroun par exemple, le premier texte fut l'ordonnance n° 59-61 du 21 novembre 1959 réglant le mode de présentation et les conditions générales du budget de l'Etat, entrée en vigueur le 1er janvier 1960, jour de l'indépendance de la partie orientale du pays. Cette ordonnance sera très vite abrogée avec l'avènement de l'Etat fédéral pour être remplacée par l'Ordonnance n° 62/OF/4 du 7 février 1962 modifiée par la loi n° 2002/001 du 19 avril 2002. A la suite de cette ordonnance, le décret n° 67-DF-211 du 6 mai 1967 sur la comptabilité publique de l'Etat fut adoptée et l'instruction qui l'accompagne à savoir le Décret abrogé par celui n° 97/226/PM du 25 juin 1997 portant règlement général de la comptabilité de l'Etat en République du Cameroun.

⁴ C'est la raison pour laquelle la comptabilité publique était qualifiée de « *comptabilité de matières publiques* ». v. en ce sens BIDIAS (B.), *Les finances publiques du Cameroun, op.cit.*, pp. 781 et s.

⁵ MARTINEZ (J.-C.) et DI MALTA (P.), *Droit budgétaire, op.cit.*, p. 741.

⁶ BIDIAS (B.), *Les finances publiques du Cameroun, op.cit.*, p. 412.

enregistrer les opérations au moment de leur encaissement s'agissant des recettes, et de leur décaissement pour ce qui est des dépenses. On a reproché à cette forme de comptabilité le fait de ne pas fournir une information globale, synthétique et fiable sur la situation des finances publiques¹. Aussi, la performance ou le résultat n'était pas l'objectif recherché dans le système de caisse, car reposant essentiellement sur le contrôle de la régularité. Or, le droit a parfois constitué un frein à la modernisation de la gestion publique².

En tout état de cause, comparé à l'international, le système comptable public des Etats de l'Afrique francophone subsaharienne était devenu obsolète³ et du coup, sa réforme nécessaire, d'autant que « *la très grande majorité des Etats s'est lancé, ou projette de le faire, dans la recherche de la « bonne gouvernance financière » laquelle implique, pour la « doxa » dominante, adhésion et mise en œuvre d'un certain nombre de standards (transparence, efficacité/efficience, performance, sincérité des comptes publics, responsabilité managériale) »*⁴. Dans l'optique de baliser un véritable Etat de droit financier où règne une gestion efficace des finances publiques à travers une information financière fiable, ces Etats, avec l'aide des partenaires au développement, ont entrepris de réformes pour intégrer la logique de performance dans la gestion⁵.

¹ MILOT (J.-P.), « Réforme comptable et réforme des finances publiques », *Revue Politiques et management public*, vol. 30, n° 3, 2013, pp. 329-337, (spéc. p. 332).

² V. en ce sens CAILLOSSE (J.), « Le droit, verrou de la modernisation ? », in MULLER (P.) (dir.), *Le modèle français d'administration est-il en crise ?*, Paris, L'Harmattan, 1992, pp. 755-764.

³ MILOT (J.-P.), « Faut-il réformer la comptabilité de l'Etat ? », *Revue Politiques et management public*, vol. 18, n° 4, 2000, pp. 1-17.

⁴ ORSONI (G.), « De l'esprit de réforme et de quelques fondamentaux », in *Réformes des finances publiques & Modernisation de l'Administration, Mélanges en l'honneur de Robert HERTZOG*, Paris, Economica, 2011, pp. 401-408, (spéc. pp. 401-402).

⁵ Lire entre autres : MBALLA OWONA (Robert), « Emergence de la gestion financière axée sur les résultats et reconnaissance d'une obligation d'exécution intégrale des budgets des administrations publiques en droit CEMAC », *Afrilex*, 2019, pp. 1-27 disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr> consulté le 17 octobre 2021 ; MÉDÉ (N.), « Réflexion sur le cadre harmonisé des finances publiques dans l'espace UEMOA », *Revue Africaine des Sciences Juridiques (RASJ)*, Université de Yaoundé II, n° 1, 2014, pp. 173-210 ; du même auteur, « L'Afrique saisie par la fièvre de la performance financière », *Revue française de finances publiques (RFFP)*, n°135, 2016, pp. 349-357 ; OUEDRAOGO (Y), *L'influence de la démarche de performance sur le droit public*

Il reste à souligner que les réformes des finances publiques en particulier ont commencé tout d'abord au niveau communautaire par l'adoption d'importantes directives tant au niveau CEMAC qu'UEMOA. C'est ainsi que les Directives relatives aux lois de finances¹ ont été adoptées, lesquelles sont complétées entre autres par celles relatives à la comptabilité publique² avec obligation pour les Etats de les transposer en droit national. Au stade actuel, nombreux sont des Etats membres de la CEMAC et de l'UEMOA qui ont transposé dans leur ordre juridique les Directives portant Règlement général sur la comptabilité publique³ sans toutefois déroger à la tradition qui est celle de laisser le domaine comptable au pouvoir réglementaire⁴. A la réflexion, les directives sur la comptabilité publique auraient été influencées par le droit comptable de l'OHADA⁵. Ainsi, au regard des textes qui gouvernent la comptabilité publique, l'on s'interroge sur la question de savoir : **en quoi consistent les transformations du droit de la comptabilité publique dans les Etats de la CEMAC et de l'UEMOA ?** A l'analyse,

financier des Etats membres de l'UEMOA, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Bibliothèque de Finances publiques et fiscalité, tome 65, 2018, 571 p ; TAKOUBAKOYE (A. B.), *Gouvernance financière par la performance au Niger: Défis de la mise en œuvre de la LOLF au Niger et proposition de démarche à la lumière de l'expérience française*, Mémoire de Master en Administration et finances publiques, Parcours Administration Publique Spécialisée, Paris, ENA, 2017, 74 p.

¹ Directive n°06/2009/CM/UEMOA portant lois de finances au sein de l'UEMOA et Directive n° 01/11-UEAC-90-CM-22 relative aux Lois de Finances.

² Directive n° 07/2009/CM/UEMOA portant Règlement général sur la Comptabilité publique au sein de l'UEMOA et Directive n° 02/11-UEAC-190-CM-22 relative au Règlement général de la comptabilité publique.

³ Ci-après RGCP.

⁴ Dans l'espace CEMAC, l'on peut mentionner le CAMEROUN : Décret n°2020/375 du 07 juillet 2020 portant RGCP ; Congo : Décret n° 2018-67 du 1^{er} mars 2018 portant RGCP ; Gabon : Décret n°0094/PR/MBCP du 8 février 2016 portant RGCP ; RCA : Décret n°19.091 du 27 mars 2019 portant RGCP en République Centrafricaine.

Dans l'espace UEMOA, on peut mentionner : Bénin : Décret n° 2014-571 du 07 octobre 2014 portant RGCP ; Côte d'Ivoire : Décret n° 2014-416 du 09 juillet 2014 portant RGCP ; Sénégal : Décret n°2020-978 du 23 avril 2020 portant RGCP ; Togo : Décret n° 2015-054/PR du 27 août 2015 portant RGCP.

⁵ V. en ce sens, BANGO (A.), « Les droits de la comptabilité publique et de l'OHADA dans les espaces UEMOA et CEMAC », *Annales de l'Université Marien N'GOUABI, Sciences Juridiques et Politiques*, vol. 18, n° 2, 2018, pp. 21-57.

les transformations consistent en une rénovation qui s'opère par une transposition partielle des règles de la comptabilité privée en comptabilité publique.

En effet, comme d'autres disciplines de droit public¹, le droit de la comptabilité publique s'est revêtu d'habits neufs sans que la doctrine ne s'y intéresse fondamentalement ; sans doute à cause de la complexité et de la technicité des finances publiques² en général et de comptabilité publique en particulier³. Si la méthode de la régularité est encore présente dans la gestion publique, il faut noter que celle-ci devrait désormais intégrer la logique managériale issue du secteur privé⁴, ceci pour garantir l'efficacité de la gestion financière publique. Il se dégage des réformes une forte juridicisation des règles

¹ Sur les transformations du droit public en général, v. GALLETI (F.), *Les transformations du droit public africain francophone : entre étatismes et libéralisation*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 682 p ; ONDOA (M.) et ABANE ENGOLO (P.E.) (dir.), *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2018, 222 p.

² Les phénomènes financiers publics sont toujours des phénomènes complexes. Et le Professeur Michel BOUVIER entend par là qu'ils « sont le produit d'interactions de tous ordres, faisant intervenir une grande variété de structures et d'acteurs ». BOUVIER (M.), « Science des finances publiques : le quiproquo », *RFFP*, n° 1333, 2016, pp. 34-39, (spéc. p. 37). C'est, pour le Professeur Paul Marie GAUDEMET, « une science de carrefour » (GAUDEMET (Paul-Marie), *Précis de finances publiques*, Paris, Montchrestien, t. 1, 1970, p. 2.). C'est la raison pour laquelle Gaston JEZE entendait étudier les phénomènes financiers comme des phénomènes complexes. La volonté de JEZE est de saisir le phénomène financier dans sa globalité, en multipliant les points de vue : social, économique, juridique et politique. V. en ce sens BEAUD (Olivier), « L'œuvre de Gaston Jèze signifie-t-elle un repli de la doctrine publiciste française sur la technique juridique ? », *Jus Politicum*, Revue internationale de droit politique, n° 11, 2013, pp. 1-36.

³ Le particularisme de la matière comptable fait que la doctrine s'y intéresse peu. Selon le Professeur Gabriel MONTAGNIER, « [I]a comptabilité tenue par les quelques dizaines de milliers de personnes publiques existantes n'a guère attiré jusqu'ici l'attention que de rares spécialistes, qui ne lui ont prêté que l'attention épisodique réservée à quelque curiosité. Seuls les agents professionnellement appelés à l'appliquer sont initiés aux arcanes d'une technique longtemps retranchée dans un particularisme devenu ésotérique au profane ». MONTAGNIER (G.), *Principes de comptabilité publique*, Paris, Dalloz, 2^e éd. 1981, 431 p, (spéc. p. 1).

⁴ V. en ce sens ISAIA (H.) et SPINDLER (J.), « Le droit budgétaire et la comptabilité publique à l'approche du XXI^e siècle : essai d'analyse prospective », in ISAIA (H.) et SPINDLER (J.) (dir.), *Histoire du droit des finances publiques*, vol. 1, *op.cit.*, pp. 426-443.

managériales¹ au service de la garantie de la « *vérité des comptes* »² et de la modernisation de l'Etat dont la conséquence serait la « banalisation » de la comptabilité publique³. Toutefois, la comptabilité publique est une comptabilité. Mais, pas n'importe quelle comptabilité. C'est la comptabilité qui présente la particularité d'être publique. Ainsi donc, l'alignement des règles de la comptabilité publique sur celles de la comptabilité privée ne saurait guère être totale. C'est dire que « *l'apparement avec les normes comptables applicables au secteur privé* »⁴ n'est pas synonyme de privatisation de la comptabilité publique⁵. En effet, la transposition des référentiels comptables du secteur privé contribuerait plutôt au rajeunissement de la comptabilité publique⁶ en la rendant mixte⁷ ou hybride⁸.

Quoiqu'il en soit, à la lecture du nouveau cadre juridique de la comptabilité publique, l'on s'aperçoit très vite que ce droit change en mieux. Preuve qu'il ne

¹ CHEVALLIER (J.), « La juridicisation des préceptes managériaux », *Revue Politiques et Management Public*, 1993, vol. 11, n° 4, pp. 111-134 ; du même auteur, « Management public et Droit », même revue, vol. 26, n° 3, 2008, pp. 93-100.

² ORSONI (G.), « De l'esprit de réforme et de quelques fondamentaux », *op.cit.*, p. 403.

³ KOTT (S.), « Banalisation de la comptabilité publique, hybridation du droit comptable », *Gestion & Finances publiques*, vol. 91, n° 2, 2016, pp. 50-54 ; PRAQUIN (N.), LEFRANCO (S.), CHAMBOST (I.), « Quand l'État s'empare de la comptabilité privée : Quels rôles pour les sciences de gestion ? », *Revue Française de Gestion (RFG)*, vol. 8, n° 245, 2014, pp. 21-34.

⁴ ORSONI (G.), « De l'esprit de réforme et de quelques fondamentaux », *op.cit.*, p. 403.

⁵ Au regard de la transposition en comptabilité publique des règles de la comptabilité privée, certains auteurs notamment camerounais, ont défendu la thèse de la privatisation de la comptabilité publique. Et pourtant, les spécificités publiques limitent une telle privatisation. Cf. SIETCHOUA DJUITCHOKO (C.), « La nouvelle gouvernance financière publique : légende et réalité de la privatisation des finances publiques au Cameroun », in *L'effectivité du Droit. De l'aptitude du droit objectif à la satisfaction de l'intérêt particulier, Mélanges en l'honneur du Professeur François Anoukaha*, Paris, L'Harmattan, 2021, pp. 959-973 ; SOROK A BOL (P.G.), « La privatisation de la comptabilité publique au Cameroun », *Revue africaine de Finances publiques (RAFIP)*, n° 8, 2^{ème} semestre 2020, pp. 389-407.

⁶ Sur ce rajeunissement, lire, HERTZOG (R.), « Les mutations des finances publiques : manifeste pour une discipline rajeunie », *RFFP*, n° 79, 2002, pp. 259-279.

⁷ HERTZOG (R.), « Finances publiques, finances privées : nouvelles frontières, nouvelles similitudes ? », *RFFP*, n° 100, 2007, pp. 107-125.

⁸ LEROY (M.), « Les périmètres publics et privés des finances », *RFFP*, n° 120, 2012, pp. 27-35, (spéc. p. 32).

s'agirait pas d'une réforme à l'aveugle¹, car on sait exactement où on va : la recherche de la transparence dans la gestion de l'argent public². Se basant fondamentalement sur le positivisme juridique et accessoirement sur la méthode de droit comparé, l'étude vise à dévoiler les innovations dans le droit de la comptabilité publique. Pour y parvenir, l'on opte pour une démarche binaire chère aux juristes³. Cela dit, il s'agit de montrer, d'une part, que le droit de la comptabilité publique est un droit largement rénové avec de nouvelles normes comptables importées du secteur privé⁴ (I) et, d'autre part, que sa mise en œuvre effective reste entravée par la persistance de certaines contraintes traditionnelles du droit public financier (II).

I. L'importation des certains référentiels comptables du secteur privé dans le droit de la comptabilité publique

Jadis, le droit de comptabilité publique était essentiellement budgétaire et ne retraçait que les encaissements et les décaissements d'une année. En cela, elle ne donnerait qu'une image tronquée de la situation financière des collectivités publiques⁵. De nos jours, avec l'introduction de la logique de résultats dans la gestion financière publique, le droit de la comptabilité publique devrait désormais donner une vision globale de la situation financière et même

¹ WACHSMANN (P.), « Propos atrabiliaires sur la réforme telle qu'elle se pratique dans la France contemporaine », in *Réforme des finances publiques & Modernisation de l'Administration*, op.cit., pp. 591-604.

² SOROK A BOL (P.G.), « L'apport de la nouvelle comptabilité à la gestion des finances publiques au Cameroun », *RAFIP*, n° 5, 1^{er} semestre 2019, pp. 11-37.

³ Sur le plan en deux parties et ses limites, v. VIVANT (M.), « Le plan en deux parties, ou de l'arpentage considéré comme un art », in *Le droit français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, pp. 969-984 ; BARRAUD (B.), « L'usage du plan en deux parties dans les facultés françaises de droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2015, pp. 807-825.

⁴ MILOT (-P.), « Les nouvelles normes comptables de l'État », *La Revue du Trésor*, 2004, n°8-9, pp. 510- 518.

⁵ SÉGUIN (Ph.), « Les juridictions financières dans la modernisation de la gestion publique », *Revue française de Droit administratif (RFDA)*, 2007, p. 437.

patrimoniale des collectivités publiques. C'est pour cette raison que la comptabilité publique s'est vue éclatée avec les récentes réformes en intégrant les référentiels comptables du secteur privé¹. Pour prendre la mesure complète de cette mutation, cette partie de l'étude sera ordonnée autour de deux axes : d'une part, l'analyse de l'adaptation de nouvelles formes de comptabilité dans le secteur public (**A**) et, d'autre part, l'examen des nouvelles règles comptables publiques (**B**).

A. L'adaptation de nouvelles formes de comptabilité dans le secteur public

Le cadre comptable des Etats membres de la CEMAC et de l'UEMOA a été largement modifié. Dans ces espaces, les nouvelles formes de comptabilité publique trouvent d'une part, leur fondement dans les lois organiques relatives aux lois de finances, lesquelles transposent en droit interne les directives relatives aux lois de finances². Si dans certains Etats, l'intitulé des textes reprend celui des directives, force est de constater que le Cameroun n'a pas opter pour le mimétisme avec un intitulé qui sort du commun : « *régime financier de l'Etat et des autres entités publiques* »³. Elles trouvent, d'autre part, leur fondement dans les directives CEMAC et UEMOA relative à la comptabilité publique qui consacrent, en plus de la comptabilité budgétaire classique, la comptabilité générale, la comptabilité d'analyse des coûts et la comptabilité des matières, valeurs et titres. Comme on peut le constater, les trois dernières dimensions de la comptabilité publique sont de facture récente ou renouvelée. Il s'agit d'explicitier ces formes de la comptabilité à savoir, d'une part, la comptabilité

¹ ABIABAG (I.), *Le renouveau budgétaire au Cameroun*, Douala, PUL, 2013, 120 p, (spéc. p. 18).

² La Directive UEMOA portant lois de finances au sein de l'UEMOA consacre en son article 72, la comptabilité générale qui doit s'appuyer sur la comptabilité des matières. La Directive CEMAC relative aux lois de finances pour sa part, consacre en plus de la comptabilité générale, la comptabilité d'analyse des coûts en son art. 64.

³ Objet de la loi n° 2018/011 du 11 juillet 2018.

générale (1), d'autre part, la comptabilité des matières, valeurs et titres (2) et, enfin, la comptabilité analytique des coûts (3).

1. La comptabilité générale

La comptabilité générale est une forme de comptabilité publique importée de l'univers financier privé¹ encore dénommée comptabilité patrimoniale² qui est tenue par les comptables publics. Cette forme de comptabilité est au cœur d'un certain rapprochement entre la comptabilité publique et la comptabilité des entreprises au regard de la convergence des techniques comptables et des finalités³. L'introduction de cette forme de comptabilité en univers financier public est de faire de la comptabilité publique, non seulement un outil de contrôle (comptabilité budgétaire), mais aussi et surtout un outil de gestion⁴. De par cette philosophie, il ne s'agit plus seulement de s'intéresser aux entrées et aux sorties de caisse, mais d'avoir aussi une idée claire sur le patrimoine des collectivités publiques.

La comptabilité générale est formalisée dans les espaces CEMAC et UEMOA comme un référentiel qui doit rendre la gestion publique performante. Ainsi, aux termes des directives CEMAC et UEMOA portant RGCP, l'organisation de la comptabilité générale repose sur un double principe : d'une part, la déconcentration de la comptabilité générale, en vue de la rapprocher du fait

¹ LEROY (M.), « Les périmètres publics et privés des finances », *RFFP*, n° 120, novembre 2102, pp. 27-37, (spéc. p. 321) ; HERTZOG (R.), « Finances publiques, finances privées : nouvelles frontières, nouvelles similitudes ? », *RFFP*, n° 100 ; novembre 2007, pp. 107-125, (spéc. p. 119).

² GLIMET (E.), « La comptabilité patrimoniale de l'Etat : une image fidèle ? », *RFFP*, n° 40, 1992, pp. 48-66, (spéc. p. 48) ; MARTY (F.), TROSA (S.) et VOISIN (A.), « Les enjeux liés à l'adoption d'une comptabilité patrimoniale par les administrations centrales », *Revue internationale de Sciences administratives (RISA)*, 2006/2, vol. 72, pp. 213-232 ; HURON (D.), MARTY (F.) et SPINDLER (J.), « De la certification des comptes de l'Etat : principes, enjeux et difficultés », *RFFP*, n° 100, 2007, pp. 135-143, (spéc. p. 136).

³ KOTT (S.), « Banalisation de la comptabilité, hybridation du droit comptable », *Revue Gestion et Finances publiques*, n° 2, mars-avril, 2016, pp. 50-54.

⁴ BRIET (R.), « Faire de la comptabilité générale de l'Etat un outil utile pour sa gestion », *RFFP*, n° 136, 2016, p. 69.

générateur et des ordonnateurs ainsi que leurs services gestionnaires et, d'autre part, l'inscription au bilan de l'Etat de tous les flux de gestion portant sur les actifs non financiers, les dettes et créances, en vue de la connaissance du patrimoine public et partant, de la capacité de l'Etat à faire face à ses engagements¹.

Dans sa philosophie, la comptabilité générale a pour objet de décrire la situation financière et patrimoniale de l'Etat et son évolution. Elle est fondée sur le principe de la constatation des droits et obligations. Ainsi, les opérations sont prises en compte au titre de l'exercice auquel elles se rattachent, indépendamment de leur date de paiement ou d'encaissement².

A la réflexion, la comptabilité générale de l'Etat est une comptabilité en droits constatés, laquelle désigne « *un système de comptabilisation portant non seulement sur les mouvements de trésorerie, mais aussi sur les dettes et créances* »³. A ce sujet, les recettes obéissent au principe de la gestion. De ce fait, elles sont prises en compte au titre du budget de l'année au cours de laquelle elles sont encaissées par le comptable public. *A contrario*, les dépenses quant à elles obéissent au principe de l'exercice. Elles sont prises en compte au titre du budget de l'année au cours de laquelle elles sont prises en charge par le comptable public.

La comptabilité générale est aussi une comptabilité patrimoniale qui doit mesurer l'évolution du patrimoine de l'Etat et des autres entités publiques. En effet, la comptabilité générale a pour objet la description du patrimoine des collectivités publiques et leurs évolutions. Ainsi, elle retrace les opérations budgétaires, les opérations de trésorerie et de financement, les opérations faites avec des tiers et les opérations d'attentes et de régularisation, les mouvements

¹ Directive CEMAC portant RGCP, art. 76 et Directive UEMOA portant RGCP, art. 77.

² Directive CEMAC portant RGCP, art. 77 et Directive UEMOA portant RGCP, art. 76.

³ GLIMET (E.), « La comptabilité patrimoniale de l'Etat : une image fidèle ? », *op.cit.*, p. 49.

du patrimoine et des valeurs, les flux de gestion interne (amortissements, provisions, produits et charges rattachés)¹.

Autre précision importante, la comptabilité générale de l'Etat est tenu en partie double sur la base du plan comptable général. Propre à l'univers financier marchand, la technique de la comptabilité en partie double²

« consiste à inscrire chaque flux simultanément et de façon symétrique dans deux comptes séparés : l'un figurant l'origine du flux (crédit) et l'autre sa destination (débit). Les comptes sont ouverts aux tiers avec lesquels on commerce, clients ou fournisseurs, mais aussi aux opérations réalisées, aux marchandises, à la caisse, etc. Ainsi, lors d'un achat de marchandises, le compte du fournisseur (origine du flux réel) enregistre à son crédit le montant de la livraison, tandis que ce montant est porté au débit du compte marchandises (destination). Lors du règlement, le compte caisse (origine du flux monétaire) est crédité et celui du fournisseur est débité (destination). Cette comptabilité permet donc de connaître en permanence la position de l'entreprise vis-à-vis des tiers, l'origine de ses ressources et l'emploi qu'elle en a fait »³.

En comptabilité générale, le système de la partie double permet de gérer, dans un même dispositif, les opérations de l'année (le compte de résultat) et leur impact sur le patrimoine (le bilan). Comme on peut le constater, la comptabilité en partie double transposée dans le secteur public constitue un outil de rationalisation de la gestion financière publique. Désormais, le patrimoine des collectivités publiques doit être appréhendé au-delà des recettes. C'est ainsi qu'il

¹ Art. 80 de la Directive UEMOA portant RGCP repris par les décrets portant RGCP. Dans l'espace CEMAC, cf. Cameroun : art. 107 (1) du Décret n° 2020/375 portant RGCP ; RCA : art. 139 du Décret n°19/091 portant RGCP.

² PERREAULT (J.), « Comptabilité publique, comptabilité privée : concurrence ou émulation », in *La comptabilité publique. Continuité et modernité*, Paris, Comité pour l'Histoire économique et financier de la France (CHEFF), 1995, pp. 353-358.

³ LEMARCHAND (Y.), « Comptabilité, discipline et finances publiques : une expérience d'introduction de la partie double sous la Régence », *Revue Politiques et management public*, vol. 18, n° 2, 2000, pp. 93-121, (spéc. p. 102).

est prévu que la comptabilité générale est décrite dans le compte général de l'Etat dans l'espace CEMAC ou dans le compte général de l'Administration des Finances dans l'espace UEMOA lequel comprend : la balance générale des comptes et les états financiers que sont le bilan, le compte de résultat, le tableau des flux des opérations de trésorerie, le tableau des opérations financières de l'Etat et l'état annexé¹.

A l'observation, l'on note que la comptabilité générale de l'Etat se rapproche de la comptabilité privée au regard des éléments constitutifs des comptes de l'Etat. C'est la raison pour laquelle la Directive CEMAC portant RGCP dispose que « *les règles applicables à la comptabilité générale de l'Etat s'inspirent des normes comptables internationalement reconnues* ». L'article 3 de la Directive CEMAC n° 03 /11-UEAC-195-CM-22 relative au Plan comptable de l'Etat précise que ces normes internationales sont notamment le Système Comptable de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires ou système OHADA en abrégé, les normes comptables internationales applicables pour le secteur public ou IPSAS en abrégé et le manuel de statistiques des finances publiques du Fonds Monétaire International. Au Cameroun, le décret n° 2019/3199 du 11 septembre 2019 fixant le cadre général de présentation du Plan comptable général de l'Etat précise en son article 3 (2) que « *les règles applicables à la comptabilité générale de l'Etat se distinguent de celles applicables aux entreprises en raison des spécificités liées à l'action de l'Etat* ». Dans l'espace UEMOA, la comptabilité générale s'inspire notamment du Système comptable Ouest africain (SYSCOA) en vertu de l'article 3 de la Directive n° 09/2009/CM/UEMOA portant Plan comptable de l'Etat au sein de l'UEMOA. Le législateur UEMOA aurait évité la répétition puisque le SYSCOA s'était inspiré du projet d'Acte uniforme OHADA portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises dans l'espace OHADA du 24 mars 2000. Mais, ce système devrait être modifié afin de tenir compte du nouvel Acte uniforme

¹ Art. 78 de la Directive CEMAC portant RGCP et art. 80 de la Directive UEMOA portant RGCP.

OHADA relatif au droit comptable et à l'information financière (AUDCIF) adopté le 26 janvier 2017 qui abroge celui de 2000.

Système d'information de gestion des finances publiques, la comptabilité générale a pour auxiliaire la comptabilité des matières, valeurs et titres.

2. La comptabilité des matières, valeurs et titres

La comptabilité des matières, valeurs et titres constitue une autre dimension de la comptabilité publique. Il s'agit d'une forme de comptabilité qui a existé sous l'appellation de comptabilité-matières¹. De nos jours, cette forme de comptabilité a été rénovée pour désormais constituer un outil moderne de gestion des biens publics visant à identifier et à valoriser le patrimoine non financier des personnes publiques². Les Directives CEMAC et UEMOA portant RGCP l'appréhendent comme « *une comptabilité d'inventaire permanent* ». L'objet de cette forme de comptabilité est la description *des existants, des biens mobiliers et immobiliers, des stocks*³.

Tenue en partie simple ou en partie double par des agents habilités par l'ordonnateur qu'on nommerait comptable des matières, la comptabilité des matières valeurs et titres décrit l'existant et les mouvements d'entrée et de sortie concernant : *les immobilisations incorporelles et corporelles ; les stocks de marchandises, fournitures ; les titres nominatifs au porteur ou à ordre et les valeurs diverses appartenant ou confiées à l'Etat ainsi que les objets qui lui sont*

¹ OMGBA ELONG (F. X.), « Regards sur la renaissance de la comptabilité-matières au Cameroun à la faveur de la réforme des finances publiques en cours », *RAFIP*, n°8 – 2^{ème} semestre 2020, pp. 361-375.

² OUEDRAOGO (S.), « La comptabilité des matières dans le renouveau des finances publiques au Burkina-Faso », *Afrilex*, 2019, pp. 1-32 (spéc. p. 5), disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux4.fr> consulté le 15 octobre 2021.

³ La Directive CEMAC portant RGCP précise qu'il s'agit des stocks et valeurs inactives autres que les deniers et archives administratives appartenant à l'Etat et aux autres organismes publics (art. 79). La Directive UEMOA portant RGCP évoque des stocks autres que les deniers et valeurs de l'Etat (art. 81).

*remis en dépôt ; les formules, titres, tickets et vignettes destinées à l'émission ou à la vente*¹.

Telle qu'envisagée, la comptabilité des matières, titres et valeurs est au service de la comptabilité patrimoniale. Les valeurs, titres et matières constituent aussi les éléments du patrimoine de l'Etat et des organismes publics. Cette forme de comptabilité permettrait sans doute d'avoir une idée claire sur l'évolution du patrimoine public. Autrement dit, c'est cette forme de comptabilité qui complète la comptabilité générale. Comme a pris soin de l'expliquer un praticien de la comptabilité publique,

*« [I]a comptabilité des matières contribue principalement à la mise en œuvre de la comptabilité générale, dont elle est une comptabilité auxiliaire. La comptabilité-matières constitue un vecteur de sincérité de la comptabilité générale. En effet, c'est la comptabilité-matières qui permet de suivre physiquement les éléments d'actifs enregistrés en comptabilité générale. Elle retrace la vie de chaque bien entrant dans le patrimoine d'une entité publique, de son entrée au bilan à sa sortie de celui-ci, en passant par tous les éléments qui marquent sa vie physique et qui se traduisent en comptabilité, tels que les dépréciations et amortissements. Ce faisant, c'est la comptabilité des matières, valeurs et titres qui permet à la comptabilité générale de donner une image fidèle et sincère du patrimoine de l'Etat. C'est elle qui permet d'établir une cohérence parfaite entre la vérité comptable et l'existant que cette dernière décrit »*².

La comptabilité des matières, valeurs et titres est aussi un outil de contrôle. Selon la Directive UEMOA portant RGCP, elle permet un suivi des immobilisations incorporelles, des immobilisations corporelles, des stocks et des valeurs inactives³. La Directive CEMAC portant RGCP dispose pour sa part en son article

¹ Art. 79 de la Directive CEMAC portant RGCP et art 81 de la Directive UEMOA portant RGCP.

² OMGBA ELONG (F. X.), « Regards sur la renaissance de la comptabilité-matières au Cameroun à la faveur de la réforme des finances publiques en cours », *op.cit.*, p. 365.

³ Art. 81 de la Directive UEMOA portant RGCP.

79 qu'elle permet de réceptionner, d'enregistrer, de suivre et de contrôler en quantité et en qualité les différents corps ayant une propriété physique et matérielle.

Il importe de souligner cependant que les Etats ayant internalisé cette forme de comptabilité n'ont pas pris des textes relatifs aux modalités de son exercice. Au stade actuel, le Bénin et le Togo ont fait un pas en avant en internalisant la Directive n° 03/2012/CM/UEMOA du 29 juin 2012 portant comptabilité des matières au sein de l'UEMOA¹. Au sein de la CEMAC, le projet de Directive relative à la comptabilité des matières de 70 articles a été adopté le 10 août 2020². A ce jour, les Etats membres de la CEMAC n'ont pas encore transposé cette Directive dans leur ordre juridique interne. Leur transposition permettra sans doute d'avoir un socle juridique sur la comptabilité des matières.

Comme on peut le constater, la comptabilité des matières constitue un outil important d'information patrimoniale publique. L'implémentation de cette forme de comptabilité favorisera l'émergence d'autres acteurs à savoir les ordonnateurs des matières et les comptables des matières appelés à rendre compte de la gestion des matières.

Au-delà, de ces formes de comptabilité très proches, les collectivités publiques doivent aussi tenir une comptabilité analytique des coûts.

3. La comptabilité analytique des coûts des programmes

La comptabilité analytique des coûts est une nouvelle forme de comptabilité publique qui a pour objet l'analyse des coûts des programmes publics. A ce titre, cette forme de comptabilité est le corolaire de la budgétisation par programme. En France, elle a d'abord trouvé application au sein des

¹ Pour le Bénin, v. Décret n° 2017-108 du 27 février 2017 portant comptabilité des matières en République du Bénin. Au Togo, la Directive a été internalisée en 2018 comme le rapporte OUEDRAOGO (S.), « La comptabilité des matières dans le renouveau des finances publiques au Burkina-Faso », *op.cit.*, p. 4.

² Directive n° 01/20-UEAC-CM-35 relative à la Comptabilité des matières.

collectivités territoriales depuis les années 1946¹ avant de s'étendre à l'Etat à la faveur de la Rationalisation des Choix Budgétaires (RCB)² et de la LOLF du 1^{er} Août 2001. Et de la sorte, certains auteurs avaient soutenu la thèse d'une gestion des finances des communes comme celle des entreprises³.

Les Etats africains francophones subsahariens sous l'influence des programmes d'ajustement structurel ont importé cette forme de comptabilité. C'est ainsi que la Directive CEMAC portant RGCP dispose à cet effet, en son article 82 que :

« [I]a comptabilité d'analyse des coûts a pour objet de faire apparaître les éléments de coûts des actions engagées dans le cadre des programmes de mise en œuvre des politiques publiques. Elle permet de justifier les crédits indispensables à la conduite des actions et de mettre en évidence les éléments nécessaires à la mesure de la performance au sein des programmes. Enfin, elle est destinée à fournir des éléments de comparaison dans l'espace et dans le temps et éventuellement entre différentes structures administratives ».

Pour sa part, la Directive UEMOA portant RGCP pose en son article 84 que *« [I]a comptabilité analytique des coûts a pour objet de faire apparaître les éléments des coûts des services rendus ou de prix de revient des biens produits*

¹ BARGAIN (A.), *Les trajectoires de la comptabilité analytique dans les communes françaises : les cas d'Angers et de La Roche-sur-Yon*, Thèse de Doctorat en Science de gestion, Université de Nantes, Institut d'économie et de management de Nantes-IAE, 2014, 566 p, (spéc. p. 21 et s.).

² MUZELLEC (R.), « Le droit financier local précurseur du droit financier national », in *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jacques MOREAU*, Paris, Economica, 2003, pp. 325-336.

³ Sur la question, lire entre autres : CHAPPAT (M.), « Communes et entreprises : les termes possibles de la comparaison », *RFFP*, n° 13, 1986, p. 185 ; TROCHU (M.), « La gestion des communes et des entreprises : éléments de convergence », *RFFP*, n° 13, p. 193 ; RINGENBACH (P.), « La commune doit être gérée comme une entreprise », *RFFP*, n° 13, 1986, p. 201 ; MOULY (H.), « La gestion communale : un modèle pour l'entreprise », *RFFP*, n° 13, 1986, p. 204 ; DUPONT (J.-M.), « Peut-on continuer à opposer service public et gestion privée ? », *RFFP*, n° 13, 1986, p. 210.

et des services fournis ainsi que de permettre le contrôle des rendements de programme et de la gestion axée sur les résultats ».

Dans sa philosophie, la comptabilité analytique est une comptabilité de gestion. Elle permet de fournir des informations sur la manière dont les programmes publics ont été financés et réalisés. Il allait donc de soi que cette forme de comptabilité soit introduite dans la gestion des finances publiques au regard de la globalisation du système comptable. Les ordonnateurs devraient s'imprégner de ce référentiel comptable sur lequel s'appuie le contrôle de performance, car la comptabilité analytique « *est conçue pour que le coût des politiques publiques puisse être déterminé* »¹.

En effet, c'est sur le responsable des programmes que l'ordonnateur pourrait s'appuyer pour avoir des informations sur la gestion des programmes. Comme il est établi, le responsable des programmes étant le manager des programmes², doit établir un Rapport Annuel de Performance (RAP) qui rend compte de la gestion des programmes³. Le RAP permet de justifier l'utilisation des crédits dans la mise en œuvre des programmes. C'est dire que la comptabilité analytique a toute sa place aujourd'hui. Elle permettrait aux acteurs d'éclairer les choix en matière de politiques publiques et de justifier les crédits⁴.

Tout compte fait, c'est à travers la comptabilité analytique que le contrôle de performance aura tout son sens en droit public financier. Par définition, ce

¹ BOUVIER (M.), LASSALE (J.-P.) et ESCLASSAN (M.-C.), *Manuel de finances publiques*, Paris, LGDJ, 2010, 1030 p, (spéc. p. 510).

² MÉDÉ (N.), *Finances publiques – Espace UEMOA/UMOA*, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2016, 548 p, (spéc. p. 284).

³ Sur la question, lire entre autres : PEKASSA NDAM (G.M.), « La dialectique du responsable de programme en finances publiques camerounaises : recherche sur les nouveaux acteurs budgétaires », in *Les nouveaux chantiers de finances publiques en Afrique, Mélanges en l'honneur de Michel BOUVIER*, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2019, pp. 303-312 ; ONANA (P. C.), « Le responsable des programmes en droit public financier camerounais », *Horizons du Droit (HDD)*, Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit, n° 28 – septembre 2021, pp. 207-253 ; RAULIN (P.), « La fonction de responsable de programme et sa place dans la nouvelle architecture budgétaire », *RFFP*, n° 91, 2005, pp. 65-75.

⁴ CATTEAU (D.), *Droit budgétaire – Comptabilité publique*, Paris, Hachette supérieur, 3^e éd., 2016, 201 p, (spéc. p. 100).

contrôle permet de s'assurer de la réalisation des objectifs avec efficacité, efficience et économie, sur la base d'indicateurs prédéfinis, après mise en œuvre des stratégies, des programmes et des actions de l'administration avec l'allocation conséquente des ressources publiques¹. Au Cameroun, l'article 21 du Décret n° 2013/159 du 15 mai 2013 fixant le régime particulier du contrôle administratif des finances publiques dispose que « *le contrôle de performance s'appuie sur la comptabilité analytique des programmes et le système d'information mis en place par l'ordonnateur, permettant à ce dernier de produire des tableaux de bord d'aide à la décision et des rapports de gestion* ».

En tout état de cause, la comptabilité analytique permet d'analyser les coûts détaillés des différents programmes engagés dans le cadre des budgets publics². Elle constitue une véritable comptabilité managériale. Cependant, les Etats membres de la CEMAC et de l'UEMOA ont internalisé cette forme de comptabilité sans toutefois préciser les modalités de sa mise en œuvre.

Tout bien considéré, l'éclatement de la comptabilité publique a pour but essentiel la modernisation de la gestion publique. Cet éclatement qui a favorisé l'émergence des référentiels comptables du secteur privé a conduit au passage à la transposition des règles comptables privées dans le secteur public.

B. Les nouvelles règles de la comptabilité publique

A côté de la règle de la séparation des ordonnateurs et des comptables³ qui est probablement l'une des plus fondamentales et aussi l'une des plus

¹ V. en ce sens, BILOUNGA (S.T.), *La réforme du contrôle de la dépense publique au Cameroun*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Yaoundé II, année académique 2008-2009, 437 p, (spéc. p. 370) ; TONI (E. M.), « Crise des finances publiques et démarche de performance : Echos d'ailleurs », in MEDE (N.)(dir.), *La LOLF dans tous ses états*, Centres des Publications Universitaires, Université d'Abomey-Calavi, 2015, pp. 153-201.

² DEMEESTERE (R.), « Que peut-on attendre d'une comptabilité de gestion dans le secteur public ? », *Politiques et management public*, vol. 18, n° 4, 2000, pp. 19-46.

³ GUILLERMINET (C.), « De la distinction entre les ordonnateurs et les comptables publics », *Revue de Droit d'Assas*, n° 8, Octobre 2013, pp. 66-83.

anciennes du droit de la comptabilité publique¹ et du principe de l'unité de caisse², les législateurs des espaces CEMAC et UEMOA ont introduit d'autres règles comptables. Celles-ci découlent de la rénovation du contenu de la comptabilité publique et sont connues sous l'appellation de normes comptables³. Un grand nombre de ces normes s'appliquent à la comptabilité générale. Mais, de manière synthétique, trois règles s'appliquent à toutes les formes de comptabilité publique transposées dans le secteur public : il s'agit d'abord de la transparence des comptes publics (1), ensuite, de la sincérité des comptes publics (2) et, enfin, de la certification des comptes publics (3).

1. La transparence des comptes publics

La transparence constitue aujourd'hui le socle de la nouvelle gouvernance financière publique⁴. Elle apparaît comme un indicateur d'appréciation de la crédibilité financière des Etats tant au plan interne qu'international. Autrement dit, la transparence constitue un « *déterminant de la bonne gouvernance* »⁵ des finances publiques⁶. Elle s'oppose à la règle longtemps prévalue selon laquelle l'élaboration et l'exécution des budgets publics devraient se faire dans le secret parce qu'étant une activité régaliennne de l'Etat. Cette manière de gérer les

¹ SAIDJ (L.), « Séparations des ordonnateurs et des comptables », in PHILIP (L.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, op.cit., pp. 1418-1421.

² CABANNES (X.), *Le principe de l'unité de trésorerie en droit public financier*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de Science financière, Tome 38, 2000, 448 p.

³ L'article 4 de la Directive CEMAC n° 03 /11-UEAC-195-CM-22 relative au Plan comptable de l'Etat dispose que «*Les normes comptables constituent l'ensemble des principes, règles, méthodes et critères uniformisés et reconnus sur le plan international, aux fins de garantir la transparence, la régularité, la sincérité des comptes et de s'assurer qu'ils donnent une image fidèle de la situation financière de l'entité considérée.* ».

⁴ SY (A.), *La transparence dans le droit budgétaire de l'Etat en France*, Paris, LGDJ, Bibliothèque Finances publiques et fiscalité, t. 63, 2017, 419 p, (spéc. p. 142) ; MORDACQ (F.), *Les finances publiques*, Paris, PUF, Collection Que sais-je ?, 3^e éd. 2014, 127 p, (spéc. p. 77) ; DANIEL (J.), « La gouvernance publique, origines et contradictions », *RFFP*, n° 120, 2012, pp. 15-25, (spéc. p. 20).

⁵ DA (D.), « La recherche de la transparence budgétaire dans les reformes en finances publiques au Burkina Faso », *Afrilex*, juin 2012, pp. 1-17, (spéc. p. 1).

⁶ BESSALA (A. G.), « Le principe de sincérité en droit public financier camerounais », *RASJ*, 2014, pp. 213-263, (spéc. p. 230).

finances publiques a été la principale cause de la débâcle financière de certains Etats. C'est pourquoi Gaston JEZE condamnait l'opacité dans la gestion et la gouvernance des finances publiques¹.

Pour rendre la gestion financière publique « *claire comme le jour* »², la transparence des comptes publics a été consacrée dans les espaces CEMAC³ et UEMOA⁴. Ce serait le droit OHADA qui aurait influencé le législateur national⁵. Le principe de transparence est consacré expressément dans l'Acte uniforme OHADA relatif au droit comptable et à l'information financière. L'article 3 dudit Acte dispose que la comptabilité doit satisfaire, dans le respect de la règle de prudence, aux obligations de transparence inhérentes à la tenue, au contrôle, à la présentation et à la communication des informations qu'elle a traitées.

En droit public financier CEMAC et UEMOA, le principe de transparence des comptes publics est expressément affirmé comme la première règle de la comptabilité générale en droits constatés en comptabilité publique. Selon les

¹ MOLINIER (J.), « L'apport de Gaston JEZE à la théorie des finances publiques », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 12 (Colloque Gaston JEZE), 1991, pp. 55-70, (spéc. p. 65) ; JEZE (G.), *Cours élémentaire de science des finances et de législation financière française*, Paris, M. Giard, 1931, 432 p.

² CASIMIR-PERIER (A.), *Les finances publiques et la politique. De l'influence des institutions politiques et de la législation financière sur la fortune publique*, Paris, Michel Lévy frères, Librairies-éditeurs, 1863, p. 15, cité par SY (A.), *La transparence dans le droit budgétaire de l'Etat en France*, *op.cit.*, p. 23.

³ Cf: BEGNI BAGAGNA, « Le principe de transparence dans les finances publiques des Etats membres de la CEMAC », *RAFIP*, n° 2, 2017, pp. 186-217 ; GUESSÉLÉ ISSÉMÉ (L.P.), « L'exigence de transparence dans les finances publiques des Etats de la CEMAC », in MÉDÉ (N.) et DEBÈNE (M.) (dir.), *Les finances publiques entre globalisation et dynamiques locales. Mélanges en l'honneur de Diarra Eloi et Yonaba Salifou*, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2021, pp. 57-84.

⁴ Cf. AHOUANCA (E.S.), « La transparence budgétaire dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (Réflexions sur le nouveau rôle du Parlement et de l'opinion publique) », in MEDE (N.) (dir.), *La LOLF dans tous ses états*, Abomey-Calavi, Centre de Publications Universitaires, 2015, pp. 535 à 563 ; ISSOUFOU (A), « La transparence des finances publiques : un nouveau principe budgétaire dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEMOA) ? », MÉDÉ (N.) (dir.), *Les nouveaux chantiers de finances publiques en Afrique, Mélanges en l'honneur de Michel BOUVIER*, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2019, pp. 269-301.

⁵ Rev. BANGO (A.), « Les droits de la comptabilité publique et de l'OHADA dans les espaces UEMOA et CEMAC », *op.cit.*, pp. 21-57.

législateurs de ces deux espaces, « *la comptabilité générale de l'Etat respecte le principe de transparence. Elle fournit une description adéquate, régulière, sincère, claire, précise et complète des évènements, opérations et situations se rapportant à l'exercice* »¹. Ce principe est diffusé au sein des Etats à travers les décrets portant RGCP et portant Plan comptable de l'Etat comme un principe essentiel de toute gestion financière publique. Le principe de transparence ici submerge les autres principes étant donné que la transparence s'oppose au secret. Comme le souligne le Professeur Jennifer MARCHAND, la transparence est :

*« la qualité de ce qui laisse apparaître la réalité tout entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer. Pendant très longtemps, la vie politique et administrative était gouvernée par le secret, la transparence était l'exception. Aujourd'hui nous assistons à un renversement de ce paradigme. La démocratie s'est en effet largement construite contre le secret des pouvoirs. Si l'intérêt général exige toujours que des zones de secret soient préservées dans la sphère publique et privée, le secret est devenu l'exception du mode d'exercice de l'action publique »*².

Il suit que l'exigence de transparence suppose que les comptes publics soient lisibles et dépourvus de fausseté, car une mauvaise transparence peut cacher des réticences à communiquer les mauvais résultats d'une collectivité publique, ou peut cacher des pratiques illicites. La transparence dans ce cas est une transparence des comptes. En effet, les comptes publics doivent obéir aux exigences de transparence, car comme on le sait, ce principe est introduit dans la gestion des finances publiques pour s'opposer à certaines pratiques occultes

¹ Art. 12 de la Directive CEMAC portant plan comptable de l'Etat et art. 10 de la Directive portant Plan comptable de l'Etat au sein de l'UEMOA.

² MARCHAND (J.), « Réflexions sur le principe de transparence », *RDP*, n° 3, 2014, p. 677.

qui ternissent l'image de nos collectivités publiques : corruption, détournement des deniers publics, etc.¹.

A la réflexion, le principe de transparence renforce la responsabilisation des acteurs de la comptabilité publique. Il leur revient désormais d'établir des comptes qui informent de manière claire sur leur gestion. Le principe de sincérité des comptes publics ne s'éloigne pas de celui de transparence.

2. La sincérité des comptes publics²

La sincérité constitue un autre principe de présentation des comptes publics importé de l'univers comptable privé³ pour plus de performance dans la gestion publique⁴. À cet égard, le droit OHADA aurait également constitué une source d'inspiration pour les législateurs CEMAC et UEMOA. En effet, l'article 3 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation et harmonisation de la comptabilité des entreprises aujourd'hui révisé, disposait que « [l]a comptabilité

¹ Sur la question, v. HEALD (D.), « Pourquoi la transparence des dépenses publiques est-elle si difficile à atteindre ? », *RISA*, 2012/1, vol. 78, pp. 33-53.

² Sur le principe de sincérité notamment comptable, cf. entre autres, *RFFP*, *Le principe de sincérité en finances publiques. Sens, aspects comparés, contrôles*, n° 111, Paris, LGDJ, septembre 2010 ; PANCRAZI (L.), *Le principe de sincérité budgétaire*, Paris, L'Harmattan, 2012, 714 p ; BESSALA (A.-G.), « Le principe de sincérité en droit public financier camerounais », *RASJ*, Numéro spécial, 2014, pp. 213-263 ; ABIABAG (I.), *Le renouveau budgétaire au Cameroun, op.cit.*, pp. 78-83 ; DIFFOUO (G.-I.), *Le principe de sincérité budgétaire en droit public financier camerounais*, Thèse de doctorat/Ph.D en Droit public, Université de Douala, 2015, 554 p ; DIAKHATE (M.), « La relativité du principe de sincérité des finances publiques dans les Etats de l'UEMOA », publié sur le site du Centre de Recherche sur les Institutions constitutionnelles, les Administrations publiques et la Logistique en Afrique (CERACLE), <https://ceracle.com>, pp. 1-34, consulté le 18 octobre 2021.

³ En France, la LOLF s'est inspirée du Code de commerce qui dispose en son article 9 que « les comptes doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat ». Cf. MUZELLEC (R.), « Le droit financier local, précurseur du droit financier national », in *Les collectivités locales, Mélanges en l'honneur de Jacques MOREAU*, Paris, Economica, 2003, pp. 325-336, (spéc. p. 328) ; VACHIA (J.-P.), « Emergence du principe de sincérité dans le droit public financier », *RFFP*, n° 91, 2005, p. 17.

⁴ ESCLASSAN (M. C.), « Performance et renouvellement des principes budgétaires et comptables : l'essor du principe de sincérité des comptes dans les systèmes financiers publics contemporains », in BOUTAYEB (C.) (dir.), *La Constitution, l'Europe et le droit, Mélanges en l'honneur de Jean-Claude MASCLÉ*, 2013, Sorbonne, Publications de l'Université de la Sorbonne, pp. 211-220.

doit satisfaire, dans le respect de la règle de prudence, aux obligations de régularité, de sincérité et de transparence inhérentes à la tenue, au contrôle, à la présentation et à la communication des informations qu'elle a traitées ». Aujourd'hui, le principe de sincérité est formalisé en droit de la comptabilité publique comme une règle concourant à la bonne gestion des finances publiques.

La sincérité est définie comme la qualité d'une personne sincère, c'est-à-dire une personne qui ne cherche pas à tromper autrui sur la nature de sa pensée, de ses sentiments. C'est aussi la qualité d'une personne qui agit sans détour, s'exprime sans dissimulation¹. En d'autres mots, la sincérité c'est la véracité, la bonne foi. La transparence se rapproche ainsi de la sincérité. Comme il est admis, la sincérité renvoie à la bonne foi, à la véracité, à l'exactitude avec en plus l'idée de visibilité ou de publicité. Si la transparence se focalise sur l'information, la sincérité va au-delà en y ajoutant la justesse et l'objectivité de celle-ci. La sincérité rime ainsi avec l'éthique et la morale. En réalité, la transparence serait le contenant et la sincérité, le contenu². Pour reprendre à notre compte le Professeur BEGNI BAGAGNA, la sincérité est « *un sous-ensemble de la transparence* »³.

Appliqué aux finances publiques⁴, le Professeur Jean-François JOYE souligne que

« [...] présenter un budget ou un compte sincère c'est marquer son respect pour les représentants du peuple et par là pour les citoyens. C'est la bonne foi des auteurs couplée avec la justesse des informations fournies car malgré la bonne foi de l'auteur il peut y avoir des erreurs. La sincérité, c'est donc le respect - que va satisfaire la transparence - plus la vérité. Cela renvoie à l'idée d'authenticité, d'absence de trucage ce qui distingue

¹ *Dictionnaire encyclopédique alpha*, Paris, Ed. GRAMONT S.A., vol. 22, p. 2627.

² JOYE (J.-F.), « La sincérité, premier principe financier », *RFFP*, n° 111, 2010, pp. 17-25.

³ BEGNI BAGAGNA, « Le principe de transparence dans les finances publiques des Etats membres de la CEMAC », *op.cit.*, p. 186.

⁴ LANDBECK (D.), « La notion de sincérité en finances publiques », *RFDA*, juillet-août 2002, pp. 798-806.

alors la sincérité de la transparence, notion trop restrictive (au sens propre elle permet de laisser passer la lumière, de voir nettement à travers ; ce qui veut dire un budget transparent n'aurait...aucun contenu). C'est évidemment le sens figuré qu'il faut retenir avec la transparence, tout est là, brut, accessible, c'est une vision quantitative qui permet de tout montrer, tout débusquer...surtout ce qui serait faux. C'est un vecteur, un moyen. Avec la sincérité, il y a un supplément d'âme tenant à ce que ces données rendues initialement par la transparence, soit en plus exactes, calibrées, cohérentes. C'est la clé pour l'appréciation qualitative et la finalité de la présentation des budgets et comptes avant tout contrôle »¹.

Comme on peut le constater, la sincérité est un principe dont son respect dans la tenue des comptes publics conduit à la vérité comptable. Ainsi, la production du compte général de l'Etat doit répondre à l'exigence de sincérité afin de donner une image fidèle de la situation financière et patrimoniale des collectivités publiques. L'on note que la sincérité rapproche la comptabilité publique de la comptabilité privée². Désormais, le secteur public et le secteur privé partagent une vision de la sincérité qui est commune.

A l'analyse, la sincérité et la transparence des comptes publics apparaissent aujourd'hui dans le secteur public comme une mode. Ces deux principes devraient aiguiller l'exécution des budgets publics. C'est la raison pour laquelle le législateur consacre la certification des comptes afin de s'assurer de l'application de ces principes dans l'exécution des budgets publics.

3. La certification des comptes publics

L'introduction de la comptabilité générale sur la base des droits constatés a également favorisé l'introduction de la certification des comptes en

¹ JOYE (J.-F.), « La sincérité, premier principe financier », *RFFP*, n° 111, pp. 22-23.

² ESCLASSAN (M.C.), « Sincérité et gouvernance financière publique : y a-t-il une sincérité financière publique spécifique », *RFFP*, n° 111, 2010, pp. 47-59.

comptabilité publique comme une règle concourant à la transparence des comptes publics. Instrument de la comptabilité privée¹, la certification des comptes constitue un nouveau champ de compétence des juridictions des comptes des espaces CEMAC et UEMOA. Les Directives portant RGCP prévoient que le compte général de l'Etat est produit chaque année à la Cour des comptes à l'appui du projet de loi de règlement². La Directive CEMAC portant RGCP va plus loin en précisant que « *la Cour des comptes certifie que les états financiers sont réguliers, sincères et donnent une image fidèle de la situation financière de l'Etat* »³.

Dans les finances privées, la certification des comptes est définie comme « *une démarche de contrôle externe conduisant à la formulation d'une « opinion » d'expert sur la régularité, la sincérité et la fidélité des états financiers (bilan, compte de résultats et annexes) d'une organisation et, s'il y a lieu, sur les rapports financiers et de gestion, de ladite organisation*⁴ ». Autrement dit, la certification est « *une opinion écrite et motivée, formulée par un organisme indépendant, sur la conformité des états financiers à un ensemble donné de règles comptables*⁵ ». Ce rôle est souvent dévolu aux commissaires aux comptes qui émettent une opinion sur la conformité et la sincérité des comptes au référentiel comptable applicable à l'entreprise auditée. « *Synonyme d' « assurance par écrit qu'une chose est certaine », la certification est liée aux*

¹ GODIVEAU (G.), « La contribution de la certification des comptes à la bonne gouvernance financière de l'Etat », *La Semaine Juridique*, n° 50, 12 décembre 2007, I, 213 ; ESCLASSAN (M.C.), « Sincérité et gouvernance financière publique : y a-t-il une sincérité financière publique spécifique », *op.cit.*, p. 53.

² Art. 78 de la Directive CEMAC portant RGCP et art. 80 de la Directive UEMOA portant RGCP.

³ Art. 78 de la Directive CEMAC portant RGCP.

⁴ MUZELLEC (R.), « Vers la certification des comptes de l'Etat en 2007 », *in Constitution et finances publiques, Etudes en l'honneur de Loïc PHILIP*, Paris, Economica, 2005, pp. 475-491, p. 478.

⁵ HURON (D.), MARTY (F.) et SPINDLER (J.), « De la certification des comptes de l'Etat : principes, enjeux et difficultés », *RFFP*, n° 100, 2007, pp. 135-143, p. 138.

concepts d'authenticité, d'exactitude, de conformité, de fiabilité, de confiance, et a une dimension probatoire »¹.

Ces définitions de la certification n'ont pas manqué d'inspirer le juge des comptes. Ce fut d'abord le cas avec la Cour des comptes française qui a posé que la certification est :

« une opinion écrite et motivée que formule, sous sa propre responsabilité, un organisme indépendant sur les comptes d'une entité. Elle consiste à collecter les éléments nécessaires à l'obtention d'une assurance raisonnable sur la conformité des états financiers, dans tous leurs aspects significatifs, à un ensemble de règles et de principes »².

C'est cette définition qui a été reprise par le juge de compte national notamment camerounais³. Il en ressort que la certification doit être écrite. Ainsi, l'hypothèse d'une certification orale est écartée par le juge des comptes. Ensuite, la certification doit être motivée, c'est-à-dire justifiée par des éléments probants.

Véritable « *comptabilité juridictionnelle*⁴ », la certification des comptes permet à la juridiction des comptes de s'assurer que le compte général de l'Etat produit par le Ministre des finances, est régulier, sincère et donne une image fidèle de la situation financière et patrimoniale des collectivités publiques⁵. Elle se distingue ainsi du contrôle juridictionnel de la régularité qui vise le respect des règles et dans lequel le juge financier peut prononcer des sanctions. La certification par contre « *vise surtout à garantir que les comptes donnent une*

¹ GODIVEAU (G.), « La contribution de la certification des comptes à la bonne gouvernance financière de l'Etat », article précité.

² Cour des Comptes (française), *Rapport sur la certification des comptes de l'Etat, exercice 2009*, la Documentation française, Paris, 2010, p. 5.

³ V. CDC/CSC, *Rapports annuels* 2013, p. 169 et 2014, p. 187.

⁴ KOTT (S.), « La loi de règlement et l'introduction d'un contrôle de délibération sous la restauration », in *Réformes des finances & Modernisation de l'administration. Mélanges en l'honneur de Robert HERTZOG, op.cit.*, pp. 278-292, p. 281.

⁵ BILOUNGA (S.T.), *La réforme du contrôle de la dépense publique au Cameroun, op.cit.*, p. 374. V. également, ALVENTOSA (R.), « La certification des comptes », in *La réforme du cadre juridique pour une meilleure gestion des finances publiques au Cameroun*, Yaoundé, 11-13 juillet 2001, pp. 50-53.

image sincère et fidèle de la réalité financière. C'est avant tout une question de transparence »¹. Bien plus, « *le certificateur ne contraint ni ne sanctionne. Il procède, dans un rapport qui est public, par voie de recommandations et son activité n'est que consultative* »².

En effet, l'opinion de la juridiction des comptes constitue le résultat de la certification³. Cette opinion est étayée par un rapport de certification sur le compte général de l'Etat. À cet effet, la juridiction des comptes dispose de quatre options : la certification sans réserves, la certification avec réserves, l'impossibilité de certifier et le refus de certifier. Il s'agit, en effet, des quatre formes de certification retenues par la Cour des comptes française dans son rapport sur l'exécution des lois de finances pour l'exercice 2003.

Pour ce qui est d'abord de la certification sans réserve, le juge des comptes au regard des éléments probants obtenus conclut que la balance générale des comptes et les états financiers sont réguliers et sincères et donne une image de la situation patrimoniale et financière de l'Etat. Cependant, le juge des comptes peut formuler « *d'observations mettant en lumière un élément affectant les états financiers, sans constituer une réserve* »⁴. Ensuite, le juge peut opérer une certification avec réserves « *si des erreurs, anomalies ou des irrégularités dans l'application des règles et principes comptables ont une incidence significative* »⁵. La certification avec réserves doit être motivée et chiffrée⁶. En outre, le juge peut simplement refuser de certifier si « *les erreurs,*

¹ SÉGUIN (Ph.), « Les juridictions financières dans la modernisation de la gestion publique », *RFDA*, 2007, p. 437.

² GODIVEAU (G.), « La contribution de la certification des comptes à la bonne gouvernance financière de l'Etat », article précité.

³ MUZELLEC (R.), « Vers la certification des comptes de l'Etat en 2007 », *in Constitution et finances publiques, Etudes en l'honneur de Loïc PHILIP, op.cit.*, p. 478.

⁴ DAMAREY (D.), *Exécution et contrôle des finances publiques*, Paris, Gualino, 2007, 492 p, (spéc. p. 431).

⁵ *Ibidem*.

⁶ MUZELLEC (R.), « Vers la certification des comptes de l'Etat en 2007 », *in Constitution et finances publiques, Etudes en l'honneur de Loïc PHILIP, op.cit.*, p. 478.

anomalies ou irrégularités constatées sont suffisamment significatives pour affecter la validité de l'ensemble des comptes »¹. Enfin, le juge des comptes peut constater l'impossibilité de certifier en raison des restrictions à l'étendue de ses travaux d'audit. Dans le Rapport de certification n° 004/2013/CDC/CSC du 18 décembre 2013 du compte général de l'Etat de l'exercice 2012, la Chambre des comptes de la Cour suprême du Cameroun avait conclu que « *le compte général de l'Etat de l'exercice 2012 tel que produit ne se prête pas à la certification* ». Ce qui a fait dire au Professeur Célestin SIETCHOUA DJUITCHOKO qu'il s'agissait de l'hypothèse de l'impossibilité de certifier².

Quoiqu'il en soit, la certification des comptes publics par les juridictions financières vise la transparence financière. Le nouveau référentiel comptable met ainsi l'accent sur le contrôle de la gestion des finances publiques. La certification des comptes constitue alors une méthode de contrôle de la sincérité, de la régularité et de la fidélité des comptes publics. Cependant, un défi important à relever dans la certification des comptes publics est celui de la création des Cours des Comptes. Au stade actuel, de nombreux Etats ne sont pas dotés de véritables Cours des comptes au sens des Directives, mais plutôt des Chambres des comptes. C'est le cas par exemple du Cameroun, du Bénin, du Mali, ou du Tchad.

En fin de compte, le nouveau référentiel comptable public est au cœur de la nouvelle gouvernance financière publique. L'enjeu étant « *une vérité comptable plus affirmée, laquelle passe inévitablement par une prise en considération de la situation patrimoniale* »³ des organismes publics. Si la réforme renforce ainsi la place des règles comptables privées en comptabilité

¹ DAMAREY (S.), *Exécution et contrôle des finances publiques*, op.cit., p. 431.

² SIETCHOUA DJUITCHOKO (C.), *La Chambre des comptes de la Cour suprême du Cameroun. Les principaux arrêts, avis, rapports de certification du compte général de l'Etat et rapports d'observation à fin de contrôle commentés*, Yaoundé, Les Editions Le Kilimandjaro, 1^{ère} éd., 2016, 476 p, (spéc. p. 115).

³ ORSONI (G.), « Les finances publiques sont-elles encore les finances de l'Etat ? », in *Mélanges Paul AMSELEK*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 632-650, (spéc. pp. 646-647).

publique, force est de constater que si l'esprit de la réforme est de changer en mieux à travers l'importation des référentiels comptables du secteur privé, l'application de ces règles dans le secteur public reste entravée par la persistance de certaines contraintes traditionnelles du droit public financier.

II. La persistance des contraintes traditionnelles de droit public financier dans le nouveau droit de la comptabilité publique

Les raisons avancées pour la réforme de la comptabilité publique étaient entre autre d'aligner les comptes publics aux standards internationaux, d'éclairer le vote du Budget en fournissant au Parlement des éléments sur l'enrichissement ou l'appauvrissement des collectivités publiques ainsi que leurs charges futures, et de décrire le patrimoine pour se préoccuper de leur gestion¹. En effet, si le modèle comptable actuel fait référence au modèle de gestion et de gouvernement des entreprises « *posé comme universel* »², il n'en demeure pas moins que ce mimétisme laisse le chercheur perplexe : les collectivités publiques sont-elles des entreprises pour que les règles comptables applicables à celles-ci soient transposées à celles-là ? La réponse à cette question serait négative. Les collectivités publiques sont des organisations qui ont leurs spécificités qui diffèrent de celles des entreprises privées. C'est dire que les règles comptables importées du secteur privé ne peuvent s'appliquer aux collectivités publiques comme elles le seraient dans les entreprises.

A l'analyse donc, le nouveau référentiel comptable regorge de nombreuses limites dans sa mise en œuvre. Celles-ci tiennent au caractère spécial de la comptabilité publique **(A)** et des lenteurs dans l'édiction des textes d'application de celles-ci **(B)**.

¹ V. à titre comparatif, LAMBERT (A.), « Doter la France de sa nouvelle constitution financière; un préalable à la réforme de l'Etat », *Les rapports du Sénat*, 2000-2001, n° 37.

² BOUVIER (M.), « Nouvelle gouvernance et philosophie de la loi organique du 1^{er} août 2001 : aux frontières du réel et de l'utopie », *RFFP*, n° 86 – Avril 2004, pp. 193-212, (spéc. p. 193).

A. Les contraintes tenant aux spécificités de la comptabilité publique

En consacrant la comptabilité générale fondée sur le principe de la constatation des droits et obligations, les textes précisent que les normes de cette forme de comptabilité ne se distinguent de celle des entreprises privées qu'en raison des spécificités des collectivités publiques. Dès lors, l'on comprend que le rapprochement entre la comptabilité publique et la comptabilité privée demeure relatif¹. Au prix d'une simplification, l'on voudrait le démontrer à travers d'abord, la convergence relative entre comptabilité publique et comptabilité privée (1) ensuite, la complexité des organisations publiques (2) et, enfin, la survivance des règles rigides de la comptabilité publique classique (3).

1. Les spécificités des comptes publics²

En dépit de l'importation des normes comptables privées, la comptabilité publique ne saurait se confondre à la comptabilité commerciale. Si l'on concède que la logique de performance née avec la réforme des finances publiques transforme le système comptable des Etats membres de la CEMAC et de l'UEMOA, force est de constater que les objectifs restent différents. En réalité, les normes comptables sont destinées au contrôle de la gestion des finances publiques. En comptabilité publique, il s'agit de suivre la réalisation des budgets publics votés par le Parlement ou l'organe délibérant des Collectivités territoriales. C'est la logique de la comptabilité publique budgétaire. En effet, « *la comptabilité budgétaire est la base de la culture financière de l'État, car elle est le support de l'autorisation parlementaire et du suivi de son exécution* »³. L'on

¹ ADANS (B.), « La comptabilité d'entreprise aura-t-elle raison de la comptabilité publique ? », *Gestion et Finances publiques*, n° 1, janvier-février 2018, pp. 76-83.

² Sur la question, v. à titre de droit comparé : S. KOTT (dir.), *Droit et comptabilité : les spécificités des comptes publics*, Paris, Economica, 2017, 507 p ; KOTT (S.) et MILOT (J.-P.), *Les comptes publics : objets et limites*, Paris, LGDJ, Lextenso, 2019, 214 p.

³ MAZAURIC (V.), « Une comptabilité générale rénovée encore peu utilisée », *RFFP*, n° 136, 2016, p. 25.

comprend dès lors que les nouvelles formes de comptabilité publique ne peuvent s'appliquer effectivement en univers financier public parce qu'elles ne constituent pas l'unique référentiel comptable. C'est qui n'est pas le cas dans les entreprises qui tiennent seulement une comptabilité financière dite générale et analytique, laquelle permet « *aux actionnaires de s'assurer de la profitabilité de l'entreprise et de la rentabilité des capitaux qui lui sont confiés* »¹.

Bien plus, si les comptes publics se rapprochent des comptes du secteur industriel et commercial, il n'en demeure pas moins que les comptes publics constituent une catégorie de *res communis*, c'est-à-dire des biens communs. Ainsi donc, l'objet de la comptabilité publique serait de vérifier si les biens publics sont utilisés dans l'intérêt général. C'est l'utilité publique de la dépense, laquelle présente selon Gaston JEZE trois éléments essentiels qui correspondent « *à l'emploi d'une somme d'argent, pour le compte d'un patrimoine administratif, afin de satisfaire un besoin public* »². La satisfaction d'un besoin public demeure essentiel, et JEZE n'a pas manqué de souligner que « *[l]a dépense publique ne peut avoir pour objet que l'utilité publique* »³. Suivant cette logique, les dépenses publiques seraient donc la finalité première des finances publiques⁴ : utiliser les ressources pour accomplir les missions d'intérêt général.

Une autre partie de la doctrine met l'accent sur la détention des deniers publics par les organismes sans distinction. C'est le cas par exemple du Professeur Paul-Marie GAUDEMET qui définit les dépenses publiques comme « *les dépenses effectuées au moyen de deniers publics. Elles ne se limitent pas*

¹ DEMEESTERE (R.), « L'analyse des coûts : public et privé », *Revue Politiques et management public*, vol. 25, n° 3, 2007, pp. 101-114, (spéc. p. 102).

² CONAN (M.), « Gaston Jèze et l'utilité de la dépense publique. L'élaboration d'une théorie générale des dépenses publiques », *La Revue du Trésor*, n° 2, Février 2008, pp. 159-165, (spéc. p. 161).

³ JEZE (G.), *Cours de finances publiques 1929-1930*, p. 49, cité par M. CONAN, « Gaston Jèze et l'utilité de la dépense publique. L'élaboration d'une théorie générale des dépenses publiques », *op.cit.*, p. 161.

⁴ CHEVAUCHEZ (B.), « La dépense publique, au cœur de nos systèmes de finances publiques », *RFFP*, n° 77, 2002, pp. 27-46.

aux dépenses de l'Etat mais englobent également celles des collectivités territoriales décentralisées, des établissements publics administratifs et, plus généralement, de tous les organismes détenteurs de deniers publics »¹.

Reposant sous cet angle sur la notion de deniers publics², c'est-à-dire des fonds et valeurs dont le comptable public est chargé du recouvrement, du maniement et de la garde³, le droit de la comptabilité publique devient un droit spécial. En effet, les deniers publics bénéficient d'une protection spéciale et sévère contrairement aux deniers privés⁴. C'est le cas par exemple de la prescription quadriennale qui est une prescription générale dont bénéficient les dettes publiques⁵. Il s'agit d'une règle d'ordre public⁶ en vertu de laquelle, toutes les créances acquises à l'encontre des personnes publiques et non payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis sont prescrites⁷. Cette règle de la comptabilité publique s'oppose à la prescription civiliste qui est de trente (30)

¹ GAUDEMET (P.-M.), « Dépenses publiques (notions générales et classifications) », in PHILIP (L.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, op.cit., p. 596.

² FONTAINE (G.), *Principes de législation financière – La comptabilité de l'Etat*, Paris, Librairie Polytechnique Ch. Béranger, 1905, 286 p, (spéc. p. 1) : « [l]a Comptabilité publique est l'ensemble des règles qui président à la gestion des deniers publics, c'est-à-dire de ceux de l'Etat, des départements, communes et établissements publics ou de bienfaisance ».

³ MAGNET (J.), « La notion de deniers publics en droit financier français », *Revue des Sciences Financières (RSF)*, 1974, pp. 129-146. Du même auteur, *Eléments de comptabilité publique*, op.cit., pp. 14 et s.

⁴ GLIMET (E.), « La comptabilité patrimoniale de l'Etat : une image fidèle ? », op.cit., p. 55.

⁵ PICARD (E.), « Prescription (des dettes publiques), in PHILIP (L.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, op.cit., pp. 1205-1209.

⁶ AMSELEK (P.), « La nature de la déchéance quadriennale depuis la loi du 31 décembre 1968 », in *Etudes de droit public*, Paris, LGDJ, 2009, pp. 439-482, (spéc. p. 465). Le Professeur LEKENE DONFACK explique la déchéance quadriennale étant d'ordre public « peut être invoquée à tout moment tant que la dette n'a pas été payée. Normalement, passé ce délai, même au cas où l'ordonnateur aurait oublié de l'invoquer, le comptable devrait refuser de payer. Cet acte de vigilance du comptable ne saurait, en aucun cas, être considéré comme un contrôle d'opportunité ; il s'agit d'une simple mesure de régularité ». LEKENE DONFACK, *Finances publiques camerounaises*, Paris, Berger-Levrault, 1987, 490 p, (spéc. p. 272).

⁷ LEKENE DONFACK, *Finances publiques camerounaises*, op.cit., p. 272 ; JACKSON (B.), « La prescription quadriennale des créances détenues sur l'administration », *Revue de droit public en France et à l'étranger (RDP)*, n° 3, 2001, pp. 865-895, (spéc. p. 865).

ans¹. Comme l'explique fort bien le Professeur Etienne Charles LEKENE DONFACK, la prescription quadriennale « a pour but d'imposer un délai plus rapide d'apurement complet des comptes publics. Elle renforce [...] la loi de règlement et, par conséquent, ouvre une autre possibilité de contrôle de la bonne exécution du budget à la diligence des députés. [...] La déchéance quadriennale est là pour [rappeler au créancier de l'Etat] qu'une créance sur l'Etat n'est pas un dépôt à la Caisse d'épargne »². En effet, les deniers publics bénéficient de cette protection spéciale parce qu'ils sont pour l'essentiel d'origine fiscale³.

En dernière analyse, le contrôle de l'efficacité de la dépense publique porterait sur le degré d'atteinte des objectifs assignés aux fonds publics dans l'intérêt général. Cependant, ce contrôle n'est pas seulement un contrôle de l'efficacité. La comptabilité publique actuelle pâtit régularité et efficacité. Et c'est ce qui distingue la comptabilité publique de la comptabilité privée. La première se caractérise par une multitude de contrôle tandis que dans la seconde, le contrôle est souple. Quoi qu'il en soit, c'est la complexité des organisations publiques qui limite la convergence totale de deux systèmes comptables.

2. La complexité des organisations publiques

La mise en œuvre des règles de la comptabilité générale est effective dans les entreprises privées et permet de fournir des informations fiables sur l'évolution de leur situation financière et patrimoniale. L'on peut justifier cette

¹ Selon l'article 2262 du Code civil camerounais, « [t]outes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ».

² LEKENE DONFACK, *Finances publiques camerounaises*, op.cit., p. 473.

³ Or, selon Victor MARCÉ, « [q]uand il s'agit de deniers publics, de deniers dont l'origine est le plus souvent l'impôt, dont la perception est forcée et non plus volontaire [...], la comptabilité prend une importance toute particulière, les principes qu'elle pose ou dont elle détermine l'application deviennent au premier chef une science, souvent compliquée, et une partie, et non moins importante, du droit public », MARCÉ (V.), *Traité de la comptabilité publique*, op.cit., p. 26 § 6.

réussite par le fait que les entreprises privées sont des structures simples et homogènes¹ et dotées de ce fait d'un jeu complet de comptes ou d'états financiers. Aux termes de l'article 8 de l'Acte uniforme OHADA relatif au droit comptable et à l'information financière,

« [u]n jeu complet d'états financiers annuels comprennent le bilan, le compte de résultat, le tableau financier des ressources et des emplois, ainsi que les notes annexes. Les états financiers forment un tout indissociable et décrivent de façon régulière et sincère les événements, opérations et situations de l'exercice pour donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entité ».

L'entreprise étant une structure connue, il est tout à fait normal que le jeu d'états financiers soit retracé sans aucune difficulté. C'est sans doute pourquoi M. André CAM concède que *« le modèle comptable, au niveau de l'entreprise, est créé en fonction d'une analyse préalable aussi poussée que possible de l'organisation et du fonctionnement de l'entreprise privée; la comptabilité privée s'établit sur des structures connues d'une manière quasi parfaite »*².

Par contre, la comptabilité générale ne pourrait être effective dans les collectivités publiques comme dans les entreprises privées. En effet, les collectivités publiques apparaissent comme des structures complexes au regard de leur vastitude. Toutefois, le degré d'applicabilité dépendrait aussi de la collectivité publique en cause.

S'agissant de l'Etat, la comptabilité générale est confrontée aux spécificités de celui-ci³. Comme le souligne avec pertinence le Professeur Philippe SAUNIER, *« [u]n Etat n'est ni une banque, ni un commerce »*⁴. L'on

¹ CAMP (A.), « Comptabilité nationale et comptabilité privée », *Revue économique*, vol., 15, n° 3, 1964. pp. 378-393, (spéc. p. 379).

² *Ibidem*.

³ BRUNET (P.), « La spécificité de l'Etat », in KOTT (S.) (dir.), *Droit et comptabilité : les spécificités des comptes publics*, Paris, Economica, 2016, pp. 296-304.

⁴ SAUNIER (Ph.), *Politique de la comptabilité publique*, Paris, L'Harmattan, 2013, 237 p, (spéc. p. 44).

comprend dès lors que la transposition des normes comptables des entreprises à l'Etat ne pourrait que rencontrer des difficultés, car l'Etat est loin d'être une entreprise privée. Les spécificités de l'Etat seraient entre autre : une culture administrative en matière comptable marquée par la multiplicité de contrôle, le financement des activités publiques par des ressources fiscales, etc. De ce fait, « *[e]n raison de la spécificité des missions de l'État, les critères d'évaluation de bonne gestion des finances publiques sont donc nécessairement plus complexes que pour une entreprise privée* »¹. C'est fort des spécificités de l'Etat que M. André BARILARI a pu écrire que :

*« [p]our un particulier ou une entreprise, les critères de bonne gestion financière sont simples, il s'agit de maximiser le profit qui revient à l'investisseur en développant les recettes et en minimisant les coûts. Le marché se charge d'arbitrer les bonnes et les mauvaises stratégies [...]. Dans le domaine des finances publiques, on peut certes stigmatiser certains gaspillages, comparer la productivité et l'efficacité de certains services avec des références dans le secteur privé, mais pour véritablement apprécier l'efficacité de la dépense, il faut formuler de manière précise les objectifs des politiques publiques, les quantifier, évaluer les moyens nécessaires pour les atteindre et mesurer les résultats »*².

Pour ce qui est des collectivités territoriales décentralisées et des établissements publics, il importe de noter que les nouvelles normes comptables pourraient s'appliquer approximativement comme dans les entreprises privées pour la simple raison que ces structures sont moins vastes. Aussi, dans l'optique de la recherche de l'efficacité des organisations publiques, ces dernières devraient être gérées comme des entreprises. Cependant, étant donné que la

¹ CALMETTE (J.-F.), « La loi organique relative aux lois de finances (LOLF) : un texte, un esprit, une pratique », *RFAP*, 2006, vol. 1, n° 117, pp. 43-55, (spéc. p. 52).

² BARILARI (A.), « Quelques réflexions sur le contrôle des fonds publics », *La Revue du Trésor*, n° 2, février 2003, p. 84.

comptabilité générale n'est pas l'unique forme de comptabilité desdites structures, il serait admis qu'elles ne pourraient être gérées comme des entreprises d'autant que leurs finalités diffèrent les unes des autres¹. Il demeure certes un particularisme de la comptabilité financière publique notamment sa dimension budgétaire qui est propre aux finances publiques et qui n'a pas d'équivalent dans les finances privées.

Au demeurant, les nouvelles normes comptables transposées aux collectivités publiques sont nimbées d'un souci de communication financière fiable et par conséquent, de rationalisation des finances publiques. Si elles contribuent sans doute à la modernisation de la gestion publique, force est de constater que leur mise en œuvre effective demeure problématique. En effet, la comptabilité générale et la comptabilité analytique ne seraient que des formes secondaires de la comptabilité publique. La forme principale étant la comptabilité budgétaire, laquelle regorge des principes qui n'ont pas de valeur égale en comptabilité privée.

3. La survivance des règles classiques de la comptabilité publique

Comme on l'a souligné avec pertinence, « *la comptabilité publique dispose bel et bien de référentiels qui lui sont propres* »². En réalité, le caractère public de la comptabilité des organisations publiques est perceptible³ et limiterait la mise en œuvre effective des nouvelles normes comptables. Dans le secteur

¹ LAVIGNE (P.), « Une commune ne peut être gérée comme une entreprise », *RFFP*, n° 13, 1986, p. 209.

² GODIVEAU (G.), « La contribution de la certification des comptes de l'Etat à la bonne gouvernance financière de l'Etat », article précité. Il existerait toujours une comptabilité publique différente de la comptabilité privée au contraire de ce que pense Gabriel MONTAGNIER pour qui, « *On peut avancer qu'il n'existe plus, véritablement, une comptabilité privée et une comptabilité publique mais une comptabilité unifiée selon les principes du plan comptable général et dont la mise en œuvre est seulement adaptée aux contraintes et au caractère différents des personnes publiques et des personnes privées* ». MONTAGNIER (G.), *Principes de comptabilité publique*, Précis Dalloz, 1975, p. 6.

³ LEFEBVRE (P.), « Plaidoyer pour les règles de la comptabilité publique », *La Revue du Trésor*, Mai 1989, pp. 241-246.

public règne une culture de la comptabilité différente de celle du secteur privé. Comme on sait, la comptabilité publique repose avant tout sur une logique de contrôle. De la sorte,

« [d]ans la sphère publique, le sens du mot « comptabilité » correspond rarement à celui que lui donne l'entreprise. L'organisation du système d'information financière public s'est, en effet, construite historiquement autour d'une logique de contrôle : contrôle du budget, contrôle des fonds déposés au Trésor public, contrôle du bon usage fait des impôts, contrôle du respect de la réglementation, etc. ; l'information et la communication financière, dans ce contexte, apparaissent secondaires »¹.

Ce cantonnement de la comptabilité publique sur le contrôle, notamment de la régularité est loin d'être un mythe. Cela est perceptible à travers, d'une part, le principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables et, d'autre part, le régime de leur responsabilité.

S'agissant du principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables, il faut souligner qu'il constitue la marque de la spécificité de la comptabilité financière publique². Il s'agit d'un principe qui a une assise juridique incontestable dans les Etats de la CEMAC et de l'UEMOA. En effet, les fonctions d'ordonnateur et de comptable public sont et demeurent séparées et incompatibles tant pour ce qui concerne l'exécution des recettes que l'exécution des dépenses³. Ce principe de la séparation concerne l'incompatibilité des

¹ Cahier de l'académie des sciences des techniques comptables et financières, *Quel avenir pour le comptable public ? Propositions pour une réécriture des règles de la comptabilité publique*, n° 32, novembre 2016, p. 30.

² MM. François ADAM, Olivier FERRAND (O.) et Rémy RIOUX soulignent à cet effet que : « [l]a spécificité de la comptabilité publique n'est pas véritablement dans le nombre des étapes de la procédure de dépense : toute grande organisation impose une séparation des tâches et des responsabilités. La spécificité publique réside, depuis plus de deux siècles, dans la séparation très forte qui existe entre les ordonnateurs et les comptables pour garantir la régularité des opérations financières de l'Etat ». ADAM (F.), FERRAND (O.), RIOUX (R.), *Finances publiques*, Paris, Presses de sciences PO et Dalloz, 2003, 494 p, (spéc. p. 75).

³ Cameroun : art. 7 du Décret n°2020/375 du 07 juillet 2020 portant RGCP ; Congo : art. 4 du Décret n° 2018-67 du 1^{er} mars 2018 portant RGCP ; Gabon : art. 9 du Décret n°0094/PR/MBCP

fonctions d'ordonnateur et de comptable. Ce qui signifie que l'ordonnateur ne doit pas exercer la fonction de comptable. Cette séparation de fonctions permet une bonne gestion des fonds publics étant donné que le paiement n'est opéré qu'après un contrôle minutieux de la part du comptable sur les actes de l'ordonnateur¹. Ainsi, pour éviter les cas de fraude sur les deniers publics², les textes vont plus loin en énonçant que *les conjoints, ascendants et descendants des ordonnateurs ne peuvent exercer comme comptables publics des services de l'Etat ou des organismes publics auprès desquels ces ordonnateurs sont affectés ou élus*. De plus, il n'existe pas de lien hiérarchique entre l'ordonnateur et le comptable public. Le comptable n'est pas soumis à l'autorité de l'ordonnateur. Les comptables sont ainsi indépendants des ordonnateurs³.

Toutefois, ce principe fait subsister deux formes de comptabilité : une comptabilité budgétaire et une comptabilité générale. En rappel, la comptabilité budgétaire est tenue par les ordonnateurs et les comptables publics afin d'assurer le suivi de l'exécution du budget. Il va de soi que cette collaboration en matière de la tenue de la comptabilité budgétaire constitue le gage d'une certaine cohérence dans l'enregistrement, le suivi et la restitution des informations financières. Cependant, compte tenu du fait que les règles de présentation sont différentes, les informations seraient sans nul doute incohérentes. Aussi, l'avènement de la comptabilité générale tenue par les comptables publics va

du 8 février 2016 portant RGCP ; RCA : art. 8 du Décret n°19.091 du 27 mars 2019 portant RGCP en République Centrafricaine.

Bénin : art. 6 du Décret n° 2014-571 du 07 octobre 2014 portant RGCP ; Côte d'Ivoire : art. 6 du Décret n° 2014-416 du 09 juillet 2014 portant RGCP ; Sénégal : art. 14 du Décret n°2020-978 du 23 avril 2020 portant RGCP ; Togo : art. 5 du Décret n° 2015-054/PR du 27 août 2015 portant RGCP.

¹ SAÏDJ (L.), « La séparation des ordonnateurs et des comptables : une garantie de la bonne utilisation des deniers publics ? », in GUILLEMET (N.) (dir.), *Les transformations de l'administration fiscale*, Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 41-53.

² SAÏDJ (L.), « Séparation des ordonnateurs et des comptables », in PHILIP (L.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques, op.cit.*, p. 1419 ; BIDIAS (B.), *Les finances publiques du Cameroun, op.cit.*, p. 316.

³ MONTAGNIER (G.), « Comptabilité publique (notions générales) », in PHILIP (L.) (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques, op.cit.*, p. 361.

rendre la synthèse des informations pratiquement impossible. Une collaboration est donc nécessaire entre comptable et l'ordonnateur car c'est ce dernier qui devrait générer les dettes et les créances retracées dans la comptabilité générale¹.

Pour ce qui est de la responsabilité des acteurs publics, l'on constate que celle-ci continue d'être fondée sur la violation des règles établies. L'ordonnateur est responsable au plan civil, pénal et disciplinaire. Pour les comptables publics, c'est toujours le vieux principe de la responsabilité personnelle et pécuniaire qui subsiste. Ce régime de responsabilité n'est plus adapté au système actuel de la comptabilité publique qui est conçue pour faire connaître le résultat de la gestion. D'autant que les missions des comptables publics ont certainement évolué avec les réformes actuelles pour tenir compte de cette logique de résultat². Etant une comptabilité patrimoniale, la comptabilité publique actuelle dans sa nomenclature, doit retracer les comptes patrimoniaux et les comptes de résultat afin de faire ressortir le coût et le rendement des services publics. Par conséquent, le régime de responsabilité devrait être rénové pour tenir compte de la nomenclature actuelle.

Tant les ordonnateurs que les comptables publics devraient être sanctionnés par rapport aux résultats atteints dans la gestion des fonds publics. C'est ce que la doctrine a qualifié de responsabilité managériale³. Elle permet d'engager la responsabilité des acteurs de l'exécution budgétaire au titre des

¹ Pour plus d'éclairages, lire ABONO (A.), *Le principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables à l'épreuve de la performance au Cameroun*, Thèse de Doctorat/Ph.D en Droit public, Université de Yaoundé II, année académique 2019-2020, 420 p ; En droit comparé, LASCORBE (M.) et VANDENDRIESSCHE (X.), « Les rapports « droit-gestion » à travers la responsabilité des acteurs de l'exécution budgétaire », in BOUVIER (M.) (dir.), *Innovations, créations et transformations en finances publiques*, Paris, LGDJ, 2006, pp. 169-192, (spéc. p. 173-174).

² GOUDEM LAMENE (B.), « Les comptables publics dans le nouveau régime financier de l'Etat au Cameroun », in ONDOA (M.) (dir.), *L'administration publique camerounaise à l'heure des réformes*, Paris, L'Harmattan, 2010, pp. 275-309.

³ BARILARI (A.), « La réforme de la gestion publique, quel impact sur la responsabilité des acteurs ? », *RFFP*, n° 92, 2005, pp. 25-38, (spéc. p. 26).

résultats. La conséquence ici devrait être positive ou négative. Dans le premier cas, la responsabilité managériale consiste à récompenser les acteurs en termes de carrière et de promotion. Dans le second cas, la responsabilité managériale consiste à sanctionner les fautes de gestion commises par les acteurs à travers le retrait de poste et les sanctions financières¹.

Au plan actuel, la responsabilité des acteurs, fondée essentiellement sur la conformité de la gestion aux règles établies heurte la logique de la gestion axée sur les résultats. Toute chose qui atteste que la réforme reste encore inachevée. Cela est d'autant vrai que certains textes qui devraient faciliter la mise en œuvre effective des nouvelles normes comptables n'ont pas encore vu le jour.

B. Les contraintes liées aux lenteurs dans la mise en application des nouvelles normes comptables publiques

Les nouvelles normes comptables ne constituent-elles pas des normes casse-tête pour les pouvoirs publics dans les espaces CEMAC et UEMOA ? Assurément oui ! Les difficultés sont d'une double nature : d'une part, l'application des nouvelles normes comptables est différée dans le temps **(1)** et, d'autre part, les lenteurs dans l'édiction des textes d'application **(2)**. Ces difficultés ont pour conséquence la persistance des vieilles pratiques issues de la budgétisation classique **(3)**.

1. L'application différée des nouvelles normes comptables

Elle constituerait à notre avis la preuve de la difficulté de l'alignement des règles comptables publiques sur celles privées. A ce sujet, certaines dispositions des Directives CEMAC et UEMOA ne sont pas d'application immédiate.

Pour ce qui est de l'espace UEMOA, la Directive portant RGCP avait été adoptée en 2009 et devrait être applicable à compter du 1^{er} janvier 2012

¹ MORDACQ (F.), « Nouveaux acteurs de la gestion publique et responsabilité », *RFFP*, n° 92, 2005, pp. 71-75.

exception faite des dispositions et procédures découlant du principe de la constatation des droits et obligations régissant la comptabilité générale. L'application intégrale de cette disposition était différée jusqu'au 1^{er} janvier 2017¹. A l'observation, rendu en 2021, les Etats trainent encore le pas dans l'application des nouveaux dispositifs comptables. La Cour des comptes qui devrait être créée dans les Etats pour certifier les comptes publics est encore à l'état des textes. Les Chambres des comptes qui font office de juridiction des comptes ne sont pas outillées pour mettre en œuvre la réforme.

Pour ce qui est de l'espace CEMAC, la Directive portant RGCP accordait un délai de deux ans aux Etats membres pour transposer celle-ci dans le droit national. A l'issue de ce délai, les prescriptions de la Directive devraient être effectivement appliquées à l'exception des dispositions notamment sur la comptabilité générale, la comptabilité d'analyse des coûts, le rapport de la Cour des comptes sur la certification des états financiers dont l'application est différée jusqu'au terme de 8 années². Au stade actuel de l'évolution, certains Etats à l'instar du Tchad, n'ont pas encore adopté des textes particuliers sur la Comptabilité publique. Le texte en vigueur dans ce pays reste la loi organique n° 004/PR/2014 relative aux lois de finances du 18 Février 2014. En vertu de l'article 93 de ladite loi, s'agissant des dispositions relatives à la comptabilité générale, le délai d'application effective est porté à dix (10) ans, c'est-à-dire que c'est à partir de 2024 que ces dispositions seront applicables. Ce qui serait impossible au regard de l'absence des textes qui précisent les modalités de mise en œuvre de la comptabilité générale.

S'agissant du Cameroun, le régime financier de l'Etat adopté le 26 décembre 2007 était d'application progressive. Certaines dispositions étaient appelées à entrer en vigueur à partir de la date de la promulgation de la loi³ tandis

¹ Art. 99 de la Directive UEMOA portant RGCP.

² Art. 111 de la Directive CEMAC portant RGCP.

³ Loi n° 2007/006 du 26 décembre 2007 portant régime financier de l'Etat, art. 77.

que d'autres devraient être applicables à partir de l'exercice 2012¹ à l'instar des dispositions de l'article 63 sur la comptabilité générale. De ce fait, la mise en application de la comptabilité patrimoniale devrait déjà être effective à cette date. Ce qui n'a pas été le cas puisque le RGCP adopté en 2013 avait, à son tour, assorti la mise en œuvre effective de la comptabilité patrimoniale d'un délai supplémentaire de six (6) ans. Toute chose qui atteste que ce décret était pris en violation de la loi de 2007. Il ressort en effet de l'article 128 du RGCP de 2013 que les dispositions du présent décret sont d'application immédiate, exception faite des dispositions suivantes dont l'application progressive sera différée jusqu'au terme d'un délai de six (6) ans à savoir : *l'application intégrale des règles et procédures découlant du principe de la constatation des droits et obligations, ainsi que la comptabilité patrimoniale régissant la comptabilité générale ; la mise en œuvre de la comptabilité analytique ; le rapport de la juridiction des comptes sur la certification des comptes.*

Cette disposition est la preuve de la difficulté de migration de la comptabilité publique vers la comptabilité générale. Cependant, la Chambre des comptes ne s'était pas alignée sur cette disposition qui consacre le délai supplémentaire de six (6) ans. En 2013, date d'entrée en vigueur de la loi de 2007, la juridiction financière avait produit son premier rapport de certification du compte général de l'Etat² en faisant observer que « *le compte général de l'Etat de l'exercice 2012 tel que produit ne se prête pas à la certification* ».

Alors que la loi de 2007 n'avait pas fait l'objet d'une application intégrale, la loi n°2018/012 du 11 juillet 2018 portant régime financier de l'Etat et des autres entités publiques assortit la mise en œuvre de la comptabilité d'analyse des coûts et de la comptabilité patrimoniale d'autres délais. Selon l'article 92 (2) de ladite loi, les thématiques concernant ces formes de comptabilité sont rendues

¹ *Ibid.*, art. 78. Il faut préciser qu'aux termes de l'article 79, la loi de 2007 devrait entrer en vigueur dans son intégralité le 1^{er} janvier 2013.

² CDC/CS, Rapport de certification n° 004/2013/CDC/CSC du 18 décembre 2013 du compte général de l'Etat de l'exercice 2012.

obligatoires à compter du 1^{er} janvier 2022. C'est à la suite de quoi l'alinéa 3 de l'article 92 énonce que pendant les délais fixés, les règles en vigueur continuent de s'appliquer aux questions relatives à la comptabilité générale et d'analyse des coûts. A notre avis, il va être difficile de mettre en application ces dispositions dans ces délais étant donné que les textes d'applications tardent à voir le jour.

2. Les lenteurs dans l'édiction des textes d'application

Depuis la consécration par les législateurs communautaires CEMAC et UEMOA de nouveaux référentiels comptables publics, les textes d'application sont encore attendus. L'on comprend dès lors que les Directives portant RGCP ne sont pas de textes complets en ce qui concerne notamment la comptabilité des matières et la comptabilité analytique des coûts. Les Directives portant RGCP posent à cet effet que l'organisation et le système comptable applicables à la comptabilité des matières et à la comptabilité analytique des coûts sont définis par les réglementations nationales¹.

Au plan national, les décrets portant RGCP qui transposent ces Directives disposent que les modalités de mise en œuvre de la comptabilité des matières et de la comptabilité analytique des coûts sont définies par voie réglementaire².

Pour ce qui est de la comptabilité des matières, les deux espaces ont adopté des Directives en ce sens pour faciliter la tâche aux Etats. Au sein de l'UEMOA, la Directive n° 03/2012/CM/UEMOA portant comptabilité des matières a été adoptée le 29 juin 2012 et dont les dispositions sont transposées par les Etats membres dans leurs législations nationales au plus tard le 31 décembre

¹ Cf. art. 83 et 84 de la Directive UEMOA portant RGCP et art. 81 de la Directive CEMAC portant RGCP.

² Cameroun : art. 111 (3) et art. 112 (4) du Décret portant RGCP ; Bénin : art. 84 du Décret portant RGCP ; Côte d'Ivoire, art. 84 et art. 85 du Décret portant RGCP ; Gabon, art. 142 et 144 du Décret portant RGCP ; RCA, art. 149 du Décret portant RGCP ; Togo, art. 83 et 84 du Décret portant RGCP, etc.

2013¹. Le Benin qui se présente comme l'un des Etats sérieux dans l'espace UEMOA ne l'a transposé qu'en 2017 à la faveur du Décret n° 2017-118 du 27 février 2017 et le Togo en 2018. D'autres Etats ne l'ont pas encore transposée². Au sein de la CEMAC, la Directive sur la comptabilité des matières est encore récente. Adoptée le 08 septembre 2020, la Directive n° 01/20-UEAC-CM-35 devra être transposée dans les législations nationales des Etats de la CEMAC au plus tard le 1^{er} janvier 2024 en vertu de l'article 69. A ce jour, aucun Etat n'a déjà procédé à la transposition. Ce délai qui ne lie pas les Etats dans la pratique freinera sans doute l'implémentation des dispositifs sur la comptabilité générale.

S'agissant de la comptabilité analytique, l'on note une quasi absence des textes régissant cette forme de comptabilité tant au niveau communautaire qu'au niveau des Etats. Au niveau communautaire, les Directives la consacrent et laissent le soin aux Etats de fixer les modalités de sa mise en œuvre. Cette forme de comptabilité serait-elle plus simple que celle des matières au point où le législateur communautaire laisse la fixation des modalités d'exercice aux Etats ? Nous ne le pensons pas à notre humble avis, d'autant que les Etats n'ont pas encore pris des textes réglementaires l'organisant. Peut-être faudrait-il que le législateur communautaire puisse également adopter des Directives en ce sens.

Néanmoins, il faut souligner que les lenteurs dans l'édiction de ces textes d'application pourraient avoir de justifications. La plus fondamentale demeurerait indéniablement dans les spécificités des collectivités publiques. En d'autres

¹ Article 68 de la Directive. L'article 69 du même texte consacre l'application différée de la comptabilité des matières au sein des Etats de l'UEMOA : « *Les dispositions de la présente Directive sont applicables à compter du 1er janvier 2014.*

Toutefois, les Etats membres ont jusqu'au 1er janvier 2017 pour procéder à l'application intégrale des dispositions de la présente Directive ».

² Il convient de mentionner ici le cas du Sénégal qui a adopté une nouvelle LOLF le 03 février 2020 dont on s'interroge s'il transpose la Directive LOLF de 2009 ou bien s'il adopterait de nouveaux principes de gestion financière qui ne sont pas consacrés par la Directive puisqu'aucune mention n'y est faite de celle-ci. Sur l'interrogation, lire : ISSOUFOU (A.), « Fallait-il une nouvelle loi organique relative aux lois de finances au Sénégal ? », publié sur le site du Centre de Recherche sur les Institutions constitutionnelles, les Administrations publiques et la Logistique en Afrique (CERACLE), <https://ceracle.com>, pp. 1-12, consulté le 18 octobre 2021.

termes, et comme il a déjà été dit, les collectivités publiques ne sont pas des entreprises. Mais, cela ne revient pas à dire que ces référentiels comptables devraient être simplement écartés. Ce n'est pas de ça qu'il est question. Comme on sait, ces nouveaux référentiels sont au cœur de la modernisation de la gestion publique. Au-delà, les lenteurs dans leur mise en œuvre justifieraient la persistance de l'opacité dans la gestion des finances publiques.

3. La persistance de l'opacité dans la gestion financière publique

Les Etats persistent et signent l'application de la comptabilité budgétaire comme forme de comptabilité publique. Toute chose qui atteste que le budget de moyens, malgré la réforme demeure la modalité budgétaire par excellence. Il n'est pas inutile de rappeler que la comptabilité budgétaire à elle seule ne peut pas fournir des informations exhaustives sur la situation financière et patrimoniale des personnes publiques. Elle ne se limite qu'aux encaissements et aux décaissements. Par conséquent, le patrimoine des personnes publiques reste inconnu.

Il apparaît donc que les nouvelles règles comptables ne produisent pas encore d'effets sur la gestion publique. La comptabilité publique continue d'être un outil de contrôle de la régularité de la gestion publique. Il se limite au contrôle de la conformité des opérations budgétaires et financières aux lois et règlements en vigueur. Or, avec les récentes réformes, le contrôle de régularité vise aussi le contrôle de conformité des gestions des patrimoines publics aux lois et règlements en vigueur. Ce second pan du contrôle de régularité ne peut être effectif que dans la mesure où la comptabilité générale et surtout la comptabilité des matières sont mises en œuvre. Pour le moment, certains Etats ont commencé l'implémentation de la réforme par la transposition des directives sans une mise en application réelle. Au Burkina Faso cependant, après la transposition de la Directive relative à la comptabilité des matières, l'implémentation s'est poursuivie

par la nomination des ordonnateurs et comptables matières dans les ministères et institutions¹.

Bien plus, la comptabilité publique n'est plus seulement un outil de contrôle, mais aussi et surtout un outil d'information permettant aux acteurs de rendre compte de leur gestion². Comme le souligne Frank MORDACQ, « *seuls les comptes permettent d'apprécier la réalité de la situation financière d'une institution. A la différence du budget, acte de prévision, la sincérité des comptes est objective au regard de standards reconnus* »³. Avec les nouvelles réformes, le compte général de l'Etat constitue l'unique document qui va permettre d'apprécier, non seulement la réalité de la situation financière des personnes publiques, mais aussi la réalité de leur patrimoine. Le compte général de l'Etat comprend les comptes matériels et les comptes immatériels. En cela, il retrace des flux ou des stocks monétaires ou matériels. N'étant pas encore effectif, la responsabilité des acteurs d'exécution budgétaire n'a pas encore évolué vers la responsabilité de gestion ou encore responsabilité managériale. Et pourtant, la responsabilité des gestionnaires devrait désormais tenir compte des impératifs de gestion ou de performance⁴. Il s'agit désormais de greffer l'efficacité à la régularité ; ce qui permettrait aux acteurs, non plus seulement d'effectuer des contrôles de conformité, mais d'opérer un véritable examen de la gestion, lequel

¹ OUEDRAOGO (S.), « La comptabilité des matières dans le renouveau des finances publiques au Burkina-Faso », *op.cit.*, p. 4.

² KOTT (S.), « Comptabilité publique et reddition des comptes de l'Etat », *RFAP*, vol. 4, n° 160, 2016, pp. 1065-1078.

³ MORDACQ (F.), *Les finances publiques*, *op.cit.*, p. 82.

⁴ Lire entre autres : GIRARDI (J.-L.), « Les incertitudes nées de l'application de la réforme du régime de responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics », *Gestion et Finances publiques*, n° 2, vol. 2, 2017, pp. 89-96 ; TRAVARD (J.), « Performance et responsabilités financières », in GICQUEL (J.-E.) (dir.), *La performance en droit public et en science politique*, Rennes, PUR, 2019, pp. 13-25 ; DJITE (M.), « Le régime de la responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable public dans un contexte de réformes budgétaire et comptable », publié sur le site du Centre de Recherche sur les Institutions constitutionnelles, les Administrations publiques et la Logistique en Afrique (CERACLE), <https://ceracle.com>, pp. 1-17, consulté le 18 octobre 2021.

couvre le contrôle de régularité et de performance¹. Aussi, certains Etats n'ont pas encore érigé les Chambres de compte en Cours de comptes autonomes. Ces Chambres, dépendant de la Cour suprême et ne parviennent pas à s'approprier de nouvelles compétences à l'instar de la certification du compte général de l'Etat². Le défi à relever pour l'essor des juridictions financières en matière de certification serait essentiellement de nature institutionnelle. Il s'agit de créer des Cours de comptes indépendantes dotées des ressources humaines qualifiées³.

Pour finir, les lenteurs dans l'implémentation des nouveaux référentiels comptables seraient au cœur de la violation de l'exigence de transparence dans les Etats de la CEMAC et de l'UEMOA. L'on continue de noter de nombreuses dérives dans la gestion publique. La gestion publique qui devrait rimer avec les valeurs éthiques (sincérité) rime au contraire avec l'opacité engendrant des détournements des fonds publics à des fins privées et la corruption⁴. Par conséquent, la responsabilisation des acteurs financiers publics reste ineffective. Les acteurs financiers publics n'ont pas encore pris conscience de ce qu'on attend d'eux désormais : la qualité et la vérité des comptes publics. Ils cultivent encore les vieux réflexes, vestiges du budget de moyen.

¹ DIAKHATE (M.), « Le pilotage de la performance des finances publiques dans les Etats membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) », *RAFIP*, n° 9, 1^{er} semestre 2021, pp. 8-47 ; CIEUTAT (B.), « Le contrôle des finances publiques : quel équilibre entre régularité et performance, entre responsabilité et liberté », in BOUVIER (M.) (dir.), *Réformes des finances publiques, démocratie et bonne gouvernance*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 94-100, (spéc. p. 99).

² SOROK A BOL (P.G.), « Chambre des comptes et comptabilité patrimoniale au Cameroun », *RAFIP*, n° 9, 1^{er} semestre 2021, pp. 374-392.

³ V. AKAKPO (M.B.), « La justice financière : le mal logé de la démocratie en Afrique francophone subsaharienne », in MÉDÉ (N.) (dir.), *Les nouveaux chantiers des finances publiques en Afrique, Mélanges en l'honneur de Michel BOUVIER*, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2019, pp. 131-143.

⁴ GUESSÉLÉ ISSÉMÉ (L.P.), « L'exigence de transparence dans les finances publiques des Etats de la CEMAC », *op.cit.*, pp. 73 et s.

Conclusion

Au final, l'étude sur les transformations du droit de la comptabilité publique dans les Etats de l'Afrique francophone subsaharienne a permis de mettre en lumière les mutations introduites par les récentes réformes. En réalité, tout a changé ! Le droit de la comptabilité publique dans les espaces CEMAC et UEMOA est aujourd'hui revêtu d'habits neufs. La comptabilité publique n'est plus seulement une *comptabilité de régularité*, mais aussi une *comptabilité de performance*. L'on comprend dès lors que la rénovation de la comptabilité publique vise la modernisation de la gestion publique. De nos jours, la frontière entre comptabilité publique et comptabilité privée s'estompe peu à peu. L'introduction des nouvelles formes de comptabilité avec leurs règles dans le secteur public est la preuve par neuf de ce rapprochement. Cependant, le nouveau référentiel comptable ne privatise pas la comptabilité publique. Les spécificités des collectivités publiques limitent la convergence totale entre les deux formes de comptabilités.

Pour le moment, l'on peut avancer sans concession que le nouveau référentiel comptable reste encore ineffectif. Peut-être que la réforme serait nouvelle et jeune, et sous ce registre, il faudrait faire preuve de patience. Mais, les Etats devraient davantage s'impliquer dans la mise en œuvre de la réforme afin que celle-ci ne soit pas une réforme à l'aveugle dans laquelle on ne sait où on va¹. La rénovation de la comptabilité publique est tributaire du contexte actuel sur le plan international dont l'enjeu est la modernisation de la gestion publique à travers la transposition des règles managériales dans le secteur public. Mais, comme « *il n'existe pas de remède universel dans le domaine de la gestion publique [étant donné que] l'histoire, la culture et le stade de développement*

¹ SEGO (P.), « Gestion budgétaire par la performance au sein des Etats membres de L'UEMOA : une ambition, quatre défis ! », in MÉDÉ (N.)(dir.), *Les nouveaux chantiers des finances publiques en Afrique, Mélanges en l'honneur de Michel BOUVIER*, Dakar, L'Harmattan-Sénégal, 2019, pp. 145-165.

confèrent aux États des caractéristiques et des priorités variables »¹, l'effectivité des nouvelles normes comptables publiques devrait aussi passer dans notre contexte par une transposition publique des acteurs de la gestion privée pour accompagner l'implémentation de la réforme. C'est par ce recours à l'expertise privée que les acteurs financiers publics pourraient appréhender ces nouveaux référentiels qui rendent encore plus complexe la comptabilité publique. C'est à notre avis une autre clé pour le succès de la réforme.

¹ OCDE, *Moderniser l'Etat. La route à suivre*, 2005, p. 13. Le Professeur Michel BOUVIER, abonde dans le même sens soulignant que « *l'un des risques majeurs serait de s'imaginer qu'il suffirait de disposer d'un modèle technique sophistiqué ayant éventuellement fait ses preuves ailleurs pour que la réussite soit assurée. Il n'en est rien car une réforme n'a aucune chance de réussir si elle ne prend pas en compte le fait que tout contexte national est particulier* ». BOUVIER (M.) (dir.), *Quel pilotage des réformes en finances publiques au Maroc et en France*, Paris, LGDJ, 2014, 250 p, (spéc. p. 15).

Horizons du droit - Bulletin n° 32, 2022

Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit

LA ZONE CONTIGUE EN DROIT CAMEROUNAIS

Aymard Landry NDJIP - Docteur en droit international public -

Université de Douala - Expert en Protocole et Cérémonial diplomatiques

Résumé

La Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et la Convention qui en a résulté ont donné naissance à plusieurs nouveaux concepts ou institutions. Les exemples les plus frappants de ceux-ci sont constitués par la zone contiguë et la zone économique exclusive. Mais certains concepts traditionnels ont aussi vu leur contenu changé ou se sont vu attribuer de nouvelles fonctions qui n'étaient pas de leur ressort auparavant. Un des meilleurs exemples de ces cas est fourni par le concept de zone contiguë.

La présente étude rend compte de la perception par le droit camerounais du régime juridique de la zone contiguë. Autrement dit quelle est la perception que le législateur camerounais fait de la zone contiguë ? Pour y répondre, on pourrait affirmer qu'il y a une appréhension ou perception ambivalente par le législateur camerounais du régime juridique de la zone contiguë notamment sur le concept de ladite zone d'une part et d'autre part, sur les compétences du Cameroun sur cette zone, qui d'après le droit international un espace où l'Etat côtier dispose un pouvoir résiduel.

La Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer et la Convention qui en a résulté ont donné naissance à plusieurs nouveaux concepts ou institutions. Les exemples les plus frappants de ceux-ci sont constitués par la zone contiguë et la zone économique exclusive. Mais certains concepts traditionnels ont aussi vu leur contenu changé ou se sont vu attribuer de nouvelles fonctions qui n'étaient pas de leur ressort auparavant. Un des meilleurs exemples de ces cas est fourni par le concept de zone contiguë¹. Par la même occasion, la huitième session de la Commission tenue à Genève du 23 avril au 4 juillet 1956, sous la présidence de M. F. V. Garcia Amador² a présenté une particulière importance. Si, en effet, la C.D.I (Commission du Droit International) n'a consacré que quelques séances à l'étude du droit des traités³, de la responsabilité internationale et des immunités diplomatiques et consulaires⁴, elle a en revanche achevé ses travaux sur le droit de la mer. Ainsi, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer constitue pour les différents Etats le texte international de référence par rapport auquel ils définissent désormais leurs politiques nationales respectives en matière maritime, indépendamment des incertitudes qui subsistent quant à l'éventuelle entrée en vigueur de cet instrument conventionnel⁵.

¹PAZARCI (H), « Le concept de zone contiguë dans la convention sur le droit de la mer de 1982 », RBDI 1984-1985, pp. 249 à 27, 23p.

² Ont été élus : vice-présidents, MM. Zoitrek et D. L. Edmonds; rapporteur, M. J. P.A. François. Sur l'ensemble des travaux de cette session, v. le rapport A/CN.4/104, daté du 7 juillet 1956.

³ La commission ne s'est pas prononcée au fond sur les modifications et adjonctions que son nouveau rapporteur, Sir Gerald Fitzmaurice proposait d'apporter, en ce qui concerne la conclusion et les conditions de validité formelle des traités, aux textes présentés par MM. Lauterpacht et Brierly (Rapport A/CN.4/101).

⁴ GARCIA AMADOR, car celui-ci n'a pas cru pouvoir proposer un projet d'articles à proprement parler. Ces bases de discussion sont précédées d'un remarquable rapport, où sont remis en question avec une grande fermeté de pensée tous les aspects de la matière (rapport A/CN.4/96).

⁵ QUENEUDEC (J-P), Chronique de droit de la mer. In: Annuaire français de droit international, volume 33, 1987. pp. 639- 646 ; doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.1987.2799> ; https://www.persee.fr/doc/afdi_0066_3085_1987_num_33_1_2799

En outre, la zone contiguë est considérée comme le résultat de la lutte entre la limitation de compétences des Etats côtiers visant à assurer la liberté des mers et les revendications étatiques pour une progressive extension de leurs compétences maritimes en vue de garantir la sécurité territoriale et réprimer certaines infractions à cette dernière¹.

A l'origine, l'idée de la zone contiguë était liée à la répression des produits de contrebande et des produits illicites. La zone contiguë apparaît ainsi comme une zone de transition dont la fonction est d'atténuer le contraste entre le régime de la haute mer et celui de la mer territoriale². Dans la même veine, l'historicité de la zone contiguë remonte aux Hoverings Acts (littéralement lois de louvoisement), lois édictées par le Gouvernement anglais au début du XVIIIe siècle, dont l'objectif était de poursuivre les navires suspectés de se livrer à la contrebande sur la cote³. Ce type de normes a été édicté en de nombreuses occasions depuis 1718 jusqu'en 1876 ; on peut signaler en raison de leur influence sur les législations d'autres Etats celles réalisées entre 1751 et 1783, qui établissaient une zone douanière de deux lieues (six milles marins)⁴. En outre, dans la deuxième moitié du XVIIIe siècle, cette pratique cessa d'être exclusivement anglaise, de sorte que la majeure partie des Etats maritimes⁵ adopta une législation similaire pour défendre leurs intérêts fiscaux et douaniers, tels que l'Espagne (1760), la France (1791) et les Etats-Unis (1799)⁶. Sur le plan

¹ RODRIGUEZ CARRION (A), *Lecciones de Derecho Internacional Publico*, Va ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 452.

² DAILLIER (P), FORTEAU (M), PELLET (A), *Droit International Public*, 8^{ème} éd, LGDJ, 2009, p.1311, 1708p.

³ GIDEL (G), *Le droit international public de la mer. Le Temps de paix*, Tome III, Librairie Edouard Duchein, Paris, 1934, p. 139.

⁴ MESEGUER SANCHEZ (J-I), *Los espacios maritimos en el nuevo derecho del mar*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1999, p. 139.

⁵ SCERNI (M), « Les espaces maritimes et le pouvoir des Etats », *RCADI*, Tome 122, 1967, p. 139.

⁶ GUTIERREZ CASTILLO (V-L), « La zone contiguë dans la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer de 1982 », *Journal de Conseil International pour l'Exploration de la Mer*, 2003, p. 150, pp. 150-164

conventionnel, on trouve également de nombreux traités internationaux reconnaissant une zone de ce type¹. On peut citer entre autres, le Traité entre l'Espagne et la France de 1774 et celui signé entre l'Espagne et l'Angleterre en 1790².

Au début du XIX^{ème} siècle, la pratique internationale selon laquelle les États étendaient au-delà de la mer territoriale une zone sur laquelle ils se réservaient le droit d'exercer un contrôle effectif des embarcations suspectées de ne pas respecter la législation douanière et fiscale semble consolidée³. Ce régime se voit renforcé par les initiatives de quelques gouvernements au début du XX^{ème} siècle, parmi lesquels il convient de signaler les États-Unis, lesquels, en pleine période de prohibition, adoptent de nombreuses dispositions légales pour la prévention de la contrebande de boissons alcoolisées (Tariff Acts)⁴ et signent plus de quinze traités internationaux pour la combattre⁵.

Ceci étant dit, il convient de signaler que le concept de zone contiguë s'établit, d'un point de vue coutumier, dans la première moitié du siècle dernier⁶, bien que sa consolidation et sa réglementation en tant qu'espace maritime soumis à la juridiction de l'État côtier aient eu lieu en 1958, à l'occasion de la Convention de Genève sur le Droit de la Mer territoriale et la Zone contiguë. En effet, malgré les vastes débats qui eurent lieu au sujet de cet espace durant la

¹ Idem p. 151

² MESEGUER SANCHEZ (J-I), *op.cit.*, p. 140.

³ GUTIERREZ CASTILLO (V-L), « La zone contiguë dans la Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer de 1982 », *op.cit.*, p. 151.

⁴ Idem

⁵ La Tariff Act de 1922 changea en 12 m.m. les quatre lieues établies initialement en 1799, distance qui fut également maintenue dans la Tariff Act de 1930. Pour plus d'information, Vid. J. Cervera Pery, *El Derecho del Mar. Evolución, contenido, perspectivas (de las bulas papales al Convenio de Jamaica)*, Naval, Madrid, 1992, pp. 88-90.

⁶ NGUYEN QUOC (D), DAILLIER (P), PELLET (A), *Droit International Public*, Paris, LGDJ, 1980, p. 593

Conférence de La Haye de 1930, aucun accord ne peut être conclu au sujet des compétences étatiques dans la zone contiguë¹.

On comprend dès lors que l'historicité de la zone contiguë en droit camerounais est liée à celle du concept de la zone contiguë telle que prévue dans la Convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë, entérinée plus tard dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982. Aussi faudrait-il préciser que, le contexte d'adoption de manière générale de la loi relative aux espaces maritimes en République du Cameroun est particulier. En effet, ladite loi intervient avant le rendu de la décision de la Cour Internationale de Justice (CIJ) qui opposait le Cameroun au Nigeria en 2002². Espèce au cours de laquelle le Cameroun a eu gain de cause. Il fallait à cette époque pour le Cameroun de s'arrimer aux instruments internationaux comme le précisent les dispositions pertinentes des articles 2 et 3 de la loi relative aux espaces maritimes en République du Cameroun.

Cependant, l'intérêt de cette étude est principalement juridique et accessoirement pratique. En effet, l'intérêt juridique nous permet de mettre en évidence les règles qui régissent ou réglementent l'espace maritime camerounais. Enfin l'intérêt pratique nous permet de comprendre que la zone contiguë est une zone intermédiaire dans laquelle l'Etat du Cameroun ne jouit que des compétences parcellaires voire spécialisées. Aussi, l'intérêt pratique nous permettra d'appréhender concrètement comment le législateur camerounais réceptionne la zone contiguë comme étant une zone appartenant à la haute mer.

¹ PARDO SEGOVIA (F), *Zonas marítimas previstas en la Convención sobre el Derecho del Mar: los casos del mar territorial, zona contigua, plata forma continental y zona económica exclusiva, Derecho del Mar. Análisis de la Convención de 1982*, IDEI, ima, 2001, p. 121. Rodríguez Carrión, A. op. cit., p. 250.

² CIJ, affaire sur la délimitation de l'espace terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria, arrêt du 10 octobre 2002.

L'étude sur la zone contiguë dans l'espace maritime camerounais, pour une meilleure compréhension nécessite la clarification de certains concepts. Ainsi, nous nous attarderons sur les concepts tels que : « zone contiguë » et « droit camerounais ». La zone contiguë est définie comme une zone de haute mer située à côté de la mer territoriale¹. Le droit camerounais dans le cadre de notre étude est appréhendé comme étant l'ensemble des normes qui ont été prises par le législateur camerounais pour encadrer les espaces maritimes. A cet effet, il s'agit de la loi No 2000/02 du 17 avril 2000 relative aux espaces maritimes de la République du Cameroun et la loi N°2013/003 du 18 avril régissant le patrimoine culturel au Cameroun.

Dès lors, la question fondamentale à la fois simple par le forme et complexe dans le fond est intitulée comme suit : comment le législateur camerounais appréhende-t-il le régime juridique la zone contiguë ?

Pour traiter ce sujet, nous nous appuyerons sur le positivisme juridique et sur la sociologie du droit international. Le positivisme juridique consiste à reconnaître de valeur qu'aux seules règles de droit positif et à réduire tout le droit aux règles en vigueur à une époque donnée et dans un Etat donné, sans se préoccuper de savoir s'il est juste ou non². C'est dire que nous nous attarderons en premier plan sur les instruments internationaux et en second lieu sur la législation nationale qui régit cette zone. Quant à la sociologie du droit international nous permet également de rendre compte du cadre référentiel de notre étude. Celle-ci a pour objet de confronter les règles juridiques ou des concepts de droit international et la réalité sociale existante³. Ainsi, dans le cadre de cette étude, il sera question de tester la résistance des instruments juridiques proclamés face la matérialité des faits constatés. Ce qui nous amènera à se

¹ Article 24 de la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982

²BERGEI (J-L), *Théorie Générale du droit*, 4^{ème} édition, 2003, p. 27.

³TREVES (R), *Sociologie du droit*, Paris, PUF, 1995. Cité par Olivier CORTEN, *Méthodologie du droit international public*, Bruxelles, ULB, 2009, p 27.

rapprocher ou à se départir des concepts théoriques sur zone contiguë en droit camerounais.

A la lumière de ce qui précède, notre travail va s'articuler sur deux points précis : l'appréhension ambivalente par le législateur camerounais du régime juridique de la zone contiguë sur le concept de ladite zone d'une part **(I)** et d'autre part, la perception par le droit camerounais des compétences du Cameroun sur la zone contiguë **(II)**, qui d'après le droit international un espace où l'Etat côtier dispose un pouvoir résiduel.

I. UNE APPREHENSION AMBIVALENTE DU CONCEPT DE LA ZONE CONTIGUE PAR LE DROIT CAMEROUNAIS

L'origine de la zone contiguë remonte aux *Hoverings laws* établies en Angleterre au XVIII^e siècle et qui permettaient, par contrôle douanier sur les navires étrangers suspects voguant hors des eaux territoriales anglaises¹ le processus, ravivé par les *liquor treaties* conclus par les Etats-Unis afin de faciliter la mise en œuvre de la prohibition de l'alcool entre 1919 et 1933, a été stimulé par la doctrine². Le concept a été reconnu lors de la conférence de la SDN de 1930 et confirmé en 1958³. Par ailleurs, le concept de zone contiguë dans le droit camerounais, objet de notre étude a été appréhendé différemment quant à sa nature juridique (A) et à la délimitation de ladite zone (B).

¹ DAILLIER (P), FORTEAU (M), PELLET (A), *Droit International Public, op.cit.* p. 1311.

² GIDEL (G), « La mer territoriale et la zone contiguë », R.C.A.D.I, 1934/II.

³ DAILLIER (P), FORTEAU (M), PELLET (A), *Droit International Public, op.cit.*

A. Une appréhension ambivalente de la nature juridique par le droit camerounais de la zone contiguë inspirée de la convention de Montego bay

L'ambivalence de la zone contiguë dans le droit camerounais inspirée de la Convention de Montego Bay tient compte de la nature juridique. Autrement dit, l'appréhension de la nature juridique de la zone contiguë par le droit camerounais remonte dans un premier temps au niveau de la Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958 et la Convention de Montego Bay. Dans un second temps, le Cameroun a réceptionné *mutatis mutandis* cette définition dans sa loi relative aux espaces maritimes.

C'est en 1958 que le concept de zone contiguë est officiellement dans la Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë¹. L'article 24 de ladite Convention définit la zone contiguë comme une zone de haute mer située à côté de la mer territoriale². Autrement dit, la zone contiguë ne peut couvrir que l'espace de mer sans aucune prise sur le fond de la mer. Elle constitue par ailleurs une zone qui relève de la haute mer³.

Par ailleurs, la Convention de 1982 reprend le concept de zone contiguë mais ne la définit pas⁴. Ainsi, cette situation est due au fait que, dans la pratique, cette zone se superpose à la mer territoriale et à la zone économique exclusive, et ont donné lieu à des suppositions sur un possible changement de sa nature juridique⁵. On pourrait penser que par assimilation géographique de la zone contiguë avec la mer territoriale ou la zone économique exclusive lui fait perdre sa nature originale et adopter celle des espaces maritimes avec lesquels elle se superpose; idée à rejeter, puisque l'identification entre ces espaces est purement

¹ KANGUEU EKEUH (R), *Cours de droit international public spécial*, Master I droit international, 2011-2012, inédit.

² V. Convention de Genève du 24 mai 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë.

³ PAZARCI (H), *op.cit.*, p. 250.

⁴ KANGUEU EKEUH (R), *op. cit.*

⁵ GUTIERREZ CASTILLO (V-L), *op.cit.*, p. 156.

géographique¹. En effet, le but que poursuivent les États côtiers par le biais de l'institution d'une zone économique exclusive n'a rien à voir avec celui de la zone contiguë puisqu'il s'agit dans ces deux cas de compétences distinctes. Au demeurant, l'appréhension ambivalente de la notion de zone contiguë dans la Convention de Genève de 1958 et de Montego Bay a permis d'avoir une vue d'ensemble sur la possibilité du Cameroun de définir et de fixer les limites de sa zone contiguë.

Toutefois, le droit camerounais quant à lui a réceptionné *mutatis mutandis* le concept de zone contiguë tel que prévu de la Convention de Montego Bay. Ainsi, dans la loi sur les espaces maritimes en République du Cameroun, mention n'est faite de la définition de la zone contiguë. La loi se borne juste à fixer l'étendue et les compétences de l'Etat du Cameroun sur sa zone contiguë². Comme avec la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982, le droit camerounais reprend le concept de zone contiguë puisque tout un chapitre 3 lui est dédié ; mais ne le définit pas. On pourrait expliquer cette omission de la part du droit camerounais, le fait pour le Cameroun « [...] de mettre sa législation en conformité avec ses engagements internationaux dans ce domaine ³». Aussi, on pourrait également justifier cette omission par le contexte qui a sied avec l'adoption cette loi. En effet, la loi sur les espaces maritimes en République du Cameroun a été adoptée pendant le conflit maritime et terrestre qui opposait le Cameroun et le Nigeria. Il fallait à cette époque de prendre une loi qui recensait dans un premier moment les espaces maritimes, ensuite fixer les limites et enfin définir les compétences du Cameroun sur lesdites espaces conformément aux instruments internationaux. La non-définition de cet espace par la législation camerounaise pourrait jeter un flou juridique sur l'appréhension de cette zone par les pays

¹ *Idem*

² V. les articles 9 et 10 de loi N°2000/02 du 17 avril 2000 relative aux espaces maritimes en République du Cameroun.

³ V. l'article 1^{er} de la loi précitée.

riverains. Il est judicieux à cet effet pour le Cameroun de toiletter sa loi en la matière en y définissant cette zone.

Au demeurant, l'appréhension ambivalente de la définition de la zone contiguë par le droit camerounais inspirée de la Convention de Montgo Bay, tient du fait de la réception diffuse de la définition de cette zone par la législation camerounaise. Cette appréhension ambivalente est également observable au niveau de la délimitation de ladite zone.

B. Une appréhension ambivalente de la délimitation de la zone contiguë par le droit camerounais inspirée de la convention de Montego bay

L'appréhension ambivalente de la délimitation de la zone contiguë par le droit camerounais tient de la délimitation de ladite zone par les instruments internationaux et la conformité du droit camerounais à la Convention de Montego Bay sur la délimitation de la zone contiguë. Dans le premier cas de figure, la Convention de Montego Bay est muette sur la question de la délimitation de la zone contiguë respective d'Etats dont les cotes sont adjacentes ou se font face¹. Autrement dit, la Convention de 1982 n'indique pas clairement les limites de la zone contiguë contrairement à la Convention de 1958 qui prend la peine de le faire². Ce silence s'explique par le fait que, la plupart du temps, la zone contiguë se superpose à la zone économique exclusive, on peut en déduire qu'en l'absence d'une telle zone les règles applicables à la délimitation de celle-ci sont transposables à celle de la zone contiguë³. L'article 24(2) de la Convention de 1958 interdisait aux Etats d'étendre celle-ci « au-delà de douze milles à partir de la ligne de base ». Ce qui aurait entraîné sa disparition dans tous les cas où la largeur de la mer territoriale aurait été portée à 12 milles marins⁴. Pour éviter cela,

¹ DAILLIER (P), FORTEAU (M), PELLET (A), *op.cit.*, p. 1312.

² KANGUEU EKEUH(R), *op.cit.*

³ DAILLIER (P), FORTEAU (M), PELLET (A), *op.cit.*, p. 1312.

⁴ *Idem.*

l'article 33§3, de la Convention de 1982 porte à 24 milles marins la largeur maximale de la zone contiguë depuis la ligne de base¹.

Dans le second cas de figure par contre, la loi N°200/02 du 17 avril 2000 relative aux espaces maritimes de la République du Cameroun étant la limite de la zone contiguë à 24 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, à l'exclusion de tout espace maritime faisant partie de la mer territoriale d'un autre Etat ou assujetti aux droits souverains d'un autre Etat conformément au droit international de la mer². En étendant la limite de sa zone contiguë à cette distance, le Cameroun se conforme à ses engagements internationaux dont il a volontairement souscrit.

Au somme, l'apport de la Convention de Montego Bay au concept de zone contiguë en droit camerounais, participe de l'affermissement et de la cristallisation du droit international dans l'ordre juridique camerounais. Cette cristallisation a permis au Cameroun de réceptionner dans son architecture juridique l'une des conventions dont l'assentiment a été reconnu par la quasi-totalité des pays du monde. Car la Convention sur le droit de la mer ne crée pas simplement un nouvel ordre international au moyen d'un traité multilatéral complexe, mais elle codifie le droit international existant et constitue l'inspiration créatrice de ce qui est ou sera en grande partie un nouveau droit international coutumier³.

En marge de l'appréhension ambivalente du concept de la zone contiguë par le droit camerounais, faudrait-il s'attarder également sur la perception que fait le droit camerounais du régime des compétences du Cameroun sur la zone contiguë.

¹ *Idem.*

² La loi N°2000/02 du 17 avril 2000 précitée.

³ TETLEY (W), « L'ONU et la Convention sur le droit de la mer de 1982 ». *Études internationales*, 16(4), 795–811. <https://doi.org/10.7202/701927ar>, p. 4, 18 p.

II. UNE PERCEPTION AMBIGUE PAR LE DROIT CAMEROUNAIS DES COMPETENCES DU CAMEROUN SUR LA ZONE CONTIGUE

Depuis son origine la zone contiguë a été considérée comme une zone de la haute mer. Ainsi fut-il établi dans la Base de Discussion n° 5, soumise à la Conférence de La Haye de 1930 et postérieurement dans l'article 24 de la Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1958. La Commission de Droit international avait prévu l'exercice de compétences fragmentaires attribuées à l'État côtier dans l'article 66 de son Projet final, parmi les articles consacrés à la haute mer, déterminant ainsi la nature juridique de cette institution internationale¹.

La zone contiguë est placée sous une simple juridiction de l'Etat du Cameroun. C'est une zone de compétence résiduelle ou parcellaire du Cameroun même si elle associée à la mer territoriale en termes d'étendue². La juridiction signifie non pas la souveraineté qui renvoie à la plénitude et à l'exclusivité de compétence³ mais plutôt au pouvoir reconnu à l'Etat conformément à la Convention de 1982 et d'autres règles de droit international d'adopter une réglementation voire d'exercer une juridiction⁴.

Cependant le droit camerounais a une perception ambiguë des compétences du Cameroun dans la zone contiguë, ceci à travers la réception par la législation camerounaise des compétences classiques de la zone contiguë (A) et la réappropriation par la législation camerounaise des nouvelles compétences sur la zone contiguë (B).

¹ GUTIERREZ CASTILLO (V-L), *op.cit.*, p. 156.

² KANGUEU EKEUH (R), *op.cit.*

³ V. la sentence Max Huber rendue par la CPA le 4 avril 1928.

⁴ KANGUEU EKEUH (R), *op.cit.*

A. La réception par le droit camerounais des compétences classiques de la zone contiguë prévues par la convention de Montego bay

La loi du 17 avril 2000¹ affirme que le Cameroun, exerce sur sa zone contiguë le contrôle nécessaire en vue de :

- Prévenir les infractions à ses lois et règlements, douanier, fiscaux, sanitaires ou d'immigration sur son territoire ou dans la mer territoire ;
- Réprimer les infractions à ces mêmes lois et règlements commises sur son territoire ou dans sa mer territoriale.

Cette disposition législative est contenue dans la Convention de Montego Bay², qui reprend le texte de la Convention de 1958³. Les compétences de l'Etat du Cameroun peut exercer sur cette zone relèvent essentiellement de quatre domaines expressément indiqués : douane, santé, fiscalité et immigration⁴. La nature des compétences classiques du Cameroun sur cette zone sont administratives relatives aussi bien au contrôle préventif qu'au droit de répression lorsqu'il existe des infractions aux lois et règlements de l'Etat côtier dans des espaces maritimes soumis à sa souveraineté tels que les eaux intérieures et la mer territoriale⁵. Autrement dit, les compétences d'un Etat côtier pour prévenir ou réprimer les infractions dans les matières citées ne peuvent s'exercer que lorsque lesdites infractions ont lieu ou peuvent avoir lieu sur son territoire ou dans sa mer territoriale et non dans sa zone contiguë elle-même⁶. Malgré la précision avec laquelle le texte conventionnel et législatif fixent le régime de la zone contiguë, il se trouve un nombre significatif de pays qui, dans

¹ V. l'article 10 de la loi précitée.

² V. l'article 33§1 de la Convention de Montego Bay du 10 décembre 1982.

³ V. l'article 24§1 de la Convention de 1958 sur la zone contiguë et la mer territoriale.

⁴ PAZARCI (H), *op. cit.*, p. 250.

⁵ *Idem.*

⁶ *Idem.*

la pratique, ont ajouté d'autres compétences que ce liée expressément¹ reconnues par l'article 33 de la CNUDM. Ainsi, il est des États qui reconnaissent dans cette zone le droit à sanctionner et à poursuivre toute infraction à leur norme interne, indépendamment de la matière à laquelle elle est liée. C'est le cas entre autres d'Antigua et Barbuda (loi n° 18 du 17 août 1982 sur les zones maritimes)² et la Gambie (loi sur la mer territoriale et la zone contiguë de 1968)³.

Par ailleurs, la zone contiguë doit être déclarée par le Cameroun pour que celui-ci puisse prétendre au droit d'exercer lesdites compétences sur une telle zone. Ainsi, le Cameroun n'aura pas de pouvoirs ni de droits sur une telle zone, par exemple à l'instar du plateau continental, tant qu'il n'a pas accompli les formalités requises en vue de son établissement⁴. Cependant, l'exercice juridiquement valable de telles compétences n'est bien entendu pas tributaire de cette seule déclaration ; comme pour l'exercice de tout droit, il est encore nécessaire qu'il ne mette en cause les droits légitimes d'aucun autre Etat⁵.

Toutefois, faudrait-il préciser que la zone contiguë ne fait pas partie du territoire du Cameroun. En d'autres termes, le pouvoir de contrôle préventif ou de protection du Cameroun ne modifie pas le régime juridique des eaux de la zone contiguë⁶. Ces dernières sont et demeurent parties de la haute mer et donc exclues de la souveraineté du Cameroun. Ce qui signifie a contrario que la zone contiguë est placée sous juridiction de ce dernier. Mais pour un contrôle total sur

¹ Dans ce sens, nous sommes d'accord avec le Professeur Leiner qui affirme que «la liste des matières sur lesquelles cette compétence peut s'exercer est rédigée de façon exhaustive », Vid. F.C. Leiner: Maritime Security Zones : Prohibited yet Perpetuated, Virginia Journal of International Law, vol.24, 1984, pp. 967-92, spéc. pp. 980-3.

² UN División for Ocean Affairs and the Law of the Sea, Office of Legal Affairs, The Law of the Sea: National Legislation ... cit., p.20.

³ Vid. NU, Legislative Series, ST/LEG/SER.B/15, p. 85.

⁴ *Idem.*

⁵ *Idem.*

⁶ KANGUEU EKEUH (R), *op.cit.*

cette zone, le Cameroun devrait se réapproprier les nouvelles compétences de l'Etat côtier sur la zone contiguë prévues par la Convention de Montego Bay.

B. La réappropriation par le droit camerounais des nouvelles compétences prévues par la Convention de Montego Bay

La loi du 17 avril 2000 qui régleme les espaces maritimes au Cameroun ne prévoit pas expressément dans son corpus juridique les compétences nouvelles telles que prévues par la Convention de 1982. D'ailleurs, l'article 1^{er} est explicite en sens tout en disposant que : « « La présente loi a pour objet de fixer les limites des espaces maritimes de la République du Cameroun et de mettre sa législation en conformité avec ses engagements internationaux dans ce domaine ». Pour un contrôle total de cette zone, le Cameroun doit toiletter sa législation en la matière en y intégrant ces nouvelles compétences.

Toutefois, en entendant le toilettage de la loi régissant les espaces maritimes, le Parlement camerounais a adopté en 2013 une loi régissant le patrimoine culturel au Cameroun¹. Ladite loi dans son chapitre VIII prévoit des dispositions spécifiques applicables au patrimoine archéologique, même si elle n'évoque pas de manière explicite la protection et le contrôle par l'Etat du Cameroun des objets archéologiques et historiques dans sa zone contiguë. Elle se borne juste entre autres à préciser : « *Nul ne peut effectuer des sondages ou fouilles terrestres ou subaquatiques, dans le but de mettre au jour des biens culturels intéressant la préhistoire, l'archéologie, la paléontologie, [...]*² ». Ensuite, la loi précitée se borne à préciser les conditions de délivrance d'une autorisation de recherche archéologique et la nature de ladite autorisation³. On comprend dès lors au regard de ce qui précède que, la loi de 2013 est silencieuse quant aux compétences nouvelles du Cameroun sur sa zone contiguë. Ainsi, au regard de

¹ V. la loi N°2013/003 du 18 avril régissant le patrimoine culturel au Cameroun.

² V. l'article 44§1 de la loi précitée.

³ V. l'article 44§2 de la loi précitée.

la CNUDM les compétences de l'Etat côtier portent sur les objets archéologiques et historiques découverts dans la zone contiguë. Cette préoccupation a été introduite par la Grèce et la Yougoslavie¹. Ces Etats sont à l'origine de l'article 303 de la Convention de 1982. L'Etat côtier notamment le Cameroun doit assurer la protection et contrôler le commerce des objets archéologiques découverts dans sa zone contiguë.

Selon le droit interne, les objets archéologiques peuvent être constitués des biens culturels, maritimes notamment les épaves, vestiges ou tout bien présentant un bien historique, archéologique situé dans le domaine public maritime ou dans les zones eaux de la zone contiguë². La recherche et l'exploitation desdits objets sont soumises à la compétence de l'Etat côtier. En effet ce dernier exerce une compétence dans la zone contiguë entre 12 et 24 milles marins. La Convention de 1982³ envisage par ailleurs la conclusion d'autres accords et règles de droit international concernant la protection des objets archéologiques. Pour illustration la Convention de l'UNESCO du 6 novembre 2001⁴ relative à la protection culturelle et subaquatique, définit la notion de patrimoine culturel et subaquatique. Font partis du patrimoine culturel et subaquatiques les sites, les structures, bâtiments, objets et restes humains...ayant au moins un siècle. En plus d'assurer la protection sur les objets archéologiques et historiques dans sa zone contiguë, l'Etat du Cameroun doit assurer le contrôle.

Par ailleurs, le contrôle des objets archéologiques et historiques relève de la compétence de l'Etat du Cameroun. De ce fait, si un Etat trouve un objet

¹ *Idem.*

² *Idem.*

³ Article 303§4 de la Convention du 10 décembre 1982.

⁴ Article 1§1 de la Convention de Paris du 6 novembre 2001 relative au patrimoine culturel et subaquatique. Lire également à cet effet, SCOVAZZI (T), La convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique. *In* : Annuaire français de droit international, volume 48, 2002, pp. 579-59, <https://www.perse.fr/>

archéologique ou historique du fond des eaux de la zone contiguë de l'Etat du Cameroun sans son approbation, ce dernier pourrait déclencher les compétences spécialisées que l'article 33 de la Convention de 1982 lui reconnaît¹. Au regard de cette disposition conventionnelle, il est interdit à un Etat tiers de contrôler les objets archéologiques et historiques se trouvant dans la zone contiguë de l'Etat côtier.

L'attribution de cette nouvelle fonction change radicalement le concept traditionnel de zone contiguë sur deux points fondamentaux². Le premier point de changement fondamental est relatif à l'espace maritime que la zone contiguë embrasse. La zone contiguë, qui ne comprenait dans sa conception traditionnelle et coutumière que la partie liquide de l'espace maritime, comprendra aussi désormais, dans le cadre de la Convention, le fond des mers³. Car, une fois qu'il est question de contrôle sur des objets archéologiques et historiques découverts en mer, il ne fait pas de doute qu'il s'agit d'objets reposant sur le lit de la mer ou même parfois dans le sous-sol de celle-ci. Ainsi, le fond des mers devient inclus à cet effet dans le concept de zone contiguë, qui ne le recouvre pas dans sa conception coutumière⁴.

Quant au deuxième point de changement fondamental du concept de zone contiguë à la suite de cette Convention, il concerne la nature des compétences que l'Etat côtier a le droit d'y exercer. En effet, dans la conception traditionnelle et coutumière de zone contiguë, il s'agit d'exercer plutôt des compétences de nature administrative, et cela lorsqu'il est question d'infraction aux lois et règlements relatifs au territoire. Or, avec l'article 303 de la Convention, l'Etat côtier paraît avoir désormais le droit d'exercer certaines compétences de

¹ KANGUEU EKEUH (R), *op.cit.*

² PAZARCI (H), *loc.cit.*, p. 251.

³ *Idem.*

⁴ *Idem.*

nature territoriale sans qu'il existe un lien avec son territoire¹. Le paragraphe 2 dudit article est très net dans ce domaine. Il y est en effet stipulé expressément que l'enlèvement des objets archéologiques et historiques du fond de la mer compris dans la zone contiguë sans l'approbation de l'Etat côtier serait « cause d'une infraction sur son territoire ou dans sa mer territoriale aux lois et règlements de l'Etat côtier ... ».

CONCLUSION

En définitive, il a été question dans cette étude de réfléchir sur la perception du droit camerounais du régime juridique de la zone contiguë.

A la lumière de l'analyse faite, nous nous sommes attardés sur l'appréhension ambivalente par le droit camerounais du régime juridique du concept de zone contiguë d'une part, et d'autre part, sur la perception de la législation camerounaise du régime des compétences du Cameroun dans la zone contiguë. S'agissant de l'appréhension ambivalente du droit camerounais du concept de la zone contiguë, il a été démontré une appréhension ambivalente par le droit camerounais de la nature juridique de la zone contiguë inspirée de la Convention de Montego Bay et l'appréhension ambivalente de la délimitation par le droit camerounais de la zone contiguë. En ce qui concerne la perception par le droit camerounais du régime juridique des compétences du Cameroun sur la zone contiguë, mention a été faite sur la réception par le droit camerounais des compétences classiques Cameroun sur ladite zone et la réappropriation par le Cameroun des nouvelles compétences prévues par la Convention de Montego Bay.

¹ *Idem.*

Le constat qui en découle est que pour un contrôle global de cette zone stratégique, qui à l'origine avait pour but de réprimer la contrebande des produits illicites, le Cameroun devrait renforcer sa législation en vigueur en la matière en y intégrant ces nouvelles compétences. Il y va de la protection de la zone économique exclusive qui, rappelons-le est une zone cruciale pour la survie d'un Etat au regard de ses ressources halieutiques.

Après les réformes qu'a connu la zone contiguë dans le cadre de la CNUDM, tout semble indiquer que cet espace maritime joue actuellement un rôle moins important que celui qu'il jouait dans le cadre de la Convention de Genève de 1958¹. Si, en principe, sa limite extérieure constituait le point maximum jusqu'auquel les Etats côtiers étendaient leurs compétences sur la mer, la situation est aujourd'hui très différente, puisque la largeur de la mer territoriale peut atteindre 12 milles marins et les États peuvent exercer des droits souverains jusqu'à 200 milles marins (zone économique exclusive)².

¹ GUTIERREZ CASTILLO (V-L), *op.cit.*, p. 163.

² *Idem.*

LES MEMBRES DE L'AFDD PUBLIENT

Anne NEGRE - Avocate au Barreau de Paris, Membre de l'AFDD - Histoire de
l'Inégalité Femmes-Hommes - Editions Routes de la Soie - 2021

Cette promenade dans l'histoire de l'inégalité de droit et de fait entre les femmes et les hommes part de la préhistoire. Elle déconstruit la préhistoire dont les hommes ont imposé leur vision (Lucy, les dessins réalisés dans les grottes ne sont pas nécessairement des hommes, la morphologie des femmes préhistoriques, la taille du cerveau). Certaines religions et mythes de notre civilisation sont revisités en particulier la Bible avec la naissance d'Adam et Eve, la culpabilité de cette dernière qui poursuit les femmes pendant des siècles alors qu'elle aurait dû être partagée avec Adam qui avait son libre arbitre de choisir autrement. La tradition chrétienne identifiera continuellement la femme à la faute.

Quant à Aristote, il a influencé toute la civilisation occidentale en magnifiant l'homme au détriment de la femme. La femme n'est pas considérée comme une citoyenne, et la filiation biologique de père en fils va prédominer sur la filiation choisie.

Au Moyen Age, un certain nombre d'institutions se mettent en place, des règles s'imposent comme en particulier la loi salique, qui dispose que la terre des ancêtres doit être partagée en parts égales entre les seuls fils en excluant les filles sauf en l'absence d'héritier mâle. La femme reste la tentatrice des clercs alors qu'elle les veut chastes. Le mariage religieux devient un sacrement.

La royauté en France s'approprie la loi salique et s'appuie sur elle pour exclure les femmes de la succession dynastique tant pour elle-même que pour leur descendance. Aucune femme en France n'a dirigé la France comme Cheffe d'Etat avec tous les attributs liés à la fonction, seulement comme Régente.

De la Renaissance à la Révolution, les femmes sont massivement invisibles. Seules les femmes de milieux très favorisés usent de quelques libertés. Avec le soutien de l'Académie des Belles Lettres qui virilise la langue française, et des grammairiens qui gagnent la querelle du XVII^e siècle.

La période révolutionnaire va apporter l'égalité de citoyenneté pour les hommes seulement mais elle élabore des lois sur les régimes matrimoniaux, institue le divorce et la réglementation des successions sur un principe d'égalité.

Avec le Code civil sous Napoléon, les femmes sont mises en tutelle civile. L'article 213 du code civil dispose alors que « Le mari doit protection à sa femme, la femme doit obéissance à son mari ».

Les hommes obtiennent donc des droits fondamentaux, dans le même temps ils se détournent de l'Eglise et la laïcité gagne des adeptes de plus en plus nombreux. Avec l'instruction l'émancipation des citoyens s'intensifie. En 1836, se met en place l'enseignement primaire des filles. Les lois de Jules Ferry de 1881 créent l'école laïque, obligatoire, gratuite, pour les garçons comme pour les filles.

Mais la route est longue pour les universités. En 1971, les femmes sont plus nombreuses que les hommes dans les études supérieures, mais elles stagnent dans les cursus scientifiques ce qui induit des inégalités dans toute la chaîne de recherches.

Par ailleurs les femmes occupent encore dans la société les emplois les plus précaires, les moins qualifiés, les plus mal payés en France comme ailleurs, avec un taux d'emploi entre les deux sexes qui s'est resserré. Leur accès aux postes de décision est très lent.

Le mouvement féministe a soutenu l'autonomisation de la femme par son action politique. Les suffragettes aux Etats-Unis, au Royaume-Uni ont promu activement le droit de vote, qui s'est généralisé après la première guerre

mondiale, sauf en France où il a fallu attendre 1944 pour que par Ordonnance il leur soit enfin octroyé. Le MLF se crée avec son combat pour la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse par la loi Veil en 1975.

L'égalité de la rémunération des hommes et des femmes est un sujet récurrent. Des lois sont votées régulièrement mais les écarts demeurent : 20% en 2018. L'ascenseur social des femmes ne s'est pas débloquent et les inégalités de fait existent toujours partout.

Cette question de l'inégalité entre les femmes et les hommes préoccupent les organisations internationales. L'ONU s'est emparée de cette question et a créé des normes internationales. En 1946, le Conseil économique et social des Nations Unies fonde la Commission de la Condition de la Femme des Nations Unies, dédiée à la promotion de l'égalité des femmes et à leur autonomisation. En 1979, est adoptée la Convention sur l'Élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, CEDAW. 186 pays l'ont signée. Les Etats s'engagent à lutter contre toutes les violations du droit des femmes par des mesures législatives appropriées. Ce Comité vérifie la mise en œuvre par les Etats et les conseille sur les changements à apporter. L'ONU a organisé des conférences mondiales sur le statut de la femme pour faire avancer cette égalité dont celle très importante de Pékin en 1995.

L'Europe a mis en œuvre dans ses législations le principe de la non-discrimination, notion juridique, qui a favorisé l'égalité entre les femmes et les hommes, ainsi que la politique du genre avec l'élaboration de programmes sur l'égalité ainsi que la féminisation des titres et noms. La parité dans les parlements soit 50% d'un sexe a été un combat victorieux en France. Ce combat s'est déplacé dans les conseils d'administration des entreprises privées. Cet objectif n'est pas encore atteint, l'inégalité perdure.

Ce combat a été porté devant le Conseil de l'Europe. Ce dernier, fondé en 1949 par le Traité de Londres rassemble 47 pays et siège à Strasbourg. Il a, par traité, institué la Cour européenne des Droits de l'homme et la Charte sociale européenne qui est reconnue comme la Constitution sociale de l'Europe.

Le Conseil de l'Europe dans son plan stratégique en 2018 a défini 5 objectifs pour l'autonomisation des femmes dont combattre la violence faite aux femmes, l'égalité devant la justice, la participation équilibrée des femmes à la vie publique. La Convention d'Istanbul signée en 2011 a été faite pour prévenir et lutter contre les violences faites aux femmes. Mais certains pays signataires ne l'appliquent pas tels que la Bulgarie, ou même la Turquie, premier Etat Membre signataire qui vient de renoncer à ce traité essentiel, il est le premier Etat membre à agir de la sorte avec un traité majeur du Conseil de l'Europe.

Trois Etats membres du Conseil de l'Europe sont aussi membres de l'Organisation Islamique de Coopération, et ont adhéré à la Déclaration du Caire de 1991 qui ne reconnaît l'égalité entre les femmes et les hommes qu'en dignité. Et d'autres, rares, autorisent par ailleurs l'application de la Charia sur leur territoire.

Un exemple d'action juridique menée par l'auteure est racontée : les réclamations collectives pour violation de la Charte sociale du conseil de l'Europe. Les 15 Etats membres qui acceptent cette procédure, ont été assignés pour non-respect de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes pour un travail égal, et pour la sous-représentation des femmes dans les conseils d'administration et les comités exécutif des entreprises privées. 14 ont été condamnés.

En conclusion, les grandes dates historiques de ce combat sont énumérées.

